



4

Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

SENTENÇA

1 - RELATÓRIO

1.1 - As arguidas: ---

- **“VATEL – COMPANHIA DE PRODUTOS ALIMENTARES, S.A.”** com sede em Alverca do Ribatejo, Bairro Quinta da Figueira, Sobralinho, Vila Franca de Xira; ---

- **“SALEXPOR – COMPANHIA PORTUGUESA DE SAL HIGIENIZADO, S.A.”** com sede em Brancanes, Quelfes, Olhão; e ---

- **“SOCIEDADE AVEIRENSE DE HIGIENIZAÇÃO DE SAL, Lda.”** com sede na Estrada Nova do Canal, Vera Cruz, Aveiro, ---

interpuseram recurso de impugnação judicial de uma decisão da Autoridade da Concorrência (AdC) que as condenou, no âmbito do processo de contra-ordenação nº PCR 25/05, pela prática, em co-autoria, de uma contra-ordenação p.p. pelos arts. 4º, nº 1 e 44º, ambos da Lei 18/03 de 11 de Junho¹ e 81º, nº 1, do Tratado CE, juntamente com a arguida **“SALMEX – SOCIEDADE REFINADORA DE SAL, Lda.”**, nas seguintes sanções e obrigações: ---

a) pagamento de uma coima de € 544.672,00; € 225.347,00, € 109.149,00 e € 31.560,00, respectivamente; ---

b) publicação integral da decisão no Diário da República e da parte decisória num jornal nacional de grande expansão. ---

Funda-se a referida decisão no facto de as arguidas terem celebrado, no ano de 1997, um acordo de fixação e manutenção das suas quotas no mercado da comercialização por grosso de Sal para fins industriais e alimentares, procedendo anualmente à compensação dos desvios face às quotas de mercado acordadas. Na sequência do referido acordo a arguida Vatel pagou às restantes arguidas, entre 1997 e 2004, o montante global de € 502.827,03. ---

A condenação funda-se ainda no facto de as arguidas trocarem entre si outro tipo de informação comercial, designadamente relativa aos volumes de venda para a grande distribuição, preços, clientes e concorrentes, tendo também acordado na fixação directa dos preços, na repartição de clientela e na definição conjunta de condições comerciais. ---

Conclui a decisão recorrida que o acordo celebrado pelas arguidas tem por objecto e por efeito impedir, restringir ou falsear de forma sensível a concorrência. Entende ainda a AdC que, considerando que as arguidas representam entre 75% a 90% das vendas em território nacional de Sal por grosso para fins industriais e

¹ Código a que pertencem todas as disposições infra citadas sem qualquer outra indicação.



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

alimentares e que o mercado nacional constitui uma parte substancial do mercado comunitário, o acordo em causa afecta o comércio intracomunitário pelo que foi também violado o art. 81º do Tratado CE. ---

Entende a AdC que a actuação das arguidas foi dolosa e ilícita uma vez que estas agiram de forma livre, consciente e voluntária, tendo representado e querido praticar a infracção, com consciência perfeita e clara de que os seus comportamentos violavam as regras da concorrência. ---

1.2 – Fundamentos dos recursos

Inconformadas com a decisão três das arguidas interpuseram o presente recurso alegando em suma: ---

- VATEL – Companhia de Produtos Alimentares, S.A (Vatel)

- A Vatel nunca foi constituída arguida no processo de contra-ordenação, o que equivale à falta de inquérito em processo penal, facto que constitui uma nulidade insanável e determina a nulidade de todos os actos subsequentes ou, pelo menos, nulidade dependente de arguição, tendo a arguida suscitado a mesma no processo; ---

- a sede das pessoas colectivas é equiparada ao domicílio para efeitos da Lei Fundamental pelo que a autorização das buscas e os respectivos mandados deveriam ter sido emitidos pelo Tribunal de Comércio de Lisboa ou, caso assim se não entenda, pelo juiz de instrução, o que não sucedeu, razão pela qual as buscas e apreensões efectuadas no processo estão feridas de inexistência jurídica, ou, caso assim se não entenda de nulidade insanável; ---

- as apreensões de correspondência deveriam ter sido ordenadas e autorizadas por um juiz, o que não sucedeu, pelo que padecem de inexistência jurídica ou, se assim não se entender, de nulidade insanável, gerando nulidade das provas obtidas;

- no momento da realização das buscas a arguida não foi informada dos direitos que lhe assistiam, designadamente do direito de recurso, o que constitui violação do direito de defesa e consubstancia uma situação de coacção que inquina de nulidade as provas obtidas por essa via; ---

- caso se entenda que se trata de uma irregularidade e se interprete a art. 123º do Cod. Proc. Penal no sentido de que a mesma tinha que ser suscitada no acto, desde já se invoca que interpretação é inconstitucional por violação do art. 32º da CRP; ---

- no dia da realização das buscas não foi entregue à arguida cópia do despacho que as determinou, o que constitui nulidade insanável e determina a nulidade das provas obtidas; ---

- a Vatel não impugnou substancialmente os factos vertidos na nota de ilicitude pelo que a AdC não podia valorar negativamente a sua conduta, como fez,



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

tendo assim violado o seu direito de defesa e os princípios do contraditório, da presunção de inocência e da igualdade; ---

- a Vatel reconhece ter sido celebrado um acordo para fixação das quotas relativas de mercado, acordo celebrado para combater a situação de dependência económica em relação aos grandes distribuidores; ---

- tal acordo não teve efeito significativo no preço para o consumidor final, tendo o mercado continuado a ser competitivo, nem produziu efeitos de consolidação de barreiras à entrada, de restrições ao nível da extracção do sal ou do fornecimento de sal aos concorrentes das arguidas; ---

- a Vatel pôs fim ao acordo na segunda metade de 2004, não tendo pago quaisquer compensações referentes ao ano de 2004; ---

- a AdC violou o art. 32º da CRP ao dar como provados vários factos relativos ao acordo aqui em causa sem que tivesse sido feita prova dos mesmos no processo; ---

- a valoração das declarações das co-arguidas feita pela AdC viola o art. 133º do Cod. Proc. Penal; ---

- a decisão recorrida padece do vício da falta de fundamentação e viola o art. 32º nº 10 da CRP por não explicar a estimativa dos valores do benefício económico nem o respectivo método de cálculo, violando ainda o art. 13º da CRP dado que aplica à Vatel uma fórmula de cálculo do benefício económico diferente do que aplica às restantes arguidas; ---

- na nota de ilicitude não foi feita qualquer referência aos pagamentos concretos das penalizações, matéria que só foi incluída na decisão recorrida, o que viola o direito ao contraditório e determina a nulidade da decisão recorrida; ---

- a Vatel não foi a arguida que mais benefício retirou do acordo sendo certo que não se pode considerar o montante de penalizações pagas como se de benefício directo se tratasse; --

- a decisão recorrida viola o art. 44º, al. a), da Lei 18/2003, o art. 50º do RGCOG e os arts. 13º e 32º da CRP ao discriminar as coimas aplicadas às várias arguidas; ao usar fórmulas diferentes para calcular o benefício económico; ao considerar pagamentos feitos pela Vatel que não tiveram lugar; ao considerar o montante das penalizações pagas pela Vatel como circunstância agravante na medida da coima e ao sobrestimar o benefício económico da Vatel; ao não considerar que o seu grau de participação foi inferior ao da Salexpor; ao não considerar a admissão do acordo na resposta à nota de ilicitude como relevante para efeitos de colaboração, ao contrário do que sucedeu relativamente às arguidas Salexpor e SAHS; ao valorar como circunstância agravante as diferentes interpretações da Vatel relativas às questões de direito e o exercício do seu direito de defesa; ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

- a decisão é nula por ter considerado que a arguida se mostrou insensível relativamente aos bens jurídicos tutelados pela lei da concorrência dado que tal não constava da nota de ilicitude; ---

- a AdC não provou que o acordo afectou de forma sensível o comércio entre os estados membros; ---

- a AdC não pode aplicar coimas pela violação do art. 81º do Tratado CE pelo que, ao fazê-lo, violou o princípio da legalidade e da tipicidade; ---

Conclui requerendo a revogação da decisão recorrida e o consequente arquivamento dos autos ou, caso assim se não entenda, a redução da coima aplicada e a revogação da sanção acessória. ---

*

• SALEXPOR Companhia Portuguesa de Sal Higienizado, S.A.” (Salexpor)

- reconhece ter sido celebrado um acordo para fixação das quotas relativas de mercado; ---

- tal acordo não viola o art. 81º do Tratado CE; ---

- a AdC não indica qual ou quais das alíneas dos arts. 4º da Lei 18/2003 e 81º do Tratado UE foram infringidas, o que viola o direito de defesa da arguida e fere de nulidade insanável a decisão recorrida; ---

- o acordo em questão surgiu como medida defensiva para combater a pressão das grandes superfícies e das centrais de compras cuja actuação configura uma situação de abuso de posição dominante, tendo as arguidas agido em legítima defesa; ---

- o valor das compensações pagas no âmbito do acordo não equivale a uma margem de lucro transferida, sendo certo que mesmo recebendo compensações as arguidas ficavam prejudicadas pois perdiam quota de mercado e os seus custos fixos aumentavam; ---

- a coima que lhe foi aplicada é excessiva, tendo a AdC considerado o seu volume total de negócios quando só deveria ter considerado o seu volume de negócios relativo ao sal; ---

Conclui requerendo a revogação da decisão recorrida e a sua consequente absolvição ou, caso assim se não entenda, a redução da coima aplicada e a revogação da sanção acessória dado que a decisão já foi implementada nos vários meios de comunicação social. ---

*

• Sociedade Aveirense de Higienização do Sal, Lda. (SAHS)

- a arguida e a sociedade Vitasal – Indústria e Comércio de Sal não constituem uma empresa para efeitos da aplicação das regras da concorrência, não tendo a Vitasal qualquer intervenção no mercado do sal; ---

- a AdC não remeteu à arguida, juntamente com a Nota de Ilicitude, os documentos nela referidos nem a arguida foi informada no decurso do processo de



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

que podia consultar os autos, o que viola os seus direitos de defesa e acarreta a invalidade da decisão; ---

- o acordo celebrado entre as partes pretendia apenas fixar as quotas relativas das empresas participantes e visava criar um meio de defesa contra as práticas abusivas praticadas pelas empresas de grande distribuição, tendo as arguidas procurado garantir um nível mínimo de preços que permitisse aos industriais do sal sobreviver; ---

- relativamente aos preços as arguidas apenas pretenderam que não fossem ultrapassados os preços mínimos; ---

- durante o acordo continuou a existir concorrência efectiva no mercado por parte das empresas nacionais e estrangeiras e continuaram a ser feitas promoções; --

- a arguida não beneficiou, ao longo de todo o acordo, de qualquer cedência das outras empresas, tendo feito, durante os anos de 2002 e 2003, frequentes promoções a preços inferiores aos do "acordo", para tentar recuperar a sua quota de mercado, o que significa que para si o acordo terminou nesta altura; ---

- as arguidas não representam entre 75% e 90% das vendas de sal para fins alimentares e industriais no território nacional; ---

- a área geográfica relevante não se restringe ao território nacional dada a livre circulação da mercadoria no espaço ibérico; ---

- como resultado do acordo não houve qualquer restrição da concorrência no mercado do sal nem alterações nos preços do sal; ---

- o montante das compensações que recebeu na sequência do acordo foi muito inferior aos prejuízos efectivos por si sofridos resultantes da perda continuada da sua quota relativa, o que significa que não retirou qualquer benefício directo do acordo. ---

Conclui requerendo a revogação da decisão recorrida. ---

*

1.3 – Alegações da Autoridade da Concorrência

Nas suas alegações a AdC mantém que as quatro arguidas celebraram um acordo que consubstancia uma restrição horizontal de tipo cartel de repartição de quotas de mercado, de fixação de preços e de repartição de clientela e reafirma que o tipo legal, quer o nacional quer o comunitário, se considera preenchido desde que a conduta tenha um objecto anticoncorrencial, mesmo não sendo seguido de um efeito anticoncorrencial, o que afasta a argumentação das arguidas quanto à ausência de uma restrição significativa da concorrência em resultado do acordo. Acrescenta que, de todo o modo, tais efeitos anticoncorrenciais se verificaram dado serem as arguidas responsáveis por cerca de 75% a 90% das vendas em território nacional de Sal por grosso para fins industriais e alimentares. --



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Seja como for, uma alegada crise económica ou social não consubstancia um facto justificativo do acordo sendo certo que, no caso, não se verificam as condições do balanço económico positivo que poderiam isentar o mesmo da proibição. ---

Sobre as nulidades arguidas, a AdC, para além de repetir a argumentação constante da decisão recorrida, onde conheceu as nulidades que tinham sido invocadas nas respostas à nota de ilicitude, alega que, tendo-se as arguidas pronunciado sobre o objecto do recurso tais nulidades apenas podem ser analisadas na medida em que tenham reflexos na decisão final, rebatendo a existência de qualquer nulidade processual. ---

Argumenta a AdC que foi produzida prova sobre todos os factos constantes da decisão e que a mesma não aplicou qualquer coima por violação do art. 81º do Tratado UE. ---

Quanto ao facto de não indicar na decisão recorrida qual ou quais as alíneas dos arts. 4º da Lei 18/2003 e 81º do Tratado CE que foram violadas, entende que não tem que o fazer dado o tipo legal constar do corpo do artigo e não das suas alíneas que não passam de exemplos da conduta tipificada. ---

Por último, relativamente à sociedade Vitasal, mantém que a mesma se deve considerar devidamente notificada uma vez que constitui, juntamente com a SAHS uma única empresa para efeitos de aplicação da lei nacional e comunitária da concorrência. ---

* * *

Uma vez que é imputada às arguidas a prática da contra-ordenação em regime de comparticipação e não se fundando o recurso em motivos estritamente pessoais, por força do disposto no art. 402º, nº 2, al. a), do CPP, aplicável *ex vi* art. 41º, nº 1, do Dec.lei 433/82 de 27 de Outubro (RGCO) e 22º., nº 1, da Lei 18/2003, o recurso interposto pelas recorrentes aproveita à arguida não recorrente Salmex – Sociedade Refinadora de Sal, Lda.---

* * *

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

* * *

2 - SANEAMENTO

O Tribunal é competente.---

*

2.1 – Questão prévia – a sociedade Vitasal - Indústria e Comércio de Sal, Lda.

A arguida SAHS vem invocar uma questão prévia relacionada com a sociedade Vitasal - Indústria e Comércio de Sal, Lda. Esta sociedade não tem nem nunca teve actividade no sector do sal, logo, não pode ser considerada arguida neste processo nem, por conseguinte, pode considerar-se que as duas sociedades (a



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tecom.mj.pt

arguida e a Vitasal) constituem, para efeitos de aplicação da lei da concorrência, uma única empresa. ---

Responde a AdC que é irrelevante que a sociedade Vitasal nunca tenha desenvolvido actividade relacionada com os factos em apreciação nos autos e que a SAHS e a Vitasal constituem uma empresa para efeitos da aplicação do art. 4º da Lei 18/2003 e do art. 81º do Tratado UE dadas as relações existentes entre elas. ---

Do que se julga compreender da posição da AdC, esta considera que, por força do art. 2º, a Vitasal, por ser detida pela SAHS, é considerada, juntamente com esta, uma única empresa e, por conseguinte, também ela é arguida no processo. Fica por se compreender se a AdC entende que também esta sociedade cometeu algum ilícito contra-ordenacional e se também ela é responsável pelo pagamento da coima aplicada à SAHS. ---

O art. 2º, nº 2, estabelece que se considera *Como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no nº 1 do art. 10º.* ---

Este preceito não tem, nem poderia nunca ter, o âmbito e extensão que a AdC lhe parece pretender atribuir no domínio das infracções de natureza contra-ordenacional, designadamente, não permite que se considerem arguidas sociedades que não praticaram qualquer acto ilícito (nem permite, consequentemente, que se lhes aplique uma qualquer sanção). ---

O direito contra-ordenacional, sendo um direito com um conteúdo diverso do direito penal, é também ele um direito sancionatório do qual está, por conseguinte, afastado qualquer critério de responsabilidade objectiva. ---

De acordo com o disposto no art. 22º, nº 1, da Lei 18/2003, 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 contra-ordenações, as normas do Cod. Penal, e no que toca ao regime processual das contra-ordenações, os preceitos reguladores do processo criminal, com as necessárias adaptações (arts. 32º e 41º do RGCO). ---

No art. 7º do RGCO prevê-se a responsabilidade das pessoas colectivas, concretizando o seu nº 2 que as pessoas colectivas são responsáveis pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções. ---

Já o art. 8º do mesmo diploma diz que *Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.* ---

Está aqui expressamente consagrado o princípio da responsabilidade subjectiva, isto é, para se concluir que uma pessoa, singular ou colectiva, é autora



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

da prática de uma contra-ordenação tem que se concluir que se mostram preenchidos todos os elementos do tipo, quer os objectivos quer os subjectivos. ---

Ora o dolo ou a negligência constituem necessariamente elementos subjectivos e pessoais pelo que se determinam, obviamente, em relação a cada pessoa concreta, seja ela singular ou colectiva, sendo certo que neste caso, os elementos que integram o tipo subjectivo são aferidos face às pessoas singulares que compõem os respectivos órgãos sociais em exercício. ---

Daqui resulta, como consequência lógica, que a culpa não se transmite. Relativamente a cada pessoa a quem se impute a prática de uma contra-ordenação é preciso determinar, primeiro, se praticou o acto ilícito e, de seguida, se agiu com dolo ou negligência. ---

Com estas ideias em presença é manifesto que não se pode aceitar a tese da AdC de que, em sede de processos contra-ordenacionais e para efeitos de imputação da prática de factos ilícitos, se consideram uma única empresa a sociedade que praticou a infracção e todas aquelas que com ela tenham uma das relações previstas no art. 10º, nº 1, independentemente da sua intervenção nos factos. A aceitar-se tal entendimento teríamos de concluir que todas as empresas incluídas em tal relação seriam arguidas no processo instaurado pela infracção cometida pela primeira, o que implicaria que as mesmas fossem consideradas responsáveis por tal infracção e que, a final, fossem condenadas em conformidade, o que viola frontalmente o princípio da responsabilidade subjectiva vigente neste ramo do direito. ---

Aliás, deve dizer-se que a própria AdC parece não ter sabido muito bem tratar esta questão e mais precisamente definir com exactidão a sua posição. No cabeçalho da decisão recorrida a AdC começa por identificar como arguidas no processo a Vatel, a Salexpor, a Salmex, e, em conjunto, as sociedades SAHS e Vitasal – Indústria e Comércio de Sal, Lda.. Ao longo da decisão imputam-se as condutas alegadamente ilícitas directamente às arguidas recorrentes e à Salmex, não sendo feitas referências à sociedade Vitasal (quando se alude a Vitasal na decisão está-se a aludir à SAHS que usa esse sinal na sua actividade comercial). Na parte dispositiva da decisão são condenadas as arguidas recorrentes e a Salmex, não sendo aí feita qualquer menção à sociedade Vitasal que, por conseguinte, não foi objecto de qualquer condenação. ---

O que resulta do exposto é que a própria AdC acabou por não retirar nenhuma consequência do facto de considerar que a Vitasal e a SAHS são uma única empresa para efeitos de lei da concorrência, designadamente, não a condenou nem a responsabilizou de qualquer modo pelo pagamento da coima aplicada à SAHS. ---

A questão acaba por ser irrelevante dado que, não tendo a referida sociedade sido objecto de qualquer condenação, nem lhe tendo sido imputados quaisquer



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

factos, a mesma não pode ser considerada, no presente recurso de impugnação de uma decisão sancionatória, arguida. ----

Pelo exposto, o tribunal não considera a sociedade Vitasal – Indústria e Comércio de Sal, Lda., co-arguida nestes autos. ---

*

As três arguidas recorrentes invocam a existência de vários vícios, quer do processo contra-ordenacional quer da decisão recorrida, vícios esses que, em sua opinião, nuns casos acarretam a inexistência jurídica dos actos praticados, noutros a sua nulidade e noutros, ainda, a sua irregularidade. ---

Impõe-se, pois, nesta sede, conhecer dos alegados vícios. ---

*

2.2 - Da não constituição formal das arguidas no processo

Alega a arguida Vatel que nunca foi constituída arguida no processo, formalidade obrigatória e que é sempre acompanhada da indicação e explicitação dos direitos e deveres processuais do arguido. A falta de constituição de arguido equivale à falta de inquérito, a qual constitui uma nulidade insanável ou, se assim não se entender, uma nulidade dependente de arguição, sendo certo que a arguida, na resposta à nota de ilicitude, arguiu a referida nulidade. Deve, pois, ser anulado todo o processado subsequente ao auto de notícia. ---

Nas suas alegações a AdC, para além de invocar que a arguida não pode invocar as nulidades que invoca e que não existem nulidades insanáveis no direito contra-ordenacional, defendeu que, no processo de contra-ordenação, não é obrigatória a constituição de arguido. ---

Em primeiro lugar convém clarificar que pode haver nulidades insanáveis no processo contra-ordenacional. A AdC invoca, para sustentar a sua posição em contrário, o Assento 1/2003 de 25 de Janeiro de 2003. Não podemos esquecer que a jurisprudência obrigatória firmada pelo Assento é a que consta do dispositivo do mesmo e não a que consta da respectiva fundamentação. Ora no dispositivo não se consagra a inexistência de nulidades insanáveis no domínio das contra-ordenações. Aliás, nem na respectiva fundamentação tal é afirmado, não fazendo o aresto mais do que citar autores que defendem que pode haver tais nulidades e autores que defendem o contrário. ---

Em segundo lugar há que esclarecer que o Assento 1/2003 também não uniformiza jurisprudência no sentido de que se o arguido se defender de facto e de direito contra a acusação que lhe é dirigida, já não pode arguir nulidades (tal não consta do dispositivo do Assento). No caso sobre que versou o Assento estava a ser tratada apenas a questão da nulidade decorrente da incompletude ou insuficiência da notificação operada ao abrigo do art. 50º do RGCO, nada mais. Não é, pois, lícito, fazer quaisquer extrapolações do que é dito no Assento e pretender que o mesmo



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

consagra a impossibilidade de arguição de nulidades quando simultaneamente é exercida a defesa de facto e de direito. ---

Finalmente importa esclarecer qual o regime de arguição de nulidades. A AdC goza dos mesmos direitos, faculdades e deveres dos órgãos de polícia criminal e, no exercício dos seus poderes sancionatórios, tem competência para instruir processos de contra-ordenação por violação das regras da concorrência e aplicar as respectivas coimas e sanções acessórias (arts. 17º, 22º a 28º da Lei 18/2003 e 7º, nº 2, al. a), dos seus Estatutos, aprovados pelo Dec.lei 10/2003 de 18 de Janeiro). ---

Quando no exercício destas suas funções a Autoridade pratica actos, actos esses que afectam ou são susceptíveis de afectar direitos, como é que o arguido pode reagir? ----

A regra geral em qualquer ramo do direito é a de que só os despachos (que não de mero expediente) e as sentenças podem ser objecto de recurso. Tal faz todo o sentido uma vez que só estes configuram actos decisórios e, por conseguinte, só estes podem afectar direitos das partes. ---

Querendo um arguido questionar a validade de actos praticados pela Autoridade, terá que começar por o fazer perante a própria Autoridade, i.e., a Autoridade é a primeira entidade que vai conhecer dos vícios suscitados. E tal faz todo o sentido dado que a autora do acto é quem está mais bem posicionada para apreciar, num primeiro momento, da sua validade, podendo considerar assistir razão à parte e, conseqüentemente, diligenciar de imediato pela sanção do vício que estiver em causa. Assim se procedendo, não só a reposição da legalidade do acto é mais eficaz e célere, como se evita o recurso desnecessário a Tribunal. ---

Neste sentido se pronunciou o Ac. RL de 16-01-07 nos seguintes termos: "Acrescentar-se-á que a regra geral em matéria de nulidades, incluindo em processo penal, é a de que elas são sempre suscitadas perante a entidade que as cometeu e por esta conhecidas e reparadas, se reconhecida a sua existência. Só da decisão que as não reconhece é que o interessado pode recorrer para outra entidade ou tribunal, pois até aí não há decisão recorrível sobre essa matéria. Só as nulidades da sentença é que deverão ser arguidas em recurso, nos termos do art. 379º, nº 2, do CCP." (Proc. 5807/2006-5). Note-se que o próprio Assento 1/2003 o referia expressamente no parágrafo IV do ponto 13 da respectiva fundamentação. ---

Temos, pois, um requerimento dirigido à Autoridade e um despacho desta a conhecer o ou os vícios que tiverem sido suscitados. Se o despacho da Autoridade julgar improcedentes os vícios invocados, caberá então, e só então, recorrer judicialmente desta decisão, ao abrigo do disposto no art. 55º do RGCOG. No caso das contra-ordenações da concorrência, a possibilidade de recurso deste despacho está prevista no art. 50º, nº 2, da Lei 18/2003, que atribui competência para conhecer do mesmo ao Tribunal de Comércio de Lisboa. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

No caso dos autos constata-se que, com excepção dos vícios suscitados a propósito da decisão condenatória, a Vatel já havia arguido os vícios que em seu entender inquinam o processo na resposta à nota de ilicitude. ---

A AdC optou por não conhecer em despacho autónomo dos vícios suscitados e fê-lo na decisão final. Consequentemente, a única decisão recorrível da AdC no que toca aos vícios suscitados pelas arguidas na resposta à nota de ilicitude é a própria decisão final. ---

Assente que as arguidas podiam recorrer do despacho que conheceu das invalidades suscitadas na resposta à nota de ilicitude, que esse despacho está inserido na decisão final e que as arguidas interpuseram recurso de impugnação da decisão final, afigura-se-nos claro que o momento próprio para a arguida requerer a apreciação do tribunal é o do recurso de impugnação. ---

Não se trata de alargar o prazo de arguição de nulidades face ao direito penal, como refere a AdC. Trata-se de harmonizar o sistema e de dar uma resposta adequada ao próprio procedimento da Autoridade que conhece das nulidades e do objecto do processo numa mesma decisão. Para além de não fazer qualquer sentido obrigar a arguida a interpor dois recursos paralelos de uma mesma decisão, um relativo à parte que julgou improcedentes as invalidades suscitadas e outro relativo à parte que a condenou pela prática de uma infracção, não é legalmente admissível interpor dois recursos de uma mesma decisão, e é indiscutível que no caso estamos perante uma decisão una. Recorde-se que a propósito da oportunidade de arguição da nulidade por violação do art. 50º do RGCO, o Assento 1/2003 determina como jurisprudência obrigatória, que a mesma pode ser arguida "pelo interessado/notificado, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria administração, ou, judicialmente, no acto de impugnação da subsequente decisão/acusação administrativa". Por paralelismo de situações, entende-se que qualquer outra nulidade que a AdC só conheça na decisão final pode ser suscitada no recurso de impugnação. -----

Feitos estes esclarecimentos, necessários face à resposta da AdC, passemos então à questão da constituição formal de arguido. ---

A aplicação subsidiária de qualquer norma, seja ela do RGCO, seja ela do Cod. Proc. Penal, só tem lugar quando estivermos perante um caso omissis, ou seja, quando estivermos perante uma situação não prevista na lei. A aplicação subsidiária de qualquer disposição legal pressupõe a existência de uma lacuna de previsão (falta a previsão de um caso que deve ser juridicamente regulado), i.e., a hipótese em apreciação não está contida nem na letra nem no espírito da lei. ---

A lei da concorrência é totalmente omissa no que toca à questão *sub iudice*. Mas esta omissão não releva dado que a referida lei não regula o regime geral aplicável ao processo de contra-ordenação, limitando-se a estabelecer algumas



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

especificidades, remetendo genericamente para o RGCOOC (art. 22º, nº 1). A questão tem, pois, que ser resolvida no quadro do RGCOOC. ---

O RGCOOC, ao contrário do Cod. Proc. Penal (arts. 58º e segs.) não contém quaisquer regras relativas à constituição de arguido. A questão que se coloca é, pois, a de apurar se o facto de o RGCOOC não conter quaisquer regras relativas à constituição de arguido é intencional, isto é, se o objectivo do legislador foi intencionalmente não impor nestes processos a obrigatoriedade de constituição de arguido, ou se, pelo contrário, se trata de uma lacuna, caso em que teremos de recorrer à aplicação subsidiária, *ex vi* art. 44º, dos arts. 58º e segs. do Cod. Proc. Penal. ---

Segundo os ensinamentos de Eduardo Correia e Figueiredo Dias, o direito contra-ordenacional abrange as condutas que violam interesses erigidos pelo Estado como fundamentais para uma vivência social boa e ordenada. Abrange condutas que são tipificadas como proibidas e, conseqüentemente ilícitas, correspondendo-lhes, porém, uma neutralidade ética, ou seja, têm uma carga valorativa negativa que não vai além do desvalor que lhe é atribuído pelo simples facto de violarem deveres prescritos pelo Estado (cfr. Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social, Boletim da FDUC, vol. XLIX, p. 257-281 e O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social, Jornadas de Direito Criminal, CEJ, p. 3217 e segs., respectivamente). ---

Este ramo do direito surgiu na sequência do movimento mais lato de descriminalização do direito penal e autonomizou-se deste sempre partindo da ideia da não relevância ética das condutas que o integram. Esta autonomização assenta, pois, na neutralidade ética do ilícito: o ilícito não é axiologicamente neutral, e por isso se trata de um direito sancionatório, mas a conduta em si mesmo considerada, divorciada da proibição legal, é-o. ---

Daqui resulta, como tem sido aliás reconhecido abundantemente pelo Tribunal Constitucional, que não há uma estreita equiparação entre o ilícito contra-ordenacional e o ilícito criminal, não obstante a "necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal." (Ac. Tribunal Constitucional nº 469/97; no mesmo sentido se pronunciaram inúmeros arestos do Tribunal Constitucional, indicando-se, a título de exemplo, os Ac. 158/92, 344/93; 473/01; 581/04; 325/2005 e 637/06). ---

Pode assim afirmar-se que as regras processuais penais não têm aplicação *in totum* no direito contra-ordenacional, como não poderia deixar de ser sob pena de não haveria qualquer diferenciação entre os dois tipos de ilícito, diferenciação essa que, como vimos já, existe e é significativa. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Tendo patente esta diferença de natureza de ilícito e, conseqüentemente, de regime, assiste razão à Autoridade quando defende que nos processos de contra-ordenação não há a obrigatoriedade de constituição formal de arguido, ou seja, a não inclusão no RGCOC de uma norma prevendo a constituição de arguido foi intencional, não se tratando de uma lacuna. ---

Esta ideia resulta directamente do art. 50º do RGCOC que dispõe não ser permitida a aplicação de uma coima sem se ter conferido ao arguido a possibilidade de se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada. ---

Ao prescrever desta forma resulta evidente que não há qualquer obrigatoriedade de constituição prévia de arguido. Desde logo, se o regime dos arts. 57º e segs. fosse aplicável, então o art. 50º do RGCOC não faria qualquer sentido: se o suspeito tivesse que ser constituído arguido assistir-lhe-ia, desde logo, o direito a ser ouvido (cfr. art. 61º, nº 1, al. b), do Cod. Proc. Penal), pelo que a consagração desse direito no art. 50º estaria esvaziada de conteúdo. ---

Aliás, deve dizer-se que os objectivos que no processo penal presidem à constituição formal de arguido, não se fazem sentir no direito de mera ordenação social. Com efeito, no âmbito do direito penal é a partir da constituição formal como arguido que o suspeito da prática de um ilícito criminal passa a ser titular dos direitos respectivos, pretendendo-se salvaguardar os direitos de quem, por ser suspeito da prática de um crime, pode ver os seus direitos fundamentais fortemente comprimidos, podendo, no limite, ficar privado da sua liberdade. A constituição de arguido tem ainda, no domínio penal, outros pontos de grande importância: só a partir desse momento é possível a aplicação de medidas de coacção, designadamente o TIR, e só é possível efectuar o julgamento na ausência do arguido se o TIR tiver sido prestado (cfr. arts. 192º, 333º, nº 1 e 196º, nº 3, al. d), todos do Cod. Proc. Penal). ---

Ora no domínio das contra-ordenações, o núcleo dos direitos que assistem ao arguido não dependem da sua constituição formal como tal. Os direitos de ser ouvido e de requerer diligências de prova resultam directamente do art. 50º citado. O direito de recorrer judicialmente de qualquer decisão que lhe seja desfavorável resulta directamente do art. 55º do RGCOC. O direito de constituir mandatário ou de lhe ser nomeado defensor resulta directamente do art. 53º do RGCOC. Em suma, o arguido tem desde o início do processo e independentemente da prática de qualquer acto formal, todos os direitos de defesa que o legislador contra-ordenacional entendeu que lhe assistem, direitos esses que não são absolutamente equiparáveis aos do arguido em processo penal precisamente porque aqui não há nem pode haver a constrição dos direitos fundamentais que pode haver no domínio penal. ---

Não há lugar no domínio das contra-ordenações à aplicação de medidas de coacção, designadamente do TIR (art. 42º do RGCOC), nem a realização do



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Julgamento na ausência do arguido depende da sua constituição formal como tal, sendo certo que a sua comparência não é obrigatória, salvo se o juiz a considerar necessária e pode ser dispensada, o que aliás sucede em grande parte dos casos, em que, mesmo não sendo dispensada, se o arguido faltar o julgamento só não se realizará se o tribunal considerar necessária a sua presença (arts. 67º e 68º do RGCOG). ---

E poderá de qualquer modo defender-se que essa constituição é necessária para efeitos de dar a conhecer ao arguido os seus direitos? A resposta não pode deixar de ser negativa. Como se disse *supra* os ilícitos de mera ordenação social não são ilícitos penais, a sua relevância ético-jurídica não é a relevância destes, e, conseqüentemente, não tem que se aplicar neste domínio o regime global de garantias e direitos subjacentes àqueles ilícitos. ---

Ao nível dos ilícitos contra-ordenacionais o legislador entendeu que as garantias de defesa do arguido ficavam inteiramente salvaguardadas com esta necessidade de o mesmo ser ouvido antes de lhe ser aplicada uma coima, não impondo a sua constituição formal como arguido (neste sentido Ac. RC de 28-04-99, in CJ 1999, T. III, p. 55 e Borges de Pinho, in Das Contraordenações, Almedina, 2004, p. 47). ----

Do exposto resulta, pois, que a constituição formal como arguido no domínio do direito contra-ordenacional não é exigida do ponto de vista da garantia dos direitos de defesa uma vez que, por um lado, os direitos de defesa não são coincidentes com os do arguido em processo penal e, por outro lado, os direitos de defesa que o legislador lhe atribuiu e que não estão consagrados no RGCOG decorrem directamente da Constituição e o seu exercício não depende dessa constituição. ---

Não assiste, pois, razão à arguida quando invoca a existência de uma nulidade insanável resultante da não constituição formal como arguida. ---

Aliás, mesmo que se considerasse ser essa constituição obrigatória, nunca estaríamos perante uma nulidade insanável mas antes perante uma mera irregularidade. Com efeito, não é de todo legítimo afirmar que a falta de constituição de arguido equivale à falta de inquérito. ---

A constituição de arguido é relevante em sede de processo criminal já que é a partir dela que o arguido passa a ser titular de todos os direitos de defesa que a lei lhe conferiu. Daí que o legislador preveja que a constituição de arguido tenha lugar logo que o arguido preste declarações pela primeira vez no processo, quando lhe tenha que ser aplicada uma medida de coação, quando for detido ou quando for levantado um auto de notícia e este lhe seja comunicado (art. 58º do Cod. proc. Penal). ---

Sucede que o legislador também prevê uma outra hipótese de constituição de arguido ao prescrever que assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

for deduzida acusação ou requerida instrução (art. 57º, nº 1, do Cod. Proc. Penal). Ora, sendo a acusação proferida no fim do inquérito, decorre deste preceito que é legalmente admissível a existência de um inquérito e a dedução de uma acusação sem que o suspeito da prática do ilícito seja formalmente constituído arguido, o que só por si afasta qualquer hipótese de fazer equiparar a falta de constituição de arguido à falta de inquérito. ---

Por último há ainda que considerar o disposto no nº 3 do citado art. 58º que prescreve que a tomada de declarações do arguido sem que este tenha sido como tal constituído implica que as suas declarações não possam ser contra si utilizadas como prova. Ora se a falta de constituição como arguido equivallesse a uma nulidade insanável, por ser equiparada à falta de inquérito, este preceito não teria qualquer sentido já que a nulidade acarretaria necessariamente a invalidade dos actos dela dependentes como seria, no caso, a tomada de declarações. ---

Em suma, não se pode equiparar a falta de constituição de arguido à falta de inquérito. Logo, e uma vez que vigora entre nós o regime da tipicidade no que concerne às nulidades, não estando prevista como nulidade a falta de constituição formal de arguido, tal vício seria o da irregularidade e não o da nulidade (no sentido de que a omissão da constituição de arguido no processo penal é uma mera irregularidade Ac. RL de 17-01-02 e Ac. RL de 09-05-2000 e citado Ac. RC de 28-04-99: Germano Marques da Silva, *in* Do Processo Penal Preliminar, Lisboa, 1990, p. 436). ---

Ora a ser aqui aplicável este regime, e já vimos que não o é, a arguida teria que ter arguido a irregularidade em causa no prazo que para o efeito lhe é conferido pelo art. 123º do Cod. Proc. Penal, o que esta não fez, pelo que sempre a irregularidade estaria sanada. Por último sempre se dirá que mesmo que se considerasse ter a arguida suscitado a questão da irregularidade atempadamente, não haveria qualquer acto a invalidar dado que a irregularidade não afectaria qualquer dos actos que foi praticado no processo, quer dos que o foram até à dedução da nota de ilicitude quer dos que o foram posteriormente (a única consequência que se poderia retirar seria a de desconsideração como meio de prova das declarações prestadas pelos legais representantes das arguidas). ---

Acresce que, ao contrário do que defende a arguida, a AdC não a poderia ter constituído arguida no momento das buscas pelo simples facto de que naquele momento ainda a AdC podia não ter reunido os elementos suficientes que lhe permitissem concluir, com segurança, haver indícios da prática pela arguida da contra-ordenação que lhe veio a ser imputada. Tais indícios terão surgido precisamente na sequência dos documentos apreendidos nas buscas, não tendo pois, nesse momento, sido preterido qualquer direito de defesa da arguida pelo facto de a AdC não a ter constituído como tal. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

A questão dos direitos de defesa da arguida no momento das buscas é outra e será apreciada adiante. No que respeita à falta de constituição formal de arguido o que releva é que nem no domínio do direito penal é obrigatória a constituição de arguido em momento prévio ao da realização de buscas, conforme decorre do art. 174º e do art. 176º que disciplina as formalidades das buscas e que o faz de um modo que não teria qualquer sentido se já houvesse constituição formal de arguido (questão que trataremos mais em pormenor adiante). ---

Face ao exposto, é forçoso concluir que do facto de a arguida não ter sido como tal formalmente constituída no momento em que se realizaram as buscas não resultou qualquer violação dos seus direitos de defesa. Logo, mesmo que se considerasse existir qualquer irregularidade na não constituição da arguida como tal no processo, nunca se poderiam invalidar, com esse fundamento, as buscas efectuadas, nem tão pouco as restantes diligências de prova encetadas pela AdC por não estarem dependentes de tal constituição. ---

Por conseguinte, julgo improcedente a arguida nulidade. ---

*

2.3 – Das buscas

2.3.1 – Da natureza das buscas e da autoridade judiciária competente para as ordenar

A propósito da natureza das buscas ordenadas e efectuadas no processo, começa a arguida por alegar que as mesmas devem ser consideradas buscas domiciliárias dado que a sede das pessoas colectivas é o seu domicílio. Em consequência, as buscas deveriam ter sido ordenadas por um juiz do Tribunal de Comércio de Lisboa ou, caso assim se não entenda, um juiz de instrução criminal. Invoca a este respeito o art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e a interpretação que do mesmo tem sido feita pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). Ora uma vez que as buscas foram ordenadas por um Magistrado do Ministério Público, os respectivos mandados e os actos praticados a coberto dos mesmos estão feridos de inexistência jurídica, ou, caso assim se não entenda, de nulidade insanável. ---

Respondeu a AdC que a arguição da nulidade foi intempestiva, que não há qualquer suporte legal para a construção da arguida de que as buscas deveriam ser autorizadas e os mandados ser emitidos por um juiz, seja do Tribunal de Comércio de Lisboa seja de instrução criminal, e que a sede das pessoas colectivas não é equiparada ao conceito constitucional de domicílio pelo que as buscas realizadas não são buscas domiciliárias. ---

Para apreciar a questão que aqui se coloca vamos começar por traçar em linhas gerais o direito nacional aplicável para, depois, determinar se a interpretação



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

que do direito nacional se faz colidir com o art. 8º da CEDH e/ou com alguma interpretação que do mesmo é feita. ---

A Lei 18/2003 equipara a AdC aos órgãos de polícia criminal, conferindo-lhe designadamente competência para proceder a buscas nas instalações das empresas [art. 17º, nº 1, al. c)]. Precisa porém o nº 2 do mesmo preceito que a realização das buscas depende de despacho da autoridade judiciária que autorize a sua realização. -

Dado o modo como o legislador regulou esta matéria, há que recorrer ao direito processual penal, aplicável, como se referiu *supra*, subsidiariamente. ---

Resulta do art. 174º, nº 2, do Cod. Proc. Penal, que, sempre que haja indícios da prática de uma infracção criminal e de que num determinado local, reservado ou não livremente acessível ao público, se encontram quaisquer objectos relacionados com o crime ou que possam servir de prova, pode ter lugar uma busca, precedida do necessário despacho da autoridade judiciária competente (despacho que pode ser, num primeiro momento e em determinadas situações dispensado, casos que não vão ser objecto de análise por não relevarem para os autos). ---

Como regra, as buscas têm lugar no decurso do inquérito, fase processual destinada à prática dos actos de investigação reputados de necessários com vista à decisão sobre a acusação (art. 262º do Cod. Proc. Penal). Sendo este o objectivo do inquérito, nele estão compreendidas todas as diligências destinadas a investigar a existência de um crime, a identificar dos seus agentes e respectiva responsabilidade e a descobrir e recolher a prova necessária. --

O titular da acção penal é o Ministério Público, a ele cabendo a direcção do inquérito (art. 263º, nº 1, do Cod. Proc. Penal), ou seja, é ao Ministério Público que cabe seleccionar e recolher a prova, assistido pelos órgãos de polícia criminal. Por conseguinte, quando o art. 174º, nº 2, faz depender as buscas de prévio despacho da autoridade judiciária competente, está-se a referir ao Ministério Público (cfr. art. 267º e, quanto à definição de autoridade judiciária, art. 2º, ambos do Cod. Proc. Penal). ---

Há porém determinados actos que, quando praticados na fase de inquérito, dependem de autorização do juiz de instrução. Trata-se daqueles actos que em razão da sua natureza e gravidade contendem directamente com direitos fundamentais (art. 268º do Cod. Proc. Penal). ---

Dentro do núcleo de actos da competência do juiz de instrução na fase de inquérito incluem-se as autorizações para realização de buscas domiciliárias: *A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz e efectuada entre as sete e as vinte e uma horas, sob pena de nulidade* (art. 177º do Cod. Proc. Penal). ---

O cerne da questão *sub iudice* é precisamente definir o que se entende por busca domiciliária, sendo certo que, para dar resposta a esta questão, há que interpretar o art. 34º da Const. Rep. Portuguesa que consagra como direito



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

fundamental a inviolabilidade do domicílio e da correspondência e que, por conseguinte, está em estreita conexão com a regra processual em análise. ---

Dispõe o citado preceito constitucional, nos seus nº 1 e 2, que: ---

O domicílio e o sigilo de correspondência e os outros meios de comunicação privada são invioláveis.

A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei.

Sobre o conteúdo deste direito Gomes Canotilho e Vital Moreira ensinam: "A Constituição continua a regular no mesmo preceito, desde a redacção originária, o direito à inviolabilidade de domicílio e o direito à inviolabilidade de correspondência (e outros meios de comunicação privada). A proclamação destes direitos como «invioláveis» e a sua associação para efeitos de positivacão normativo-constitucional justifica-se por haver, em ambos os direitos, a protecção de bens jurídicos fundamentais comuns (dignidade da pessoa, desenvolvimento da personalidade, e sobretudo garantia da liberdade individual, autodeterminação existencial, garantia da privacidade nos termos do art. 26º)" (*in* Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª ed., Vol. I, p. 539). ---

Os mesmos autores, reconhecendo as dificuldades na definição do objecto da inviolabilidade, acrescentam: "Tendo em conta o sentido constitucional deste direito, tem de entender-se por domicílio, desde logo, o local onde se habita - a habitação -, seja permanente, seja eventual; seja principal ou secundária. Por isso, ele não pode equivaler ao sentido civilístico, que restringe o domicílio à residência habitual (mas, certamente incluindo também as habitações precárias, como tendas, «roulottes», embarcações), abrangendo também a residência ocasional (como o quarto de hotel) ou, ainda, os locais de trabalho (escritórios, etc.). Dada a sua função constitucional, esta garantia deve estender-se quer ao domicílio voluntário geral, quer ao domicílio profissional (Ccivil, arts. 82º e 83º). A protecção do domicílio é também extensível, na medida do que seja equiparável, aos locais de trabalho (escritórios, etc.)." (*op. cit.*, p. 540). ----

O domicílio é, pois, visto como a projecção espacial da pessoa, pretendendo-se com a consagração da sua inviolabilidade, assegurar a protecção da dignidade humana, ou seja, a protecção do domicílio radica na personalidade humana e na necessidade de garantir o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Em suma, está em causa o direito à liberdade da pessoa. ---

O Tribunal Constitucional tem definido o domicílio a que se alude neste artigo como "a habitação humana, aquele espaço fechado e vedado a estranhos, onde recatada e livremente, se desenvolve uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar" (Ac. TC 452/89, publicado no DR, I



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

série, de 22 de Julho de 1989, citado em abundância por outros arestos daquele tribunal). ---

Assim configurado o direito em análise, não podemos deixar de acatar o entendimento dos já citados autores de que "Os titulares do direito à inviolabilidade de domicílio são as pessoas físicas que habitam uma residência, independentemente das relações jurídicas subjacentes (ex: propriedade, arrendamento, posse) e da respectiva nacionalidade. Esta titularidade estende-se a todos os membros da família e a pessoas com estatuto especial (ex: detidos, internados), devendo as eventuais restrições resultar da lei e serem justificadas pelas razões constantes deste preceito constitucional (matéria de processo criminal)." (op. cit., p. 541). ---

Aqui chegados importa agora analisar em que medida este direito é extensível às pessoas colectivas através da equiparação de domicílio à sede social. --

Assiste inteira razão à arguida Vatel quando afirma que também as pessoas colectivas são titulares de direitos fundamentais. Com efeito, dispõe o art. 12º, nº 2, da Const. Rep. Portuguesa, que *As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza*. Adoptou, pois, a nossa Constituição uma concepção de direitos fundamentais não centrada exclusivamente sobre os indivíduos. ---

Mas, ao contrário do que defende a arguida, desta atribuição de direitos fundamentais às pessoas colectivas não decorre directa e necessariamente que lhes seja aplicável a garantia da inviolabilidade do domicílio, nem o mesmo é defendido por Gomes Canotilho e Vital Moreira na última edição da obra supra citada. A propósito do art. 12º, nº 2, dizem estes autores que "As pessoas colectivas não podem ser titulares de todos os direitos e deveres fundamentais; mas, sim, apenas daqueles que sejam compatíveis com a sua natureza (nº 2, *in fine*). Saber quais são eles, eis um problema que só pode resolver-se casuisticamente. Assim, não serão aplicáveis, por exemplo, o direito à vida e à integridade pessoal, o direito de constituir família; já serão aplicáveis o direito de associação, a inviolabilidade de domicílio (pelo menos em certa medida) (ver nota art. 34º), o segredo de correspondência, o direito de propriedade. (...) É claro que o ser ou não ser compatível com a natureza das pessoas colectivas depende naturalmente *da própria natureza de cada um dos direitos fundamentais*, sendo incompatíveis aqueles direitos que não são concebíveis a não ser em conexão com as pessoas físicas, com os indivíduos..." (op. cit., p. 330-331). ---

Continuando a citar os mesmos constitucionalistas "Já é muito duvidoso que a protecção da sede das pessoas colectivas (Ccivil, art. 159º) ainda se enquadre no âmbito normativo constitucional da protecção do domicílio, porque, em princípio, não está aqui em causa a esfera da intimidade privada e familiar em que se baseia a inviolabilidade do domicílio. (...) Já quanto às pessoas colectivas, a protecção que é devida às respectivas instalações (designadamente quanto à respectiva sede) contra



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

devassas externas não decorre directamente da protecção do domicílio, de cuja justificação não compartilha, como se viu acima, mas sim do âmbito de protecção do direito de propriedade e de outros direitos que podem ser afectados, como a liberdade de empresa (...)" (op. cit, p. 540-541). ---

Tendo em mente a natureza do direito assegurado pela garantia da inviolabilidade do domicílio, não se pode deixar de concluir que o mesmo não é compatível com a natureza das pessoas colectivas. Estando em causa no art. 34º o domicílio visto como a projecção espacial da pessoa e pretendendo-se com a proibição consagrada assegurar a protecção da dignidade humana e garantir o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (ideia que sai ainda mais reforçada se atentarmos no nº 3 do art. 34º), não pode aceitar-se que a sede de uma pessoa colectiva esteja aqui incluída. ---

Neste sentido se pronunciou Martins da Fonseca que, depois de aludir à referência que o nº 2 do art. 34º faz ao "domicílio dos cidadãos", e concluir que do mesmo estão forçosamente excluídas as pessoas colectivas, e à referência que o nº 3 do mesmo artigo faz à "noite", e concluir que do mesmo resulta que se quis proteger a intimidade do cidadão e a sua liberdade individual e familiar, é peremptório ao afirmar que "as sedes das pessoas colectivas não são abrangidas pela garantia prevista na disposição em apreço. De anotar, em relação às pessoas colectivas, que aí nunca se pretende acautelar a privacidade do cidadão. Trata-se de direito de que uma pessoa colectiva não pode em caso algum ser titular." ("Conceito de Domicílio face ao art.34º da Constituição da República", in Revista do Ministério Público, nº 45, p. 62-63). ---

Também a Procuradoria-geral da República, em parecer emitido a propósito do enquadramento jurídico das buscas a efectuar no domínio do direito da concorrência, adopta este entendimento patente no seguinte trecho: "As buscas e apreensões não domiciliárias, nomeadamente nas instalações de empresas ou das associações de empresas envolvidas..." (Parecer nº 127/2004, p. 52). De igual modo, no parecer da mesma Procuradoria nº 86/1991 se assume estarem as buscas na sede das pessoas colectivas arredadas da definição de buscas domiciliárias dado que estas são aí identificadas como as buscas "em casa habitada ou numa sua dependência fechada" (ponto 7.4). ---

Por todo o *supra* exposto a conclusão do Tribunal é a de que, face ao direito nacional, as buscas efectuadas na sede das pessoas colectivas não são buscas domiciliárias. ---

Ora se não estão em causa buscas domiciliárias, então a entidade competente para emitir os competentes mandados é o Ministério Público nos termos do citado art. 267º, dado que a intervenção do juiz de instrução nesta sede se restringe às buscas domiciliárias. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Contestando esta asserção a Vatel invoca o art. 8º da CEDH, defendendo que do mesmo resulta que a sede da pessoa colectiva é equiparada ao domicílio e que as buscas na sede da pessoa colectiva são buscas domiciliárias, citando a propósito o Ac. de 16 de Abril de 2002 do TEDH. Pretende a arguida que face ao citado acórdão, não pode interpretar-se o art. 34º da Const. Rep. Portuguesa de outro modo. –

Não lhe assiste, porém, razão. O art. 8º da CEDH dispõe que: ---

1 - *Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.*

2 - *Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.*

Os tribunais comunitários mantêm uma jurisprudência constante nesta matéria, sempre ancorada no Ac. Hoescht de 21 de Outubro de 1989, amiúde citado em jurisprudência mais recente (inclusive nacional, Ac. RL de 16-01-07, Proc. 5807/06), de que se passa a transcrever o seguinte trecho:

"17 - Tendo a recorrente invocado também as exigências decorrentes do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, deve referir-se que, se é verdade que o reconhecimento desse direito quanto ao domicílio privado das pessoas singulares se impõe na ordem jurídica comunitária como princípio comum aos direitos dos Estados-membros, o mesmo não sucede quanto às empresas, uma vez que os sistemas jurídicos dos Estados-membros apresentam divergências não desprezíveis no que se refere à natureza e grau de protecção das instalações comerciais face às intervenções das autoridades públicas.

18 - Conclusão diversa não pode, aliás, ser retirada do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cujo nº 1 estabelece que "qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência". O objecto de protecção deste artigo é o desenvolvimento da liberdade pessoal do homem, não podendo, por isso, ser alargada às instalações comerciais. (...)

19 - Não é menos verdade, porém, que em todos os sistemas jurídicos dos Estados-membros as intervenções do poder público na esfera da actividade privada de qualquer pessoa, seja singular ou colectiva, devem ter fundamento legal e justificar-se por razões previstas na lei, e que esses sistemas estabelecem, em consequência, embora de formas diferentes, uma protecção contra as intervenções arbitrárias ou desproporcionadas. A exigência dessa protecção deve, assim, ser reconhecida como princípio geral do direito comunitário." ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Esta doutrina tem vindo a ser desenvolvida, designadamente no Ac. Colas citado pela arguida, nos termos do qual a protecção do domicílio visada pelo art. 8º da CEDH pode ser estendida, em determinadas circunstâncias, a essas instalações. -

Sucede que este acórdão não é de todo contraditório com o Ac. Hoescht, como parece defender a Vatel. É que a hipótese nele configurada não é idêntica à que estava em causa no Ac. Hoescht nem tão pouco à que está em causa nestes autos. ---

Com efeito, no Ac. Colas, estavam em causa buscas realizadas na sede de uma pessoa colectiva, em França, no âmbito de uma legislação nacional que previa a sua realização sem necessidade de qualquer autorização judicial, ou seja, as buscas podiam ser determinadas pelos inspectores que instruíam o processo administrativo de contra-ordenação, sendo estes quem definia a sua extensão, empresas e locais abrangidos, sem qualquer restrição ou supervisão (cfr. ponto 22).

Em tal situação afigura-se-me claro que o art. 8º da CEDH deverá ser objecto de uma interpretação mais lata de modo a que, por via dele, se garanta minimamente a defesa dos direitos das pessoas colectivas, designadamente à protecção dos seus bens. Isto mesmo resulta do acórdão quando refere que a legislação e a prática nacional deveriam ter acautelado garantias adequadas e efectivas contra abusos (cfr. ponto 48), e que por tais garantias inexistirem na legislação nacional havia uma violação ao art. 8º em apreciação. ---

Do exposto resulta que não há qualquer contradição entre o Ac. Hoescht do TJ e o Ac. Colas do TEDH já que este mais não faz do que consagrar a tese de que deve ser reconhecido como princípio geral do direito comunitário a protecção das pessoas colectivas contra intervenções arbitrárias ou desproporcionadas. ---

Sucede que não é esta situação face à nossa lei nacional. O nosso regime processual impõe que as buscas sejam sempre autorizadas por uma autoridade judiciária, ou seja, a lei nacional acautela a salvaguarda dos direitos das empresas, garantindo a necessária protecção contra as intervenções arbitrárias ou desproporcionadas. O Ministério Público é uma autoridade judiciária cuja actividade é pautada pela conformidade com a Constituição, por critérios de legalidade e objectividade e não por razões de oportunidade ou conveniência. Consequentemente, o facto de as buscas dependerem de despacho do Ministério Público garante integralmente os direitos que se podem considerar aplicáveis às empresas por via do art. 8º da CEDH: o da a protecção das pessoas colectivas contra intervenções arbitrárias ou desproporcionadas. ---

Ora, se assim é no domínio do processo penal, por maioria de razão também o é no domínio do processo contra-ordenacional onde os bens jurídicos protegidos auferem de menor dignidade constitucional. ---

Acresce que, no domínio concreto das contra-ordenações da concorrência, a AdC quando solicita a necessária autorização para realizar buscas, fá-lo através de



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

requerimento fundamentado (art. 17º, nº 2, da lei 18/2003), o que permite ao Ministério Público aferir da necessidade e proporcionalidade da diligência solicitada, sendo certo que se não ficar convicto de que há indícios da prática de um ilícito e de que num dado local poderá haver elementos de prova relevantes, não autorizará a diligência. ---

Face a todo o exposto, entende o tribunal que as buscas às sedes das pessoas colectivas não são equiparadas a buscas domiciliárias e, por conseguinte, a sua realização não depende de autorização do juiz mas sim do Ministério Público. ---

Regressando ao caso dos autos verifica-se que as buscas assentaram em mandados emitidos no dia 14 de Fevereiro de 2006 pelo Ministério Público do Tribunal de Família, Menores e Comarca de Vila Franca de Xira (cfr. doc. fls. 114 e 703), territorialmente competente face ao disposto no art. 264º do Cod. Proc. Penal. Significa isto que, no caso concreto, foram respeitados todos os requisitos formais previstos na lei, não padecendo as buscas de qualquer vício. ---

Concluindo-se assim pela desnecessidade da intervenção de um juiz para autorizar as buscas, cai por terra a argumentação da arguida de que as buscas estão feridas de inexistência jurídica por não terem sido ordenadas por um juiz, não havendo, por conseguinte, de apurar se a competência caberia ao Tribunal de Comércio de Lisboa ou ao Juiz de Instrução Criminal. ---

Mas, mesmo que assim não fosse, sempre se dirá que nunca estaríamos perante uma inexistência jurídica, nem tão pouco perante uma nulidade insanável. --

A figura da inexistência jurídica, não se encontrando plasmada na lei, é hoje aceite unanimemente. Trata-se do vício mais grave que pode inquinar um acto e delimita-se em função das nulidades, i.e., os vícios que geram a inexistência não hão-de estar previstos como nulidade e, simultaneamente, hão-de ser mais graves, não podendo, por isso, ser incluídos na categoria das irregularidades. ---

A este propósito Germano Marques da Silva refere que "A função da categoria da inexistência é precisamente a de ultrapassar a barreira da tipicidade das nulidades e da sua sanção pelo caso julgado: a inexistência é insanável. (...) mais do que vícios do acto, por lhes faltar algum requisito, é o próprio acto que falta por carecer de elementos essenciais à sua consideração como acto do processo." (in Curso de Processo penal II, 3ª ed., p. 92-93). ---

Ora as buscas domiciliárias não autorizadas pelo juiz estão feridas de nulidade nos termos do art. 177º, nº 1, do Cod. Proc. Penal. Por conseguinte, estando o vício cominado com a nulidade, nunca poderíamos falar em inexistência jurídica. Com efeito, o acto (no caso as buscas) existe, o que sucederia é que estaria inquinado de um vício por lhe faltar um requisito. ---

Logo, a haver algum vício o mesmo integraria uma nulidade e não a figura da inexistência jurídica. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Acresce que, dentro das nulidades, sempre se teria de concluir tratar-se de uma nulidade sanável (embora não por se acolher o entendimento da AdC de que não existem no processo contra-ordenacional nulidades insanáveis, como se referiu *supra*). Com efeito, vigora entre nós, no que concerne às nulidades, o princípio da tipicidade, princípio esse que tem duas vertentes: um acto só é nulo quando a nulidade for expressamente cominada na lei (art. 118º, nº 1) e a nulidade só é insanável se a lei a cominar como tal (art. 119º). ---

Ora a nulidade das buscas domiciliárias resultantes da falta de autorização do juiz está prevista no art. 177º, nº 1, que não a qualifica como insanável. Por outro lado tal nulidade não está elencada no art. 119º. Por conseguinte, é forçoso concluir que sempre estaria em causa uma nulidade sanável, isto é, uma nulidade dependente de arguição (neste sentido Ac. RP de 17-11-04, Proc. 0414002). ---

Por sua vez, não se tratando de uma nulidade enunciada no art. 120º, nº 2, os prazos de arguição previstos no art. 120º, nº 3, nunca se poderiam considerar aplicáveis, o que significa que a nulidade teria que ser arguida no prazo de 10 dias nos termos do art. 105º, nº 1, do Cod. Proc. Penal, contado obviamente a partir da data em que as buscas se realizaram (neste sentido Ac. RC de 06-12-06, Proc. 264/06.6JELSB-A.C1). ---

No caso dos autos as buscas na sede e estabelecimento da Vatel realizaram-se no dia 16 de Fevereiro de 2006 (cfr. fls. 117 e 706). A arguida só veio suscitar a questão da nulidade das buscas na resposta à nota de ilicitude em 24 de Maio de 2006 (cfr. fls. 2157), ou seja, muito depois de decorrido o referido prazo de 10 dias. Assim, é manifesto que a nulidade, a existir, se teria de considerar sanada por não ter sido tempestivamente arguida. ---

*

2.3.2 – Da nulidade do despacho que autorizou as buscas

Ainda a propósito das buscas invoca a Vatel outro vício. Alega a arguida que as medidas ordenadas no despacho do Ministério Público e as provas obtidas a coberto do mesmo são nulas por violarem o disposto nos arts. 17º, nº 1, al. c), da Lei 18/2003, 32º, nº 8 e 34º, nº 1 a 4 da Const. Rep. Portuguesa, 126º, nº 3, do Cod. Proc. Penal e 42º do RGCOG na medida em que extravasam em muito as diligências previstas no citado art. 17º já que abrangeram correspondência e documentação que não respeita à escrita da arguida e que, como tal, não se subsume no conceito de “cópias ou extractos da escrita e demais documentação” (arts. 104º a 114º da impugnação). ---

Dado que a propósito do concreto objecto das buscas e dos documentos obtidos através delas a arguida invoca em momento subsequente vários vícios, entre os quais precisamente o de se terem apreendidos elementos que não podiam ser apreendidos (arts. 115º e segs. da impugnação), afigura-se ao tribunal que em



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

concreto nesta parte a arguida suscita a nulidade do próprio despacho do Ministério Público e dos mandados emitidos na sequência do mesmo. ---

A arguida limita-se a invocar uma nulidade, sem a qualificar, e a remeter para os arts. 126º, nº 3, do Cod. Proc. Penal e 32º, nº 8, da Const. Rep. Portuguesa (já que as restantes normas citadas não se referem a nulidades). ---

Ora ambos os preceitos referidos respeitam à nulidade das provas obtidas o que significa só têm relevância numa fase subsequente. O problema da nulidade das provas só se coloca a jusante. A questão aqui em apreciação é prévia: estamos neste momento a analisar o despacho que ordenou as buscas e os mandados que foram emitidos na sequência de tal despacho, i.e., não estamos a analisar a validade das provas obtidas através das buscas (nulidade que também foi suscitada e que será apreciada a seu tempo) mas sim a validade intrínseca do despacho que as ordenou e dos mandados emitidos. ---

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 *supra* referido 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 do Ministério Público que ordena/autoriza as buscas é, indiscutivelmente, um acto decisório do Ministério Público, ou seja, um despacho que reveste os requisitos formais dos actos escritos e é sempre fundamentado de facto e de direito (cfr. art. 97º, nº 2 a 4, do Cod. Proc. Penal). Assim, o despacho, no caso concreto, tem que especificar quais as diligências ordenadas e porque é que as mesmas se justificam, sendo estes elementos parte integrante da sua fundamentação, e tem ainda, por força do disposto no art. 176º, nº 1, que conter as advertências referidas neste preceito. ---

Relativamente ao âmbito das buscas ordenadas, não há nenhum preceito que comine com a nulidade o despacho do Ministério Público que determine a realização de buscas (quer porque não possam ser efectuadas quer porque só possam ser ordenadas pelo juiz). Os preceitos vigentes e indicados pela arguida cominam com a nulidade as provas obtidas na sequência das buscas ilegais (assim se podendo considerar as buscas efectuadas por despacho do Ministério Público quando a lei impõe que sejam autorizadas pelo juiz ou as buscas realizadas fora do quadro legal existente), mas não os despachos que as ordenam ou os mandados emitidos na sequência de tais despachos. ---

Logo, vigorando em processo penal o princípio da tipicidade das causas de nulidade (citado art. 118º), é forçoso concluir que a existir algum vício no despacho do Ministério Público o mesmo assumiria a feição de uma mera irregularidade



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

(neste sentido Ac. RL de 26.09.06, Proc. 6008/2006.5 e Ac. da RP de 30-03-05, Proc. 0444597 proferido no âmbito de um processo em que estava em causa um despacho do Ministério Público que ordenou uma perícia). ---

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). ---

No caso dos autos as buscas tiveram lugar no dia 16 de Fevereiro de 2006, constando dos autos que foram entregues cópias dos mandados (dos quais constava exactamente qual a extensão e âmbito das buscas – cfr. fls. 114/115 e 703/704). ---

A arguida não suscita a questão da representatividade/qualidade das pessoas que se encontravam na sua sede e no seu estabelecimento pelo que se tem de concluir que tal representatividade/qualidade não é posta em causa. ---

Não constando dos elementos juntos aos autos que se encontrassem presentes, no momento da realização das buscas, os advogados da arguida (e não obstante tal presença não ser obrigatória), entende o tribunal que deve a arguida beneficiar do prazo de 3 dias previsto no citado art. 123º, nº 1 (dado que o objectivo desta norma é a reacção imediata do interessado a qualquer irregularidade a que assista, sendo certo que estando em causa uma reacção jurídica ela só pode ter lugar se estiver presente alguém com os necessários conhecimentos técnico-jurídicos, isto é, o advogado – neste sentido Ac. da RL de 18-05-06, Proc. 54/2006-9). ---

Significa isto que a eventual irregularidade do despacho do Ministério Público ou dos mandados teria que ter sido suscitada pela arguida até 20 de Fevereiro de 2006 (dado que 19 de Fevereiro foi um domingo – arts. 279º do Cod. Proc. Civil e 104º do Cod. Proc. Penal). ---

Ora uma vez que a arguida só veio suscitar o vício aqui em apreciação na resposta à nota de ilicitude, que apresentou em 24 de Maio de 2006 (fls. 2157), é por demais evidente que tal arguição sempre seria extemporânea pelo que a irregularidade, a existir, nunca determinaria a invalidade do acto a que se refere nem, consequentemente, dos termos subsequentes que pudesse afectar (art. 123º, nº 1, do Cod. Proc. Penal). ---

Refira-se aqui que o prazo para arguição de irregularidades não está dependente da constituição formal como arguida no processo. Com efeito, a lei não faz depender a arguição nem limita a legitimidade ao arguido como decorre directamente do art. 123º que confere legitimidade para arguir irregularidades aos “interessados” e não aos arguidos. Não tem, pois, razão a arguida quando refere que nunca poderia ter suscitado qualquer irregularidade por não ter sido formalmente constituída arguida. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Em suma, a existir algum vício o mesmo constituiria uma mera irregularidade que, por não ter sido arguida no prazo legal, se considera sanada. ---

*

2.3.3 – Do objecto das buscas

Alega a arguida que no decurso das buscas foi recolhida e apreendida correspondência, incluindo mensagens de correio electrónico, e documentação diversa de teor não contabilístico, que se encontrava nas suas sede e instalações. Tais buscas e apreensões não são permitidas pelos arts. 32º, nº 8 e 34º, nº 1 e 4 da Const. Rep. Portuguesa, 17º, nº 1, al. c), da Lei 18/2003, 126º, nº 3, do Cod. Proc. Penal e 42º do RGCOOC, por força dos quais em processos de contra-ordenação não pode ser apreendida correspondência nem há lugar à interceptação de comunicações. Por outro lado estando em causa a apreensão de correspondência, deveriam as buscas ter sido ordenadas e autorizadas por um juiz (arts. 179º, 268º, nº 1, al. d) e 269º, nº 1, al. b), todos do Cod. Proc. Penal). ----

Por conseguinte estamos perante uma situação de inexistência jurídica ou, no limite, nulidade insanável. Simultaneamente a violação das referidas normas gera a nulidade das provas obtidas. ---

Em resposta a AdC argumenta, por um lado, que não faz sentido falar-se de reserva da intimidade da vida privada de uma empresa e, por outro lado, que não foi apreendida qualquer correspondência dado que, nesta noção, não cabem cartas abertas nem mensagens de correio electrónico já abertas/lidas. ---

A este propósito a arguida suscita, pois, duas questões de fundo: qual o âmbito das buscas permitidas no domínio do direito contra-ordenacional e qual a noção de correspondência relevante. Dependendo da resposta que for dada a estas questões coloca-se ainda uma outra questão: quem é a autoridade competente para autorizar as buscas e emitir os respectivos mandados.---

As normas aqui a considerar relativas ao objecto das buscas no direito das contra-ordenações são as seguintes: ---

- Art. 17º, nº 1, al. c), da Lei 18/2003: ... a Autoridade, através dos seus órgãos ou funcionários, goza dos mesmos direitos e faculdades e está submetida aos mesmos deveres dos órgãos de polícia criminal, podendo, designadamente...
Proceder, nas instalações das empresas..., à busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extractos da escrita e demais documentação, quer se encontre ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se mostrem necessárias á obtenção de prova.
- Art. 42º do RGCOOC: Não é permitida ... a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional.



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

- Art. 32º, nº 8, da Const. Rep. Portuguesa: *São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.*
- Art. 34º, nº 1, da Const. Rep. Portuguesa: *O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.*
- Art. 34º, nº 4, da Const. Rep. Portuguesa: *É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.*

No entender do tribunal é inquestionável que o art. 42º do RGCOC é aplicável às contra-ordenações da concorrência. Por um lado a regra geral nele estatuída não foi expressamente afastada pela Lei 18/2003. Por outro lado do art. 17º não resulta que o legislador tenha ali pretendido regular de modo exaustivo a matéria nele contida, pelo contrário. Significa isto que não se pode concluir que a aplicação do art. 42º do RGCOC às contra-ordenações em matéria da concorrência tenha sido tacitamente afastada. ---

Ora da conjugação dos dois preceitos resulta que, efectivamente, no domínio das contra-ordenações, não só não é possível proceder à apreensão de correspondência ou realizar escutas telefónicas, como as provas obtidas por tais meios não são permitidas. De facto, não só o art. 17º, ao definir qual o âmbito das buscas e exames que legitima a Autoridade a fazer, não inclui nem as buscas domiciliárias nem as escutas telefónicas, como o art. 42º é taxativo ao proibir tais meios de recolha de prova no domínio das contra-ordenações. ---

A questão é de tal modo linear, dada a clareza de redacção e a univocidade de sentido que caracteriza os preceitos legais aplicáveis, que nem sequer se justifica dissecar os preceitos constitucionais que lhes serviram de fonte. Desde logo temos de ter em mente que as pessoas colectivas, não tendo exactamente os mesmos direitos das pessoas singulares, também são sujeitos de direitos fundamentais, conforme *supra* exposto. Depois, o art. 17º que se refere expressamente às buscas a realizar nas instalações das pessoas colectivas, não inclui na sua enumeração, que não é meramente exemplificativa, a apreensão de correspondência, e não prevê qualquer outro meio de obtenção de prova como sejam as escutas telefónicas. De considerar é ainda que, face à redacção do art. 42º, não se pode de modo algum afirmar que o mesmo só se aplica às pessoas singulares, pois nada no referido preceito autoriza tal interpretação. Por último, a proibição contida no art. 34º, nº 4, é absoluta, admitindo como única excepção os casos previstos no processo penal (neste sentido Parecer da PGR nº 127/2004; Simas Santos *in* Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 2ª ed., Vislis, p.269-270). ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Assiste, pois, razão à arguida nesta parte da sua argumentação, o que significa que se a AdC tiver efectivamente apreendido correspondência da arguida, tal correspondência não pode ser valorada como meio de prova no processo. Digase, porém, que, pelos motivos já explanados supra, não estaríamos perante um caso de inexistência jurídica mas sim de nulidade dado que a lei como tal comina este vício. ---

Já a eventual apreensão de documentação diversa de teor não contabilístico (que a arguida não identifica), não estaria ferida de qualquer vício dado que o legislador, no art. 17º, não limitou a busca aos documentos de cariz contabilístico como resulta directamente do segmento *recolha e apreensão de cópias ou extractos da escrita e demais documentação*. Tal documentação não cai, pois, sob a alçada das proibições de prova. ---

Passemos então à segunda questão suscitada: qual o conteúdo do conceito de correspondência, sendo certo que só esta não pode ser apreendida em processo de contra-ordenação. ---

A propósito do art. 34º da Const. Rep. Portuguesa, Gomes Canotilho e Vital Moreira caracterizam o direito ao sigilo da correspondência do seguinte modo: "abrange toda a espécie de correspondência de pessoa a pessoa (cartas, postais, impressos), cobrindo mesmo as hipóteses de encomendas que não contêm qualquer comunicação escrita ... No âmbito normativo do art. 34º cabe o chamado correio electrónico, porque o segredo da correspondência abrange seguramente as correspondências mantidas por via das telecomunicações.". Este direito "tem como objecto de protecção a comunicação individual, isto é, a comunicação que se destina a um receptor individual ou a um círculo de destinatários (ex: correspondência telefónica) previamente determinado... A Constituição não apenas garante o sigilo da correspondência e outros meios de comunicação privados (nº 1), mas também proíbe toda a ingerência (nº 4), o que é mais vasto, envolvendo nomeadamente a liberdade de envio e de recepção de correspondência, a proibição de retenção ou de apreensão, bem como de interferência (telefónica etc.)." (*in op. cit.*, p. 544-555). ---

Entende a arguida que não se pode fazer uma interpretação restritiva deste preceito no sentido de que a proibição da intromissão em correspondência não abrange a correspondência aberta. Sucede que não está em causa uma qualquer interpretação restritiva do preceito. O que está em causa é saber se a correspondência, uma vez aberta, continua a poder qualificar-se como correspondência, caso em que gozará da protecção constitucional consagrada no art. 34º, ou se, pelo contrário, a partir do momento em que é aberta passa a ser um simples documento. ---

Antes de responder a esta questão e uma vez que os elementos postos em causa pela arguida são mensagens de correio electrónico, há que definir o conceito



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

de correio electrónico e o respectivo âmbito de protecção legal dado que o art. 190º do Cod. Proc. Penal determina que o regime das escutas telefónicas é aplicável ao correio electrónico. Assim, torna-se necessário delimitar até quando é que o correio electrónico é protegido pelo regime das escutas e a partir de quando é que é protegido pelo regime da correspondência. ---

Não existe uma definição penal de correio electrónico sendo que este conceito remete para outros dois conceitos: comunicação electrónica e serviço de comunicação electrónica. ---

O único conceito legal de comunicação electrónica é o constante da Lei 41/2004 de 18 de Agosto relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas que a define, para efeitos da referida lei, como “qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes mediante a utilização de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público” [art. 2º, nº 1, al. a)]. ---

Por sua vez, a definição de “serviço de comunicações electrónicas” é dada na Lei das Comunicações Electrónicas” (Lei 5/2004 de 10 de Fevereiro) nos seguintes termos: “serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão” [art. 3º, al. cc)]. Este mesmo diploma define “redes de comunicações electrónicas como “sistemas de transmissão ... que permitem o envio de sinais por cabo, meios radioeléctricos, meios ópticos ou por outros meios electromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas ... e móveis, os sistemas de cabos de electricidade, na medida em que sejam utilizados para a transmissão de sinais, as redes utilizadas para a radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo, independentemente do tipo de informação transmitida” [art. 3º, al. x)]. ---

Sendo estas as únicas noções legais existentes, e pese embora as mesmas não se possam considerar noções para efeitos de direito penal, entende o tribunal que se pode pressupor que, quando o legislador penal pensou no conceito de comunicação electrónica, se estava a referir “a algo incorpóreo, que ocorre num lapso de tempo localizado e cessa, começando e acabando quando entra e sai de uma rede de comunicações” (Pedro Verdelho, “Apreensão de Correio Electrónico em Processo Penal, *in* Revista do Ministério Público nº 100, p. 153 e segs.). ---

Sendo assim, a mensagem enviada por correio electrónico é considerada comunicação electrónica enquanto percorre as redes de comunicação electrónicas e, por conseguinte, se for interceptada, em tempo real, nesse percurso, a sua apreensão rege-se pelas regras das escutas telefónicas por força do citado art. 190º do Cod. Proc. Penal. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

A partir do momento em que a mensagem é recebida no destinatário e fica de qualquer modo alojada no respectivo computador, a comunicação cessou e, por conseguinte, a partir deste momento, a sua apreensão rege-se pelas regras da correspondência. “Neste momento, na sua essência, uma mensagem de correio electrónico em nada se distingue de uma carta remetida por correio físico, dito tradicional, que após ser recebida pode igualmente ser guardada ou destruída. Portanto, neste estágio, as mensagens de correio electrónico deixam de ser uma *comunicação*, passando a ter uma natureza similar à da correspondência, embora sob a forma digital. (...) Disto resultará que o correio electrónico poderá ser apreendido nos mesmos moldes em que pode ser apreendido o correio tradicional.” (Pedro Verdelho, op. cit., p. 157-158). ---

Este entendimento foi já acolhido pela Relação de Lisboa que a propósito da admissibilidade de apreensão de um computador no âmbito de umas buscas domiciliárias, entendeu que, não só tal apreensão é possível, podendo a OPC tomar conhecimento do conteúdo do respectivo disco rígido, como que “Só assim não será quanto ao correio electrónico que nele se encontre armazenado uma vez que, quanto a ele, deve ser aplicado o regime estabelecido para a apreensão de correspondência”. No referido acórdão consta ainda a seguinte passagem: “Diga-se apenas que se se tratasse efectivamente de correio electrónico o regime jurídico aplicável não seria, ao contrário do que sustentam os recorrentes, o que o Código de Processo Penal reserva para a intercepção de comunicações, uma vez que este se destina apenas à intercepção de conversas ou comunicações em curso, mas sim o que estabelece para a apreensão de correspondência (artigos 179º e 252º do Código de Processo Penal).” (Ac. da RL de 13-10-2004, Proc. 5150/2005-3; no mesmo sentido Ac. RC de 29-03-06, Proc. 607/06 e parecer da PGR nº 127/2004). ---

No caso dos autos não teve lugar, nem a arguida o refere, qualquer apreensão de mensagens de correio electrónico em curso. Consequentemente, a validade da apreensão das mensagens de correio electrónico deverá ser apreciada à luz das regras aplicáveis à apreensão de correspondência. ---

Aqui chegados cabe então tomar posição sobre qual a correspondência que goza da protecção absoluta de inviolabilidade: toda a correspondência, aberta ou fechada, ou só a fechada? Ora também nesta questão não podemos deixar de concordar com o entendimento da AdC pelas razões defendidas por Pedro Verdelho que, pela sua clareza, se passam a transcrever: ---

“A este propósito, anote-se liminarmente que, tal como acontece com o correio tradicional, no âmbito da recolha de prova em processo penal, deverá ser dado um tratamento diferenciado a mensagens recebidas mas ainda não abertas, por um lado, e a mensagens recebidas e já abertas, por outro.



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Quanto às primeiras, se se lhe aplicar o regime processual do correio tradicional, têm que ser consideradas correspondência não aberta. Portanto, a sua apreensão apenas poderá ocorrer nos casos previstos no Artigo 179.º do Código de Processo Penal e esta apreensão está sujeita às respectivas condições e formalidades.

No que respeita às segundas, se já foram abertas, por ventura lidas e mantidas no computador a que se destinavam, não deverão ter mais protecção que as cartas em papel que são recebidas, abertas e porventura guardadas numa gaveta, numa pasta ou num arquivo. Portanto, não merecem a mesma protecção das outras no momento da sua apreensão. Especificamente quanto às mensagens de correio electrónico que tenham sido abertas e impressas em papel, não parece haver qualquer motivo para deixar de dar-lhes, analogicamente, o mesmo tratamento do correio tradicional. Ou seja, serão meros documentos escritos que podem sem qualquer reserva ser apreendidos no decurso de uma busca. O mesmo pode avançar-se quanto a mensagens de correio electrónico que já tenham sido abertas pelo seu destinatário e foram deixadas gravadas no computador. Na sua essência são documentos sob forma digital, armazenados num computador, com um estatuto idêntico ao de uma carta em papel que tenha sido recebida pelo correio, aberta e guardada num arquivo pessoal. Ou ainda com a mesma natureza de um texto escrito em programa de processamento de texto e guardado em suporte informático. Sendo meros documentos escritos, estas mensagens não gozam da aplicação do regime de protecção da reserva da correspondência e das comunicações.” (in op. cit., p. 158-159). ---

Esta passagem é suficientemente elucidativa para, sem necessidade de mais desenvolvimentos, se concluir que há efectivamente uma diferença entre correspondência aberta e correspondência fechada, e que só está abrangida pela proibição constitucional a correspondência fechada. Logo, só há necessidade de ser ordenada por juiz a apreensão de correspondência fechada (neste sentido Ac. RC de 29-3-06 já citado e Ac. RL de 18-05-06, Proc. 54/2006-9). ---

É este também o entendimento da Procuradoria-geral da República no já citado Parecer 127/2004 que refere: “relativamente à correspondência já aberta, lida e arquivada, em suporte papel ou digital, relativa à actividade normal da pessoa colectiva, já não goza da protecção constitucional como correspondência, devendo ser entendida com a natureza e o regime legal que lhe for próprio, em regra documentos, gozando, se for o caso, dos privilégios de segredo que ao caso couber.

Deste modo se afigura compatibilizado o direito fundamental da inviolabilidade da correspondência com a realização do princípio da concorrência, também este constitucionalmente consagrado e que constitui uma das traves mestras da constituição económica comunitária a que Portugal se encontra vinculado.”. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Os elementos que a arguida identifica como sendo correspondência (incluindo na modalidade de correio electrónico) são os de fls. 139, 843, 876, 881, 889 e 899 dos autos. ---

Ora analisando os referidos documentos, constata-se que estão em causa faxes, notas enviadas sem qualquer referência e mensagens de correio electrónico já abertos (aliás nem a arguida alguma vez argumenta que se encontravam fechados). Para além destes elementos há outros no processo que têm as mesmas características, assim como há outros que constituem cópias de uma agenda do actual director comercial da arguida. Ora nenhum destes elementos é correspondência fechada, uns porque nunca o foram, outros porque já foram abertos. Quanto à agenda, não tendo sido fotocopiado nenhuma nota pessoal do seu autor, também não se suscita qualquer questão a este nível ou a outro relacionado com a garantia da privacidade do seu autor. ---

Por conseguinte, concluindo-se que não foi apreendida nenhuma correspondência fechada mas sim correspondência aberta, os elementos recolhidos não são considerados correspondência para efeitos de protecção constitucional mas sim simples documentos. Enquanto documentos que são, a sua apreensão é lícita no âmbito do processo contra-ordenacional e para a sua realização não era necessário despacho do juiz. ---

Face ao exposto, as apreensões efectuadas são lícitas e os documentos apreendidos podem todos ser usados como meios de prova (sempre se dirá que, caso se concluísse existir aqui um vício, não se trataria de uma inexistência jurídica, dando-se aqui por reproduzido o que expôs *supra* a propósito da nulidade das buscas por não terem sido autorizadas por um juiz). ---

*

2.4 - Da violação dos direitos de defesa

Antes de entrar na apreciação de cada um dos concretos vícios invocados pelas arguidas a propósito do seu direito de defesa, há que delimitar o conteúdo do direito de defesa da arguida em processo contra-ordenacional. ---

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 e que está hoje consagrado 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). ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

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 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 das arguidas. ---

*

2.4.1 – Da falta de informação, no momento das buscas, dos direitos que assistiam à arguida e da obtenção de prova através de coacção



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Entende a arguida que a AdC violou os seus direitos de defesa por, no momento da realização das buscas, não a ter constituído arguida nem a ter informado, ou aos seus trabalhadores presentes na diligência, dos direitos que lhe assistiam, designadamente do direito de recorrer. Ao não a informar dos direitos que lhe assistem violou a AdC o seu direito de defesa e ao contraditório, consagrados no art. 32º, nº 10 da Const. Rep. Portuguesa. ---

Acrescenta que, essa omissão, e o facto de na notificação que foi feita constar a advertência de que a não colaboração com a Autoridade ou a obstrução ao exercício dos seus poderes de inspecção constitui contra-ordenação punível, é passível de consubstanciar uma situação de coacção que, nos termos dos arts. 32º, nº 8, da Const. Rep. Portuguesa e 126º, nº 1, do Cod. Proc. Penal, inquina de nulidade as provas obtidas por essa via. ---

Nas suas alegações defende a AdC que não está obrigada a prestar aconselhamento jurídico às arguidas e que a arguida podia, no momento das buscas, ter garantido a presença de um advogado. A AdC apenas está obrigada a garantir às arguidas o direito ao contraditório, i.e., os direitos de audiência e defesa, e foi isso que fez. ---

Impugna também que do facto de ter feito referência sobre a não colaboração constituir uma contra-ordenação resulte qualquer forma de coacção já que tal mais não foi do que uma advertência dos termos da lei, sendo certo que se não a tivesse feito, a arguida teria, provavelmente, alegado uma qualquer ilegalidade. ---

Relativamente à violação dos direitos de defesa fundada no facto de não ter tido lugar, no momento das buscas, a constituição formal de arguida, remete-se para a fundamentação supra relativa aos vários vícios invocados a propósito das buscas, onde se concluiu que nos processos de contra-ordenação não há lugar a tal constituição. ---

Relativamente à restante argumentação, antes de mais há que precisar que o direito ao contraditório não é um direito distinto do direito de defesa, como parece ser o entendimento da arguida. Conforme já referido, o direito de defesa é um direito que decorre do princípio geral do contraditório. O direito de defesa consagrado constitucionalmente é ele próprio a expressão do direito ao contraditório. Trata-se, pois, de um único direito com várias vertentes. ---

Há ainda que esclarecer que, no entender do tribunal, o direito de recurso não é um direito decorrente do direito de audiência e defesa. Sendo indiscutivelmente um direito dos arguidos, o mesmo estriba-se não nos direitos de audição e defesa mas sim directamente no art. 20º, nº 1, da Const. Rep. Portuguesa: "Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva". ---

A este propósito e num caso em que se discutia o âmbito e extensão do art. 32º, nº 1 e 10 da Const. Rep. Portuguesa e da inclusão neste do direito de recurso,



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

entendeu o Tribunal Constitucional que: “Diga-se, desde já, que o invocado nº 10, na sua directa estatuição, é de todo irrelevante para o presente caso. Com a introdução dessa norma constitucional (efectuada pela revisão constitucional de 1989, quanto aos processos de contra-ordenação, e alargada, pela revisão de 1997, a quaisquer processos sancionatórios) o que se pretendeu foi assegurar, *nesses tipos de processos, os direitos de audiência e de defesa* do arguido, direitos estes que, na versão originária da Constituição, apenas estavam expressamente assegurados aos arguidos em processos disciplinares no âmbito da função pública (artigo 270.º, n.º 3, correspondente ao actual artigo 269.º, n.º 3). Tal norma implica tão-só 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 (direito de audiência) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade (...) É esse o limitado alcance da norma do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, tendo sido rejeitada, no âmbito da revisão constitucional de 1997, uma proposta no sentido de consagrar o asseguramento ao arguido, “nos processos disciplinares e demais processos sancionatórios”, de “todas as garantias do processo criminal” (...).

É óbvio que não se limitam aos direitos de audiência e defesa as garantias dos arguidos em processos sancionatórios, mas é noutros preceitos constitucionais, que não no n.º 10 do artigo 32.º, que eles encontram esteio. É o caso, desde logo, do direito de impugnação perante os tribunais das decisões sancionatórias em causa, direito que se funda, em geral, no artigo 20.º, n.º 1...” (Ac. 659/06). ---

Feitos estes esclarecimentos introdutórios há então que determinar se, quando são realizadas buscas no âmbito de processos de contra-ordenação, é necessário informar as pessoas objecto das mesmas sobre os direitos que lhes assistem, inclusive o direito de recorrer e o direito ao contraditório. ---

Ora, face ao que já se disse a propósito das buscas, a resposta a estas questões não pode deixar de ser negativa. As buscas têm como principal objectivo a recolha de prova relativa, no caso, à prática de uma contra-ordenação que está a ser objecto de investigação. No momento em que é solicitada autorização para realização das buscas e em que estas são efectivadas, pode ainda não haver indícios seguros designadamente sobre os autores da prática ilícita, destinando-se as buscas precisamente a apurar a sua identificação. Significa isto que, neste momento, há indícios da prática de um ilícito e há suspeitos mas, não havendo ainda indícios fortes de que tais suspeitos são os seus autores, nunca podem os mesmos ser desde logo constituídos arguidos. ---

“A articulação das garantias de defesa com a constituição de arguido não significa a obrigatoriedade da constituição de arguido sempre que seja levantado um



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

auto de notícia que dá uma pessoa como agente de um crime e aquele lhe for comunicado ... Esta interpretação literal estará em desconformidade com a Constituição e afectará mesmo a constitucionalidade da norma processual em causa se ela for entendida como obrigatoriedade de constituição do arguido «sem indiciação suficiente» com base apenas em denúncia ou participação, independentemente de qualquer actividade judicial de investigação prévia da verosimilhança, atendibilidade e fundamento destas denúncias ou participações.” (Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit., p. 517-518). ---

É precisamente por esse motivo que o art. 174º não restringe a possibilidade de serem realizadas buscas no local onde o arguido se encontre, admitindo expressamente a possibilidade de elas serem realizadas no local onde “outra pessoa que deva ser detida” se encontre. Esta conclusão sai ainda mais reforçada se atentarmos às formalidades da busca consagradas no art. 176º do Cod. Proc. Penal. De facto, se fosse requisito da realização da busca a prévia constituição de arguido, não faria qualquer sentido estabelecer que no despacho que ordena a busca é feita menção de que o visado pode *assistir à diligência*. É que o direito de assistir a qualquer acto que lhe diga respeito é um direito do arguido, que lhe assiste desde que como tal é constituído (art. 61º, nº 1, al. a), do Cod. Proc. Penal), ou seja, o direito já lhe estava atribuído pelo art. 61º, não havendo, por conseguinte, necessidade de o voltar a consagrar a propósito da busca. Em suma, não é pressuposto da realização das buscas a prévia constituição de arguido. ---

É certo que o direito a ser informado dos direitos que lhe assistem faz parte do complexo de direitos que constituem o estatuto do arguido. Mas esta asserção só é válida no domínio do processo criminal e não também no domínio do processo contra-ordenacional pelas razões evidenciadas no ponto 2.2. ---

Acresce que nem no processo-crime a busca depende da prévia constituição de arguido, pelo que muito menos dependerá no processo de contra-ordenação onde aliás, como já se viu, tal constituição formal não é sequer obrigatória. --

Existindo um preceito legal específico para as formalidades da busca, por um lado, e tendo em consideração o princípio geral de que o legislador sabe exprimir o seu pensamento em termos adequados (art. 9º, nº 3, do Cod. Civil), por outro, somos forçados a concluir que as únicas advertências que têm que ser feitas aquando da realização das buscas são as que constam do já citado art. 176º. ---

Este preceito apenas impõe que no despacho que ordena a busca se mencione que a pessoa visada pode assistir à diligência ou fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança. Logo, é manifesto que este é o único direito de que o visado tem que ser advertido, sendo certo que o facto de não ser o mesmo informado de quaisquer outros direitos não viola em nada o direito ao contraditório, especialmente no domínio das contra-ordenações face ao conteúdo que tal direito aqui tem e que já se explanou *supra*. Neste momento está apenas em causa a recolha



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

de elementos probatórios, tendo o arguido a possibilidade de, no decurso do processo e designadamente quando notificado da nota de ilicitude, se pronunciar sobre o conteúdo dos elementos apreendidos na sequência da busca e do respectivo valor probatório. Está, pois, deste modo, salvaguardado o direito de audiência e defesa que assiste ao arguido no processo contra-ordenacional. ---

De igual modo, não há qualquer imperativo legal de onde dimanar a obrigatoriedade de, no momento de realização das buscas, ser o visado informado do direito de recorrer. O direito de recurso, sendo um direito constitucionalmente consagrado (art. 20º da Const. Rep. Portuguesa), pode sempre ser exercido, independentemente de qualquer aviso feito ao interessado. Qualquer pessoa que pretenda interpor recurso de um acto que entenda ser ilícito pode sempre fazê-lo, não dependendo o exercício deste direito da prévia comunicação da sua existência ao interessado. ---

No caso *sub iudice* a própria arguida admite no seu recurso ter sido informada de que podia assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança, ou seja, a arguida admite ter-lhe sido transmitida a única informação exigida pelo art. 176º do Cod. Proc. Penal. Consequentemente, é forçoso concluir que não foi cometida a este propósito qualquer violação dos seus direitos e garantias processuais. ---

Sempre se dirá, porém, que a ter existido a pretendida omissão, a mesma não configuraria uma nulidade, como pretende a arguida, mas sim uma mera irregularidade face ao já citado princípio da tipicidade das nulidades, a ser arguida em três dias dado não ter estado presente o mandatário da arguida (remete-se para idêntica questão tratada *supra*). ---

*

O segundo argumento aqui invocado pela arguida prende-se com a obtenção das provas mediante coacção. ---

O art. 126º, nº 1, do Cod. Proc. Penal, sob a epígrafe “Métodos Proibidos de Prova”, prescreve que *São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas*. Idêntico preceito tem assento no art. 32º, nº 8, da Const. Rep. Portuguesa. -

Costa Andrade refere que subjacente ao regime das proibições de prova está a “crença na existência de limites intransponíveis à prossecução da verdade em processo penal (*in* Sobre as Proibições e Prova em Processo Penal, p. 117). Por sua vez, Jorge Miranda refere que “A eficácia da Justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa. ... A realização da justiça do caso é um valor constitucional, mas não é um valor absoluto, que possa ser perseguido por qualquer forma. Quando os meios



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

utilizados para a obtenção das provas forem proibidos ou condicionados pela Constituição para salvaguarda de outros valores, os elementos probatórios por essa forma obtidos não podem ser utilizados em circunstância alguma; ficam radicalmente inquinados do vício de inconstitucionalidade e o sistema não pode tolerar que a Justiça seja prosseguida por meios inconstitucionais.” (op. cit., p. 361-362). ---

Tendo em mente estes ensinamentos pode afirmar-se que as provas obtidas na sequência das buscas em causa nestes autos são ilícitas porque obtidas mediante coacção? A resposta não pode deixar de ser negativa. ---

A arguida sustenta a sua argumentação no facto de não ter sido informada dos direitos que lhe assistiam, nomeadamente do direito de recorrer, e de a AdC a ter advertido de que a não colaboração ou a obstrução ao exercício dos seus poderes de inspecção constitui contra-ordenação punível. ---

No que ao primeiro argumento respeita, vimos já que a AdC deu cumprimento ao preceituado no art. 176º do Cod. Proc. Penal no que concerne às informações que têm que ser transmitidas à arguida. Não existindo nesta sede qualquer omissão, falece desde logo um dos argumentos em que a arguida sustenta a sua alegação. ---

Passemos então ao segundo argumento. Poderá considerar-se que informar a arguida de quais as sanções em que incorre se não colaborar com a Autoridade é uma forma de coacção? ---

A informação prestada aos representantes da arguida presentes no acto das buscas não passou de uma advertência sobre as sanções em que a mesma incorreria se não prestasse a colaboração necessária e, do facto de a mesma ter sido feita, não se podem extrair quaisquer consequências ao nível da validade da prova obtida através das buscas. ---

A coacção a que o legislador aqui se refere é necessariamente a coacção tal como definida no âmbito do direito penal (art. 154º do Cod. Penal), ou seja, a “violência” ou a “ameaça com mal importante” destinada a “constranger outra pessoa a uma acção ou omissão, ou a suportar uma actividade”. A violência pode ser física ou moral, abrangendo-se nesta a intimidação. Por sua vez a ameaça relevante é a que se prende com um mal importante, “um mal que tenha um acentuado relevo, um mal que a comunidade repele e censura pelo dano relevante que causa ou pode causar” (Maia Gonçalves, *in* Cod. Penal Português, anotação ao art. 154º). É ainda considerado como requisito que o anúncio em causa provoque receio ou que prejudique a liberdade de determinação do visado. ---

Ora informar a arguida das consequências legais da não colaboração (consequências essas que estão expressamente previstas na lei – art. 43º, nº 3, al. c) não pode entender-se nem como intimidação nem muito menos como ameaça de um mal relevante, tal como definido *supra*, sendo de igual modo inaceitável considerar



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

que os representantes da arguida a quem tal informação foi prestada se sentiram de algum modo receosos ou constrangidos na sua liberdade de determinação. ---

Acresce que é a própria lei que, em várias situações, impõe ao autor da prática de um acto a obrigação de informar da sanção aplicável em caso de incumprimento. Especificamente na lei da concorrência, a AdC, quando solicita a empresas documentos e/ou informações, tem que indicar as sanções a aplicar na hipótese de incumprimento do requerido [art. 18º, nº 1, al. c)]. Ora se é o próprio legislador quem impõe a comunicação das sanções aplicáveis em caso de incumprimento é porque, como é evidente, tal nunca pode ser visto como uma intimidação ou ameaça. ---

Não estando a AdC obrigada a fazer tal advertência, o certo é que, ao fazê-lo, está a informar a arguida da existência de sanções que ela pode, inclusive, desconhecer e, nessa medida, está a protegê-la (até porque a arguida não poderia vir depois invocar o desconhecimento da lei no âmbito de eventual processo de contra-ordenação que lhe fosse levantado por falta de colaboração). ---

Aliás, é de referir que a defesa da arguida nesta parte é incoerente e até contraditória. Com efeito, não se compreende que, depois de arguir várias nulidades decorrentes de não ter sido informada dos seus direitos, venha arguir um vício decorrente de ter sido informada das sanções em que incorria se não prestasse colaboração (razão pela qual não podemos deixar de concordar com a Autoridade quando esta defende que se a advertência não tivesse sido feita a arguida provavelmente teria vindo arguir qualquer ilegalidade resultante de tal omissão). ---

Face ao exposto, por a informação prestada pela Autoridade não consubstanciar uma intimação nem tão pouco uma ameaça de mal relevante, a argumentação da arguida de que as provas obtidas através das buscas são nulas por terem sido obtidas através de um método proibido de prova é totalmente improcedente. ---

*

2.4.2 – Da não entrega de cópia do despacho que determinou as buscas

A arguida Vatel vem ainda invocar uma outra nulidade insanável, por violação dos arts. 32º, nº 10 da Const. Rep. Portuguesa e 119º, nº 1, al. d), do Cod. Proc. Penal, resultante do facto de não lhe ter sido entregue cópia do despacho que determinou as buscas. Suscita a este propósito a violação do direito ao contraditório e de defesa na medida em que ficou impedida de tomar conhecimento dos motivos de facto e de direito subjacentes às buscas. ---

Responde a AdC que cumpriu o preceituado no art. 176º, nº 1, do Cod. Proc. Penal dado que entregou, a quem estava no local, cópia do despacho que determinou as buscas uma vez que “com a entrega da cópia do mandado de busca e apreensão foi entregue, assim, a cópia do despacho que determinou a busca”. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Nos termos do disposto no art. 111º, nº 3º, al. a), do Cod. Proc. Penal, o mandado é uma forma de comunicação de um acto processual e tem lugar quando se *determinar a prática de acto processual a entidade com um âmbito de funções situado dentro dos limites da competência territorial da entidade que proferir a ordem.* ---

No caso das buscas, a AdC apresenta um requerimento ao Ministério Público territorialmente competente e este profere um despacho sobre o requerimento que lhe é dirigido. Caso defira a diligência requerida, são emitidos os respectivos mandados (nos quais se determina à AdC a prática das buscas). ---

O despacho, sendo um acto decisório, tem que ser fundamentado de facto e de direito (art. 97º, nº 4, do Cod. Proc. Penal). ---

Quanto ao conteúdo do mandado, a lei apenas impõe que contenha, além da ordem a que respeita, as indicações que sejam indispensáveis para o seu cumprimento (art. 191º do Cod. Proc. Civil, aplicável ex vi art. 4º do Cod. Proc. Penal).---

Resulta do exposto que o despacho que autoriza as buscas e os mandados emitidos subsequentemente não se confundem. Trata-se de dois actos processuais distintos: o primeiro é um acto decisório do Ministério Público e o segundo é a comunicação desse acto à AdC. ---

O art. 176º, nº 1, do Cod. Proc. Penal prevê, expressamente, que, antes de a busca ter início, é entregue cópia do despacho que a determinou. O que este preceito impõe que seja entregue é, pois, a cópia do despacho e não o duplicado do mandado, o que bem se compreende uma vez que é naquele que é dado a conhecer o objecto da investigação e os ilícitos em causa, i.e., as razões e os fundamentos que justificam a diligência, sendo indiscutível que só na posse destes elementos a pessoa objecto da busca tem efectiva possibilidade de reacção. ---

Regressando ao caso dos autos, embora as alegações da Autoridade recorrida nesta parte sejam algo confusas, parece poder concluir-se que a AdC entende que ao entregar cópia dos mandados deu cumprimento ao estatuído no art. 176º, nº 1, ou seja a AdC, efectivamente, não entregou cópia do despacho que ordenou as buscas.

De facto, dos autos não consta que tenha sido entregue a qualquer das arguidas cópia do despacho que ordenou as buscas. Pelo contrário, dos vários autos de notificação elaborados no momento das buscas e cujas cópias se encontram no processo resulta que o despacho não foi entregue já que dos mesmos consta, após a identificação da pessoa em quem foi feita a notificação, que essa pessoa “declara ter sido notificado, nos termos do disposto no artigo 23.º da Lei n.º 18/2903, de 11 de Junho, para a realização da busca; exame, recolha e apreensão de documentação, designadamente, telecópias, mensagens electrónicas e actas de reuniões, incluindo em suportes informáticos, bem como de objectos, designadamente computadores, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tecom.mj.pt

Junho de 2003, no âmbito de diligência de inquérito contra-ordenacional, que corre termos na Autoridade da Concorrência, sob o registo PRC n.º 25/05.” ---

Dos mesmos autos consta ainda que a essa pessoa foram entregues, antes de se proceder à busca e apreensão “credenciais emitidas pelo Presidente da Autoridade da Concorrência, bem como duplicado do mandado de busca e apreensão, tendo sido informado de que poderia assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança que se apresentasse sem delonga.”. ---

É certo que nos próprios mandados de busca é feita referência à diligência ordenada, mais concretamente ao âmbito e extensão das buscas autorizadas, ao local onde as mesmas podem ser realizadas, referindo-se que estão abrangidos todos os elementos que estejam “directa ou indirectamente relacionados com a produção, higienização e/ou comercialização de sal em violação do disposto no art.º 4 n.º 1, da Lei 18/2003 de 11/06, e que se mostrem relevantes para os factos em investigação.”.

Mas estas referências não se podem considerar suficientes nem permitem afirmar que a entrega do duplicado dos mandados substitui a entrega da cópia do despacho uma vez que os elementos constantes dos mandados não dão a conhecer o as razões e os fundamentos que justificam a diligência, em suma, o objecto da investigação. ---

Por conseguinte, não pode deixar de se concluir que a AdC não cumpriu a formalidade consagrada no art. 176º, n.º 1, do Cod. Proc. Penal e 17º, n.º 3, al. b) da Lei 18/2003: não entregou às arguidas cópia do despacho que ordenou a diligência.

Sucede que esta omissão não é tipificada pela lei como uma nulidade, sanável ou insanável. A arguida enquadra-a na previsão do art. 119º, n.º 1, al. d), do Cod. Proc. Penal, mas fá-lo sem avançar qualquer fundamentação, o que bem se compreende já que não pode em caso algum considerar-se que a não entrega da cópia do despacho configure “falta de inquérito” (hipótese prevista no normativo invocado). ---

Dando por reproduzido o que já se disse acerca do princípio da tipicidade nesta matéria, não podemos deixar de concluir que este vício se enquadra na categoria das irregularidades e não das nulidades (neste sentido Ac. STJ de 15-7-92, proc. 42974/3; Ac. RP de 05-08-98, proc. 9740854 e Ac RL de 18-05-06, já citado).

De igual modo, dando-se por reproduzido o que se disse supra, a arguida não arguiu a irregularidade no prazo previsto na lei pelo que a mesma se considera sanada (três dias a contar da realização da diligência). Sempre se dirá que em última análise tal sanção ocorreria na sequência da notificação da nota de ilicitude uma vez que nesse momento a arguida ficou perfeitamente esclarecida sobre o objecto do processo e sobre as razões que levaram à realização da diligência. ---

Assim, não obstante a verificação do vício apontado, o mesmo considera-se sanado. Como resultado de tal sanção improcede, sem necessidade de mais



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

considerandos, a argumentação da arguida de que as provas obtidas na sequência das buscas são nulas. ---

*

2.4.3 – Da valoração pela AdC da conduta da Vatel

A arguida Vatel invocou ainda que a AdC violou o seu direito de defesa na medida em que valorou depreciativamente a defesa escrita por si apresentada. Alega que neste aspecto foi também violado o art. 13º da Const. Rep. Portuguesa dado que a AdC não deu a mesma valoração negativa à defesa apresentada pelas outras arguidas, designadamente a SAHS. ---

Em resposta diz a AdC que o facto de ter considerado que a arguida contestou substancial da materialidade dos factos não a prejudicou no reconhecimento pela AdC da legitimidade do exercício do seu direito de defesa nem em qualquer outro aspecto. ---

A questão aqui colocada pela arguida nada tem a ver com o direito de audiência e defesa. Ao ser notificada da nota de ilicitude à arguida foi dado prazo para se pronunciar sobre os factos que lhe eram imputados. Com esta notificação a AdC deu cumprimento ao disposto no art. 50º do RGCOG, ou seja, garantiu à arguida a possibilidade de se pronunciar, respeitando assim o direito de audiência e defesa da arguida. ---

Na sequência da notificação e no exercício do seu direito de audiência e defesa, a arguida apresentou resposta escrita na qual invoca vários vícios de natureza processual e substantiva e toma posição sobre os vários aspectos do acordo aqui em causa, sobre os elementos do tipo, sobre os cálculos do benefício económico, etc. ---

Ora é por demais evidente que não pode em causa algum a Autoridade valorar negativamente o facto de a arguida arguir nulidades ou quaisquer outros vícios. Trata-se de um direito que lhe assiste e que não pode, por qualquer modo, ser coarctado. Aliás, nem em sede de julgamento pode o Tribunal fazer tal exercício de penalização do arguido, independentemente do teor e extensão da defesa por si apresentada, quanto mais em sede de decisão da autoridade administrativa. ---

Analisando a decisão recorrida constata-se que, efectivamente, em vários trechos da mesma se nota uma crítica à arguida Vatel pela defesa que esta apresentou (cfr. arts. 22º, 273º 254º). De igual modo é certo que a AdC considerou que a arguida contestou substancialmente a materialidade dos factos (art. 13º) quando esta, na sua defesa, assumiu que tinha celebrado um acordo com as outras empresas destinado à fixação de quotas de mercado relativas. É, pois, claro que esta parte da acusação não foi contestada pela arguida pelo que não é correcto afirmar que a Vatel contestou substancialmente a materialidade dos factos. ---

Sucede, porém, que nesta fase e quanto a esta valoração da AdC, não está já em causa o direito de defesa da arguida. Neste ponto estamos num momento



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

subsequente: o da valoração feita na decisão recorrida dos elementos carreados para os autos pelas arguidas e o da valoração de vários factores em sede de determinação da medida da coima. Significa isto que aqui a questão releva em sede de eventual erro de julgamento por parte da autoridade e/ou erro na apreciação da prova. ---

Ora quaisquer interpretações, valorações ou consequências extraídas pela Autoridade da defesa apresentada pelas arguidas são passíveis de ser sindicadas pelo Tribunal, e, estando em causa um recurso de impugnação, vão seguramente sê-lo, i.e., o tribunal vai verificar se a AdC fez o correcto enquadramento fáctico e jurídico da conduta imputada às arguidas. Vai também analisar todos os factores que a AdC considerou relevantes em sede de medida da coima, quer como agravantes quer como atenuantes e vai, obviamente, considerar a defesa das arguidas na sua totalidade. Por outras palavras, o tribunal vai sindicar se houve ou não por parte da AdC erros de julgamento e de apreciação da prova e decidir em conformidade com as conclusões a que chegar.---

Havendo esta fase de recurso jurisdicional as garantias processuais das arguidas não ficam minimamente beliscadas com quaisquer interpretações e/ou valorações que a Autoridade faça na decisão recorrida. Garantida que foi à arguida a possibilidade de se pronunciar, deu-se cumprimento ao art. 50º. ---

*

A propósito desta questão invoca ainda a Vatel a violação do princípio da igualdade consagrado no art. 13º. Uma vez que neste momento estamos apenas a apreciar a questão da violação do direito de audiência e defesa, relegamos para momento subsequente a apreciação deste vício. ---

*

2.4.4 – Da não entrega, juntamente com a nota de ilicitude, de cópias dos documentos nela referidos

A arguida SAHS veio invocar a violação dos direitos de audiência e defesa por a AdC não lhe ter remetido, juntamente com a nota de ilicitude, cópia dos documentos nela referidos, sendo certo que os mesmos não foram transcritos na decisão. Acrescenta que lhe foi várias vezes mencionado o carácter secreto do processo e a eventual confidencialidade dos documentos, sendo certo que na nota de ilicitude não foi informada de que poderia consultar o processo. ---

A AdC respondeu no sentido de ser julgada improcedente a arguida violação dos direitos de defesa por não haver obrigatoriedade de envio dos documentos, por um lado, e por a arguida ter tido os autos à sua disposição para consulta e nunca ter pretendido fazê-lo. ---

Tendo presente o conteúdo do direito de audiência e defesa do arguido em processo de contra-ordenação impõe-se a conclusão de que o mesmo não foi violado. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Não há qualquer preceito legal que imponha que, com a notificação da nota de ilicitude tenham que ser enviados aos arguidos cópia dos documentos nela referenciados (assim como não há qualquer norma que preveja, no processo penal, que com a notificação da acusação tenham que ser enviadas cópia dos documentos nela referidos), nem que imponha a obrigatoriedade de transcrição integral dos documentos que são referenciados na decisão incriminatória. ---

De igual modo não há nenhuma norma (nem no RGCOG nem no Cod. Proc. Penal) que obrigue a que da nota de ilicitude ou da acusação consta que o processo está disponível para consulta. ---

A possibilidade de consultar o processo resulta directamente da lei que define quando é que o processo pode ser consultado, por quem, quando é que podem ser pedidas cópias e que cópias podem ser pedidas. Nos termos do disposto no art. 89º, nº 1, do Cod. Proc. Penal *o arguido, o assistente e as partes civis podem ter acesso a auto, para consulta, na secretaria ou noutra local onde estiver a ser realizada qualquer diligência, bem como obter cópias, extractos e certidões autorizados por despacho, ou independentemente dele para efeito de prepararem a acusação e a defesa dentro dos prazos para tal estipulados pela lei.* O nº 2 deste preceito acrescenta: *se, porém, o Ministério Público não houver ainda deduzido acusação, o arguido, o assistente ... só podem ter acesso a auto na parte respeitante a declarações prestadas e a requerimentos e memoriais por eles apresentados, bem como a diligências de prova a que pudessem assistir ou a questões incidentais em que devessem intervir, sem prejuízo do disposto no artigo 86º, nº 5.*

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. 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 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



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

(no sentido de que a nota de ilicitude equivale à acusação cfr. Ac. RL de 3/5/2001, consultado em www.dgsi.pt/jtrl). ---

Ora daqui resulta que o facto de a AdC poder ter referido à arguida que o processo era secreto e que podia haver partes confidenciais mais não é do que a aplicação do art. 89º ao processo contra-ordenacional. Até ser proferida a nota de ilicitude a arguida não podia consultar livremente o processo. Já depois de a nota ter sido proferida à arguida passou a assistir o direito de consultar o processo para preparar a sua defesa e de obter cópias. Não pode, pois, a arguida defender que o facto de a AdC lhe ter falado em segredo do processo a fez presumir que não o poderia consultar. ---

Quanto à obrigatoriedade de ser a arguida informada de que podia consultar o processo, tal obrigação pura e simplesmente inexistente. Trata-se de um direito da arguida que resulta directamente da lei e que nem em processo penal tem que ser comunicado ao arguido, quer no momento do recebimento de qualquer despacho quer no momento em que é constituído arguido (cfr. art. 61º do Cod. Proc. Penal). --

O facto de a lei não impor o envio dos documentos com a nota de ilicitude (que aliás resulta desde logo do direito conferido ao arguido de consultar o processo e de obter cópias – se estas tivessem que ser remetidas com a acusação não faria sentido consagrar tal direito) nem impor que seja feita a advertência de que o processo está disponível para consulta, leva a que se conclua que não há qualquer violação do direito de audiência e defesa. ---

Tal violação poderia existir se a arguida, uma vez notificada da nota de ilicitude, pretendesse consultar o processo e/ou solicitar cópias, e a AdC lhe recusasse tais pedidos. Aí, sim, a AdC estaria a violar os direitos de defesa da arguida uma vez que a estaria a impedir de exercer o contraditório relativamente a tais elementos. ---

Não sendo essa a situação dos autos, conclui o tribunal não haver qualquer violação dos direitos de audiência e defesa da arguida. ---

*

2.4.5 – Da não indicação da ou das alíneas dos arts. 4º da Lei 18/2003 e 81º, nº 1, do Tratado CE

A arguida Salexpor veio invocar a nulidade insanável da decisão recorrida por não estar indicada qual a concreta alínea dos arts. 4º, nº 1, da Lei 18/2003 e 81º, nº 1, do Tratado UE que terá sido violada pela arguida, constituindo tal omissão uma violação do seu direito de defesa. ---

Nas suas alegações a AdC confirma que efectivamente não indicou qual ou quais as concretas alíneas que foram violadas, mas acrescenta que não estava obrigada a fazê-lo dado que o tipo da infracção está gizado no corpo do artigo, sendo a violação da norma aferida em função do preenchimento dos elementos do tipo ali previsto e não em função da subsunção em algum das alíneas elencadas. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

A questão suscitada pela arguida nada tem a ver com o direito de audiência e defesa consagrado no art. 50º do RGCOG. Como já se repetiu várias vezes, deste direito resulta tão só que a ninguém pode ser aplicada uma sanção sem que, previamente, lhe tenha sido dada possibilidade de se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados e sobre o respectivo enquadramento jurídico. ---

A arguida não vem invocar que na nota de ilicitude não constava a alínea dos dois referidos preceitos que a AdC a acusa de ter violado nem que os preceitos mencionados na decisão recorrida não constavam da nota de ilicitude. De igual modo a Salexpor não invoca que os factos integradores da infracção não constassem da nota de ilicitude. Aí, sim, teríamos um caso de violação do direito de defesa (cfr. Assento nº 1/2003). Não invocando a arguida que, ao conceder-lhe prazo para se pronunciar sobre a nota de ilicitude, a AdC não lhe forneceu todos os elementos, de facto e de direito, necessários para que ficasse a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão da causa, nem que, o conteúdo da decisão final seja díspar do da nota de ilicitude, fica excluída a possibilidade de, a propósito da decisão recorrida, vir invocar tal vício. ---

Neste momento, a haver algum vício da decisão recorrida, face ao alegado pela arguida, será o de falta de fundamentação, nos termos do art. 58º, que a arguida também invoca (embora subsumindo a outro normativo), e não o de violação do direito de defesa previsto no art. 50º. ---

Por conseguinte, julgo improcedente a arguida nulidade. ---

*

2.4.6 – Da não inclusão na nota de ilicitude dos montantes concretos pagos pela Vatel a título de compensações

Sustenta a arguida Vatel que a AdC não se referiu, na nota de ilicitude, à questão dos pagamentos concretos das penalizações, tendo incluído esta matéria pela primeira vez na decisão final. Invocando o Assento 1/2003 diz a arguida que foi violado o art. 50º do RGCOG, sendo, conseqüentemente, a decisão final nula. ---

A jurisprudência obrigatória emanada do Assento 1/2003 é a seguinte: “Quando, em cumprimento do disposto no artigo 50.º do regime geral das contra-ordenações, o órgão instrutor optar, no termo da instrução contra-ordenacional, pela audiência escrita do arguido, mas, na correspondente notificação, não lhe fornecer todos 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, pelo interessado/notificado, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria administração, ou, judicialmente, no acto de impugnação da subsequente decisão/acusação administrativa.” ---

Nem do art. 50º, nem desta jurisprudência nem tão pouco da abundante jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa a esta matéria, resulta que todos



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

os factos constantes da decisão têm que estar já enunciados na nota de ilicitude. O que se extrai da jurisprudência firmada sobre o direito de audiência e defesa é que a nota de ilicitude tem de fornecer ao arguido a *totalidade dos aspectos relevantes*, tanto no que toca ao enquadramento fáctico como no que toca ao enquadramento jurídico, ou seja, o que tem que constar são os elementos essenciais relativos ao cometimento da infracção e aos seus autores, acrescidos do respectivo enquadramento jurídico. --

Ora serão os factos relativos aos concretos pagamentos efectuados pela Vatel factos relevantes no que toca ao enquadramento de facto da conduta imputada à arguida? ---

A AdC concluiu que a Vatel cometeu o ilícito previsto nos arts. 4º da Lei 18/2003 e 81º do Tratado da UE por ter celebrado, com as restantes arguidas, um acordo de fixação de quotas, de fixação de preços, de repartição de clientela e de fixação de condições comerciais no mercado do sal, tendo as partes instituído um regime de compensações a pagar pela empresa que excedesse a quota fixada. Desde logo há que referir que para efeitos de imputação do ilícito, i.e., de preenchimento dos elementos do tipo, é irrelevante que tenha havido pagamento efectivo de compensações. O simples facto de elas terem sido estabelecidas basta para proceder à imputação objectiva da conduta à arguida. ---

Na nota de ilicitude a AdC refere, abundantemente, a natureza do acordo celebrado e o respectivo conteúdo. Especificamente quanto ao pagamento de compensações, os arts. 27º, 28º, 31º a 36º, 45º, 48º, 49º, 52º, 53º, 111º, 112º e 137º a 141º da nota de ilicitude contêm todos factos relativos ao acordo sobre o sistema de compensações, aos montantes fixados e às alterações que foram sendo introduzidas pelas arguidas. ---

Quanto às concretas compensações efectuadas pela Vatel, a decisão remete, em vários artigos, para os documentos que especificam quais foram as compensações pagas, e que serviram de suporte para que, na decisão final, fossem dados como provados os respectivos montantes. ---

Se atentarmos na decisão final verificamos que é no seu art. 103º que a AdC refere quais as compensações pagas pela Vatel às restantes arguidas. No citado artigo a Autoridade refere expressamente que os números que indica foram retirados “dos próprios mapas com os cálculos das indemnizações e compensações elaborados pelas próprias arguidas”, e indica como meios de prova os doc. fls. 1658, 883 e 876/877. ---

Ora na nota de ilicitude a AdC faz referência directa a todos estes documentos. Assim, no art. 32º a AdC remete para o doc. fls. 1658; nos arts. 34º e 35º para o doc. fls. 883; no art. 36º para o doc. fls. 876 e no art. 141º para o doc. fls. 883. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

A arguida Vatel foi notificada da nota de ilicitude e, na sequência dessa notificação, requereu à AdC, em 15 de Maio de 2006, “a consulta dos autos para preparação da resposta à nota de ilicitude, consultando todos os volumes” (cfr. fls. 2068), resultando de fls. 2069 que efectivamente procedeu a tal consulta nesse mesmo dia. Ainda no mesmo dia a arguida solicitou à Autoridade cópia de várias folhas do processo, tendo o seu pedido sido deferido (cfr. fls. 2070). ---

Em 24 de Maio a Vatel voltou a solicitar “a consulta dos autos para preparação da resposta à nota de ilicitude, consultando todos os volumes” (cfr. fls. 2154), consulta que foi realizada no mesmo dia (cfr. fls. 2155). ---

Na resposta à nota de ilicitude a Vatel assume que pagava compensações às outras arguidas (arts. 95º e 100º a 102º, 105º), nega que tenha sido aceite o aumento de 15% na percentagem das compensações (art. 97º), refere que não pagou compensações em 2004 (art. 109º) e que, ao recusar pagar as compensações, tomou a iniciativa de terminar o acordo (art. 110º). ---

Do exposto é por demais evidente não só que a inclusão do montante das compensações na decisão final não é um elemento surpresa, isto é, não é um dado novo que não estivesse já incluído na nota de ilicitude, como que a arguida teve conhecimento de todos os montantes que constam da decisão final já que os mesmos resultam de documentos inseridos no processo e que a requerida consultou. É também perfeitamente claro que a arguida teve oportunidade de apresentar a sua defesa sobre esta matéria, o que efectivamente fez na resposta à nota de ilicitude. Por último não pode deixar de se ter em conta que no recurso de impugnação a arguida aceita ter feito os pagamentos referidos pela AdC, com excepção dos relativos ao ano de 2004, o que já tinha dito na sua resposta à nota de ilicitude (art. 109º). ---

Em suma, ao ser notificada da nota de ilicitude a arguida ficou “a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito”, pelo que inexistente a alegada violação do direito de defesa. ---

*

2.4.7 – Da falta de explicação e discriminação na nota de ilicitude e na decisão final dos valores e método de cálculo do benefício económico

Entende a Vatel que na nota de ilicitude não são explicados os valores e método de cálculo do benefício económico, o que a impediu de se pronunciar sobre elementos com peso decisivo na determinação da sanção, razão pela qual foi violado o seu direito de defesa. A este propósito invoca ainda a arguida a falta de fundamentação da decisão recorrida. ---

Por não se poder conhecer separadamente os dois vícios suscitados a este propósito, já que a violação do direito de defesa resultará, neste caso, da falta de fundamentação da decisão recorrida, relega-se o conhecimento deste vício para momento posterior. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

*

2.4.8 – Da consideração na decisão final de circunstâncias agravantes que não constavam da nota de ilicitude

A Vatel refere que o art. 50º do RGCOG foi violado na medida em que a AdC graduou a sua coima considerando a sua insensibilidade aos bens jurídicos tutelados pelas regras da concorrência e as exigências de prevenção negativa, elementos não incluídos na nota de ilicitude e que por conseguinte sobre eles não se pôde defender. ---

Relativamente a este vício concreto a Autoridade nada disse nas suas alegações. ---

A argumentação da arguida neste ponto é totalmente desprovida de sentido. Como a arguida muito bem sabe, porque se defendeu e contestou o facto de a Autoridade ter valorado como agravante essas circunstâncias, as conclusões da AdC são extraídas essencialmente da forma como a Vatel apresentou a sua defesa na resposta à nota de ilicitude. ---

Saber se a Autoridade podia valorar negativamente a sua defesa, é questão que nesta sede não releva e que será apreciada oportunamente (já que se tratará de um erro de julgamento). O que aqui interessa é que as circunstâncias a que a Autoridade atendeu e que aqui são questionadas pela arguida resultaram essencialmente da sua atitude subsequente à notificação da nota de ilicitude. Logo, é absolutamente evidente que essas circunstâncias não podiam ter sido incluídas na nota de ilicitude. ----

Ora uma vez que é o próprio legislador quem, no art. 44º, al. e), determina que na fixação da coima deve ser atendida a colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo (incluindo, pois, a sua postura após a notificação da nota de ilicitude), e sendo certo que a valoração feita pela AdC que aqui consideramos derivou precisamente da alegada falta de colaboração da arguida no decurso de todo o processo, é manifesto que não se trata aqui da inclusão de factos na decisão que não foram comunicados à arguida na nota de ilicitude (já que tal pressuporia que os factos já existiam à data da elaboração da nota de ilicitude). Os factos em questão são posteriores à nota de ilicitude pelo que nunca podiam ser incluídos nesta. ---

Não se verifica, pois, nesta sede, qualquer violação dos seus direitos de defesa. --

*

2.5 – Da falta de fundamentação da decisão recorrida

A arguida SAHS alega que a decisão recorrida, ao não conter qual a concreta alínea dos arts. 4º, nº 1, da Lei 18/2003 e 81º, nº 1, do Tratado CE que terá sido violada, infringe o disposto no art. 58º, nº 1, do RGCOG que preceitua que a



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

decisão que aplica uma coima tem que indicar as normas segundo as quais se pune e a fundamentação da decisão, sendo, conseqüentemente, nula. ---

Em resposta, veio a AdC dizer que não tem que indicar a concreta alínea violada dado o tipo legal constar do corpo do artigo e não das suas alíneas que não passam de exemplos da conduta tipificada. ---

O art. 58º do RGCOOC, ao elencar o núcleo essencial dos elementos que a decisão da autoridade administrativa deve conter, enuncia na al. c), do seu nº 1, *A indicação das normas segundo as quais se pune e a fundamentação da decisão.* ---

"Os requisitos previstos neste artigo visam assegurar ao arguido a possibilidade de exercício efectivo dos seus direitos de defesa, que só poderá existir com um conhecimento perfeito dos factos que lhe são imputados, das normas legais em que se enquadram e condições em que pode impugnar judicialmente aquela decisão.

Por isso as exigências aqui feitas deverão considerar-se satisfeitas quando as indicações contidas na decisão sejam suficientes para permitir ao arguido o exercício desses direitos" (Simas Santos e Lopes de Sousa, "Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral", 2ª ed., Vislis, em anotação ao art. 58º). ---

A propósito da necessidade de fundamentação das decisões da Comissão é também este o entendimento do Tribunal de 1ª instância: "a fundamentação exigida pelo art. 253º CE deve ser adaptada à natureza do acto em causa e deixar transparecer, de forma clara e inequívoca, o raciocínio da instituição comunitária, autora do acto impugnado, de forma a permitir aos interessados conhecerem as razões da medida adoptada, de modo a defenderem os seus direitos, e ao órgão jurisdicional comunitário exercer a sua fiscalização. A exigência da fundamentação deve ser apreciada em função das circunstâncias do caso em preço, nomeadamente, do conteúdo do acto, da natureza dos fundamentos invocados e do interesse que os destinatários ou outras pessoas a quem o acto diga directa e individualmente respeito possam ter em receber explicações." (Proc. T-155/04 de 12-2-06). ---

Não se preceitua nessa norma, nem em nenhuma outra do regime das contra-ordenações, qual a consequência para a inobservância da disposição legal que delimita o conteúdo da decisão. ---

Para alguns autores, designadamente Beça Pereira, a inobservância do art. 58º não é sancionada com nulidade. Alega o citado autor que a haver um regime de nulidades, teria de ser um só, o que não é possível com as decisões das autoridades administrativas que podem ou não converter-se em acusação, consoante seja ou não interposto recurso. Acrescenta ainda que nos termos do disposto no art. 118º, nº 1, do Cod. Proc. Penal, só existem as nulidades que como tal estiverem expressamente previstas (*in Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*, 2ª ed., 1996, p. 99).---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Assim, para este autor, a omissão na decisão da Autoridade da Concorrência no que respeita à fundamentação de direito traduz uma mera irregularidade que, enquanto tal, se considera sanada dado não ter sido arguida pela interessada no prazo estabelecido no art. 123º, nº 1, do Cod. Proc. Penal.-

Para outros autores, nomeadamente Simas Santos e Lopes de Sousa (*op. cit.*, p.334) cuja opinião perfilhamos, aplicam-se aqui as regras processuais penais referentes à sentença, *ex vi* do art. 41º, nº 1, do RGCOOC designadamente os arts. 379º e 380º. Assim, é nula a decisão que não contiver, designadamente, a respectiva fundamentação (neste sentido Ac. RL de 28.04.04, Proc. 1947/2004-3). ---

Trata-se de uma nulidade dependente de arguição dado não estar enunciada nas nulidades insanáveis nem o art. 379º do Cod. Proc. Penal a classificar como tal. As nulidades dependentes de arguição têm de ser suscitadas, nos termos do art. 120º, nº 3. No caso de arguição de nulidade de sentença tem-se entendido que o interessado a pode invocar, caso interponha recurso, no prazo para a respectiva motivação (Ac. STJ 21 de Junho de 1989, Proc. 10023/3ª; Ac. STJ de 5 de Junho de 1989, Proc. 40094/3ª e Assento nº 1/2003).---

Adaptando esta regra às contra-ordenações, concluímos que o interessado pode invocar a nulidade da decisão no prazo de interposição de recurso, isto é, actualmente, no prazo de 20 dias a contar do conhecimento da decisão por parte do arguido, o que foi feito neste caso. ---

Uma vez que a arguida suscitou a nulidade da decisão, cabe então apreciar a decisão recorrida e verificar se a mesma padece, efectivamente, de falta de fundamentação, caso em que deverá ser declarada nula. --

O art. 4º da Lei 18/2003 tipifica como facto integrador de um ilícito contra-ordenacional *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 corpo deste preceito, para se poder concluir pela prática da contra-ordenação há que apurar, no que concerne ao elemento objectivo: ---

- 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. ----

São estes os elementos que fazem parte do tipo legal em apreciação, ou seja, é no corpo do preceito que está tipificada a infracção. A enumeração feita nas várias



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

alíneas do artigo mais não é do que a enumeração exemplificativa de uma série de situações que consubstanciam concretizações do tipo. Daqui resulta que a decisão recorrida, ao indicar como norma infringida o art. 4º, nº 1, procedeu à indicação da norma segundo a qual se pune. Por outro lado ao descrever toda a conduta imputada às arguidas e concluir que as mesmas celebraram um acordo que tinha como objecto repartir quotas de mercado, fixar preços, repartir clientela e outras condições comerciais, a AdC fundamentou devidamente a decisão, designadamente no que concerne à subsunção da factualidade ao tipo em causa. ---

O que vai dito a propósito do art. 4º tem inteira aplicação no que respeita ao art. 81º, nº 1, do Tratado UE já que a técnica legislativa usada em ambos os preceitos é idêntica. ---

Assim, verifica-se que a decisão que aplicou a coima descreve os factos imputados à arguida, bem como as provas que sustentam a imputação; indica ainda quais as normas infringidas e que punem as condutas, bem como qual a coima aplicada. Ou seja, "a indicação dos factos e da fundamentação de facto e de direito é suficiente e idónea a garantir que a arguida tenha tido acesso aos meios essenciais à sua defesa, por forma a tornar suficientemente compreensível quais os factos que lhe eram imputados e as razões de direito para a sua condenação na coima aplicada." (Ac. RL de 14.12.04, Proc. 7344/2004-5). ---

Não há, pois, nulidade da decisão por falta de fundamentação. ---

*

A arguida Vatel invocou a falta de fundamentação da decisão recorrida na medida em que não especifica os fundamentos de facto da alegada insensibilidade da arguida relativamente aos bens jurídicos tutelados pela concorrência nem tão pouco os fundamentos da alegada necessidade acrescida de prevenção que em relação a si se fazem sentir. Invoca ainda a falta de fundamentação da decisão no que concerne ao cálculo do benefício económico, não sendo possível a partir da decisão compreender os cálculos efectuados pela AdC nem tão pouco verificar se a mesma aplicou o raciocínio que descreve nesses cálculos. ---

Recorre, para suportar esta argumentação, ao art. 97º, nº 4, do Cod. Proc. Penal. ---

A primeira ideia que importa aqui clarificar é a de que o art. 97º não é aplicável a esta situação. Como decorre do já exposto, os requisitos da decisão que aplica uma coima são os que estão vertidos no art. 58º do RGCOC, artigo onde já se inclui expressamente a necessidade de fundamentação da decisão. Não, há, pois, a este propósito, que recorrer a quaisquer outros preceitos. ---

Quanto à questão de fundo há que distinguir a falta de fundamentação respeitante à insensibilidade da arguida e à necessidade acrescida de prevenção da falta de fundamentação relativa ao cálculo do benefício económico. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

No que às duas primeiras respeita, e não obstante se tratar de matéria relativa à fundamentação da medida concreta da coima, pode desde já afirmar-se que não assiste razão à arguida. A arguida pode discordar da valoração que a AdC fez ou das conclusões que extraiu na sequência da apresentação da sua resposta à nota de ilicitude. E tal valoração irá ser apreciada na sua sede própria. Mas não pode a arguida alegar que a Autoridade não fundamentou estas suas conclusões. ---

Ao longo dos arts. 270 a 280º a Autoridade explica a razão pela qual entende que a Vatel não teve uma atitude colaborante ao longo do processo administrativo, sendo perfeitamente claro que é a partir dessa falta de colaboração que a AdC conclui que a Vatel demonstra uma insensibilidade perante os bens jurídicos tutelados pelo direito da concorrência e que, por conseguinte, as necessidades de prevenção em relação a ela são maiores. ---

A fundamentação está lá. A arguida pode discordar dela, o que será a seu tempo apreciado, o que não pode é invocar que a decisão carece de fundamentação neste ponto. "A este respeito, há que recordar que a falta ou insuficiência de fundamentação constitui um fundamento baseado na violação de formalidade essenciais, distinto, enquanto tal, do fundamento baseado na incorrecção dos fundamentos da referida decisão, cuja fiscalização se insere na análise da procedência da decisão impugnada." (citado Ac. do Tribunal de 1ª instância – proc. T-177/04). -----

É, pois, improcedente a arguida falta de fundamentação da decisão recorrida nesta parte. ---

Quanto ao outro argumento (falta de fundamentação do cálculo do benefício económico), entende o Tribunal que o momento próprio para a conhecer é quando se apreciar o benefício económico resultante do acordo. Por um lado, mesmo a considerar-se procedente a argumentação da arguida, tratando-se da fundamentação relativa a uma circunstância relevante para a graduação da coima, a sua eventual procedência não leva à invalidade da decisão recorrida mas sim à desconsideração do benefício económico na graduação a fazer a final. Por outro lado, a apreciação deste vício depende da matéria de facto que se considerar provada. ---

Assim, relega-se a apreciação da falta de fundamentação suscitada a propósito do cálculo do benefício económico para final. ---

*

2.6 – Da violação dos princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*

A arguida Vatel invocou que a AdC violou os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* consagrados no art. 32º, nº 2, da Const. Rep. Portuguesa. Diz a arguida que a violação do primeiro resulta do facto de a AdC ter qualificado indevidamente a sua defesa como contestação substancial da materialidade dos factos que lhe são imputados e a violação do segundo de ter sido



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

condenada pela prática de determinados factos sem que tenham sido feita prova bastante. ---

A Autoridade não rebateu esta argumentação. ---

O princípio da presunção da inocência é um princípio com assento constitucional: *Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*, (art. 32º da Const. Rep. Portuguesa) - sendo aliás um dos direitos fundamentais dos cidadãos (cf. art.º 18.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa; 11.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem; 6.º, n.º 2, da CEDH, e 14.º, n.º 2, do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos).,

Dele decorre que, até ser definitivamente dado como provado que uma pessoa cometeu um crime, se presume que não o cometeu, presunção que não corresponde a uma presunção propriamente dita mas antes a um verdadeiro direito do arguido: enquanto não for demonstrada a culpabilidade do arguido, não é admissível a sua condenação. --

Corolário deste princípio é o *princípio in dubio pro reo*, princípio probatório de acordo com o qual a dúvida em relação à matéria de facto é sempre valorada em sentido favorável ao arguido. Assim, perante factos incertos que criam no julgador uma dúvida razoável e irremovível ou "patentemente insuperável" (Ac. STJ de 16-06-00), o julgador terá de favorecer o arguido, não dando tais factos como provados, e, conseqüentemente, absolvendo-o da infracção que lhe é imputada. Em suma, só a prova de todos os elementos constitutivos de uma infracção permite a sua punição. ---

A arguida esgrime estes princípios fora do seu respectivo contexto. A questão de a AdC ter, no entender da arguida, qualificado indevidamente como contestação substancial da materialidade dos factos a impugnação por si efectuada de vários factos na resposta à nota de ilicitude e, conseqüentemente, valorado erradamente a sua defesa, não contende minimamente com o princípio da presunção de inocência, não se alcançando sequer a que propósito é o mesmo invocado nesta sede. ---

Quanto ao facto de inexistir prova bastante, a arguida quer conferir ao princípio *in dubio pro reo* um alcance que este não tem. A Autoridade, com base num conjunto de factos que considerou provados face à prova constante do processo, imputou às arguidas a prática de uma determinada infracção. A arguida, por sua vez, entende que os elementos em que a autoridade se baseou não são suficientes e/ou idóneos a servir de meio de prova e que, por conseguinte, tais factos não deveriam ter sido dados como provados. ---

Do exposto decorre, pois, que o que a arguida entende é que deveria ter sido outro o quadro factual provado, ou seja, a arguida discorda da valoração da prova feita pela Autoridade. Ora isto nada tem a ver com o *in dubio pro reo*. Não foi



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

sequer alegado pela arguida que a AdC, face à prova em causa, tenha tido dúvidas sérias e que, não obstante, tenha dado os factos como assentes. De igual modo da simples leitura da decisão, e mesmo recorrendo às regras de experiência comum, não se evidencia que a AdC tenha violado quaisquer regras na apreciação da prova, designadamente que, tendo tido uma qualquer dúvida, optou por decidir em sentido desfavorável à arguida. ---

O que a arguida pretende é pôr em causa a forma como a Autoridade formou a sua convicção, designadamente dando como provada determinada facticidade. E estando nós em sede de recurso de impugnação judicial, a arguida pode perfeitamente fazê-lo, o que não pode é pretender, com esse fundamento, enquadrar a questão em sede de violação do *in dubio pro reo*. ---

Não se verifica, pois, qualquer violação do princípio da presunção de inocência nem do *in dubio pro reo*. ---

*

2.7 – Da violação do princípio da igualdade

Entende a arguida Vatel que o princípio constitucional da igualdade não foi respeitado pela AdC na apreciação da conduta das arguidas, do cálculo do benefício económico e na correspondente graduação da coima. ---

O princípio da igualdade está consagrado na Const. Rep. Portuguesa 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). --

Dado que a eventual violação do princípio da igualdade nesta sede pressupõe o prévio apuramento da responsabilidade das arguidas, relega-se o seu conhecimento para momento posterior. ---

*

2.8 – Da violação do princípio da tipicidade / *nulla poena sine lege*

Sustenta a arguida Vatel que a AdC considerou na medida da coima que havia sido violado o art. 81º do Tratado, com o que violou o princípio da tipicidade em matéria penal. Deve, pois, em seu entender, ser a coima reduzida na parte respeitante à violação do art. 81º. ---

Acrescenta ainda que, por a Lei da Concorrência não contemplar qualquer sanção para a violação do art. 81º, não lhe pode ser aplicada uma coima por infracção à citada norma. ---

O princípio da tipicidade aparece consagrado no art. 2º do RGCOC que dispõe que *Só será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática*. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Trata-se da transposição para o direito contra-ordenacional do princípio constitucional consagrado para o direito penal no art. 29º, nº 1, da Const. Rep. Portuguesa: *Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão.* ---

Deste princípio decorre que a lei não só tem que especificar quais os actos que são considerados ilícitos (*i.e.*, os factos que constituem o tipo legal de crime) como as respectivas penas. Não pode, pois, a lei, descrever os tipos com fórmulas vagas ou incertas assim como não pode estabelecer penas indefinidas. Fica também, por força deste princípio, vedada a analogia. ---

Analisando a Lei 18/2003 constata-se que, efectivamente, a mesma não define como contra-ordenação a violação do art. 81º do Tratado da UE. Mas será que tal significa que a AdC não pode aplicar o referido artigo e aplicar uma coima pela sua violação? ---

Prevê o nº 2 do citado art. 29º da Const. Rep. Portuguesa que *O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos.* ---

Este artigo, redigido para o direito penal, tem, obviamente, aplicação ao direito contra-ordenacional dada a sua natureza sancionatória. ---

Comentando este preceito dizem Gomes Canotilho e Vital Moreira que os crimes contra o direito internacional "originam a responsabilidade imediata em face do direito internacional. E, como se trata de direito internacional comum, ele faz parte integrante do direito interno (cfr. art. 8º-1). Não há, portanto, aqui qualquer excepção ao princípio da legalidade penal e de não retroactividade da lei penal. De resto, a punição só pode ter lugar «nos limites da lei interna», o que quer dizer, entre outras coisas, de acordo com os limites penais e as regras processuais do direito interno. Entretanto os crimes de direito internacional comum têm sido objecto de positivação por via de convenções internacionais ... as quais fazem parte integrante da ordem jurídica interna, nos termos do art. 8º-2." (op. cit., p. 497). ---

Ora, o art. 8º, nº 4, da Const. Rep. Portuguesa consagra o princípio do primado do direito da União Europeia. Este princípio dá azo a grandes controvérsias, sobretudo ao nível da resolução de problemas de conflitos entre normas comunitárias e normas constitucionais nacionais, mas desses problemas não se vai aqui tratar por não ser a questão dos autos. ---

O que para aqui importa é que se prevê no art. 8º, nº 4, da Const. Rep. Portuguesa que *As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.* ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

O regulamento CE nº 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002 é, sem sombra de dúvida, uma norma emanada de uma instituição da União Europeia (o Conselho – cfr. art. 7º do Tratado), no exercício das respectivas competências (art. 83º do Tratado), e encontra-se em vigor (art. 45º do Reg.) Consequentemente, o Regulamento 1/2003, fazendo parte da ordem jurídica da União Europeia e sendo exequível por si mesmo, é directamente aplicável na ordem interna. ---

Este regulamento estabelece um sistema de aplicação dos arts. 81º e segs. do Tratado algo peculiar. Por um lado atribui às autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, e também aos tribunais nacionais, competência para aplicar, em processos individuais, os arts. 81º e 82º do Tratado, sendo que esta aplicação configura um verdadeiro poder-dever: *Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associações ou práticas concertadas na acepção do nº 1 do artigo 81º do tratado, susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros, na acepção desta disposição, devem igualmente aplicar o art. 81º do Tratado a tais acordos, decisões ou práticas concertadas.* (art. 3º, nº 1, do Reg.). –

Mas, ao mesmo tempo que confere competência às autoridades nacionais para aplicar os referidos preceitos, o Regulamento reserva à Comissão competência para os aplicar em determinadas situações (arts. 7º e segs. do Reg.). ---

Quanto às sanções passíveis de ser aplicadas na sequência de uma violação ao art. 81º ou 82º, o Regulamento limita-se a tipificar as que são aplicáveis pela Comissão: Coimas e Sanções pecuniárias compulsórias (arts. 23º e 24º). E quanto às autoridades nacionais? Quanto a estas a questão está resolvida pelo art. 5º, nos termos do qual as autoridades nacionais têm competência para *aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respectivo direito nacional.* (Aliás a competência da AdC nesta matéria decorre directamente do art. 6º, nº 1, al. g), dos seus Estatutos). ---

Significa isto que o legislador comunitário remeteu para as legislações nacionais, e bem, a punição das infracções dos arts. 81º e 82º, ou seja, as autoridades nacionais, concluindo pela existência de uma violação do art. 81º ou 82º do Tratado, podem aplicar uma coima, uma sanção pecuniária compulsória ou qualquer outra sanção prevista pelo respectivo direito nacional. É manifestamente esta a intenção do legislador comunitário que não fez depender a aplicabilidade do regulamento a qualquer acto legislativo interno, como aliás é referido no seu último parágrafo: *O presente regulamento é obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.* ---

Daqui não resulta que a AdC, quando conclui que foi cometida uma infracção ao art. 81º do Tratado, vá aplicar à arguida uma coima directamente por essa violação. É que quando é cometida uma infracção ao art. 81º é também, sempre



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

e necessariamente, infringido o art. 4º da Lei 18/2003. Com efeito, a infracção é a mesma e uma só, o que se passa é que não afecta apenas a concorrência a nível nacional, afectando também o comércio entre os Estados-membros. Daí que nestes casos se considerem violadas as duas normas, a nacional e a comunitária, mas não se considere que o arguido infractor cometeu duas contra-ordenações. A contra-ordenação é só uma e, o facto de ter consequências a nível intra-comunitário é considerado apenas como elemento agravante na determinação da medida concreta da coima. ---

No caso dos autos a AdC condenou as arguidas pela prática de uma única infracção e aplicou-lhes uma coima única. O facto de a AdC ter entendido que também o art. 81º do Tratado tinha sido violado foi valorado apenas e só na medida concreta da coima. ---

Por conseguinte, não tendo a AdC aplicado directamente uma coima pela prática da infracção prevista no art. 81º do Tratado, estando especificados de forma clara e objectiva os actos que constituem o tipo legal (art. 81º) e estando especificada a respectiva sanção (art. 5º do Reg. 1/2003 e 43º da lei 18/2003), é forçoso concluir que não houve violação do princípio da tipicidade. ---

*

Inexistem quaisquer outras questões prévias ou incidentais de que cumpra conhecer.---

* * *

3 - FUNDAMENTAÇÃO

3.1 - Matéria de Facto provada

Encontra-se assente a seguinte factualidade:---

1 – Vatel – Companhia de Produtos Alimentares, S.A., pessoa colectiva nº 502644699, com sede no Sobralinho, Vila Franca de Xira, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Vila Franca de Xira, tem por objecto social a exploração de todo e qualquer ramo de indústria alimentar e particularmente representação, distribuição, importação, exportação, indústria e comércio de sal, alfarroba, embalagens e produtos de higiene, limpeza e conservação.---

2 – Tem como actividades principais a refinação, higienização e distribuição de sal. ---

3 – A sociedade tem o capital social de € 500.000,00, inicialmente detido na totalidade pela sociedade Macedo & Coelho - Indústrias Alimentares e Comércio, S.A., após 1999 pela Solvay Portugal - Participações (SGPS), Lda. e presentemente pela sociedade ESCO International GmbH. ---

4 - O grupo ESCO - European Salt Company GmbH & Co KG, inicialmente constituído como uma joint venture dos grupos Solvay e K+S Aktiengesellschaft é, desde Junho de 2004, totalmente dominado por este último, tendo a Vatel, dessa forma, transitado do grupo Solvay para o grupo K+S. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

5 - Salexpor – Companhia Portuguesa de Sal Higienizado, S.A., pessoa colectiva nº 500238588, com sede no sítio de Brancanes, Quelfes, Olhão, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Olhão, tem por objecto social a exploração da indústria de purificação e refinação de sal e a exploração de salinas. ---

6 – A sociedade tem o capital social de € 5.489,00. ---

7 – E detém a maioria do capital social da Sinexpral - Sociedade Industrial de Exportação das Praínhas, Lda., sendo os seus administradores os gerentes desta última. ---

8 - Sociedade Aveirense de Higienização de Sal, Lda. pessoa colectiva nº 500254338, com sede na Estrada Nova do Canal, Vera-Cruz, Aveiro, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Aveiro, tem por objecto social a preparação industrial do expurgo e higienização do sal marinho comum. ---

9 – Dedicando-se à refinação, higienização e distribuição de Sal. ---

10 - Detém a maioria do capital social da Vitasal - Indústria e Comércio de Sal, Lda., sendo Amândio Ferreira Canha Júnior gerente de ambas as sociedades. ---

11 – A Sociedade Aveirense de Higienização de Sal, Lda. é conhecida no mercado pelo nome "Vitasal". ---

12 – Salmex – Sociedade Refinadora de Sal, Lda. pessoa colectiva nº 500238782 com sede no sítio de Santa Catarina, em Setúbal, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Setúbal, tem por objecto social a indústria e comércio de higienização e refinação de sal. ---

13 – Tem o capital social de € 75.000,00. ---

14 – E foi declarada insolvente por sentença datada de 22 de Janeiro de 2007, proferida no proc. n.º 285/06.9TYLSB do 3.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa. --- -

15 - As arguidas Vatel, Salexpor, SAHS e Salmex celebraram, em data não apurada do ano de 1997, mas anterior a 1 de Outubro, um acordo em que fixaram as quotas de mercado relativas de cada uma no mercado da comercialização de Sal para fins industriais e alimentares. ---

16 - A reunião tendente à celebração de tal acordo decorreu nas instalações da Salexpor e nela participaram António Madeira, Amândio Ferreira Canha Júnior, Manuel António Pereira, Eng. Lobo e Ana Cristina Monteiro Santos Claudino Graça. –

17 – Que à data eram: ---

- António Madeira: Presidente do Conselho de Administração da Salexpor; -

- Amândio Ferreira Canha Júnior: sócio-gerente da SAHS; ---

- Manuel António Pereira: administrador da Vatel; ---

- Eng. Lobo: pertencia à sociedade Macedo e Coelho; ---

- Ana Cristina Monteiro Santos Claudino Graça: sócia-gerente da Salmex. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

18 – Actualmente Manuel António Pereira é director comercial da Vatel. ---

19 – Numa reunião preparatória do referido acordo Amândio Dinis Ferreira Canha, sócio gerente da arguida SAHS, alertou os representantes das restantes arguidas para a desconformidade do acordo com as regras que regulam a concorrência. ---

20 - A acordada atribuição das quotas entre as arguidas foi feita com base no histórico das vendas relativas aos três últimos anos de cada uma das empresas. ---

21 – As arguidas acordaram ainda na fixação de um nível mínimo de preços do sal higienizado. ---

22 – E instituíram um sistema de compensações para o caso de alguns dos intervenientes ganhar quota de mercado relativamente aos outros: quando alguma das empresas ficasse com uma quota de mercado maior do que a inicial estabelecida no acordo, essa empresa teria de compensar as demais. ---

23 - Compensação a efectuar em dinheiro ou através de encomendas feitas à empresa que estivesse a vender menos, tendo as arguidas acordado sobre o respectivo montante. ---

24 – Ficou ainda acordado que, em cada mês, cada uma das empresas informava a Salexpor sobre o seu volume de vendas e esta elaborava e remetia os mapas com os volumes de vendas, as diferenças de quotas e respectivas penalizações, sendo o respeito pelas quotas avaliado anualmente. ---

25 - A repartição de quotas de mercado acordada entre as arguidas obedecia a uma distinção entre: ---

- Sal, no mercado por grosso, destinado a consumo industrial (indústria), por elas designado por "família 1"; ---

- Sal destinado à distribuição e comércio alimentar, incluindo grandes superfícies e comércio tradicional, por elas designado por "família 2". -

26 - Tendo sido acordada a seguinte repartição e manutenção de quotas de mercado: ---

Família 1

- Vatel- 30,18%

- Salexpor - 41,13%

- Vitasal - 25,19%

- Salmex - 3,50%

Família 2

- Vatel- 44,53%

- Salexpor - 31,52%

- Vitasal- 18,15%

- Salmex - 5,80%.

27 - O sistema de informação referido em 24) permitia às arguidas monitorizar constantemente o cumprimento recíproco do acordo e eventuais desvios



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

ao mesmo. ---

28 – As arguidas trocavam entre si a informação relativa aos volumes de vendas mensais e a Salexpor informava as restantes arguidas, através de mapas, da evolução do volume total das vendas das arguidas (nas famílias 1 e 2) e suas concretas repartições pelas empresas participantes no acordo. ---

29 - As arguidas procediam anualmente à compensação dos desvios face às quotas de mercado acordadas, sendo que, aquela(s) cujas vendas totais houvessem excedido a(s) sua(s) quota(s) estipulada(s) no acordo compensava(m) as restantes. --

30 - Recorrendo ou à emissão e envio de notas de débito àquela(s) que excedeu(eram) a(s) sua(s) quota(s) pelo valor das compensações ou à colocação, por aquela(s) que excedeu(eram) a(s) sua(s) quota(s) nas restantes, de encomendas de Sal no valor da(s) compensação (ões). ---

31 – De acordo com os cálculos elaborados pelas arguidas a Vatel teria de pagar, às restantes arguidas, as seguinte compensações: ---

a) relativas ao período entre 31 de Dezembro de 1998 e 28 de Fevereiro de 2002 o montante global de Esc. 57.946.299\$50, repartido do seguinte modo: ---

- à Salexpor – Esc. 26.077.580\$00; ---

- à SAHS – Esc. 28.153.860\$00; ---

- à Salmex – Esc. 3.714.862\$00; ---

b) relativas ao período entre 1 de Janeiro e 31 de Dezembro de 2003: ---

- à Salexpor – € 39.299,80; ---

- à SAHS – € 63.324,38; ---

- à Salmex – € 10.986,76; ---

c) relativas ao período entre 1 de Janeiro e 31 de Dezembro de 2004, o montante global de cerca de € 115.000,00. ---

32 – A arguida Vatel pagou às restantes arguidas as compensações referentes aos anos de 1997 a 2003. ---

33 – No âmbito do acordo representantes das arguidas encontravam-se regularmente e trocavam entre si informação relativa aos volumes de vendas para a grande distribuição. ---

34 – Com a instituição do sistema de compensações as arguidas quiseram assegurar um nível mínimo de proveitos, entre si, assumindo que esses proveitos seriam suportados por aquela que mais conseguisse vender. ---

35 – O grupo das empresas participantes no acordo denominava-se “grupo Salpor” ou “G4”. ---

36 – Manuel António Pereira era o representante da arguida Vatel nas reuniões celebradas entre as quatro empresas. ---

37 - Entre Maio de 2000 e Janeiro de 2005 verificaram-se, pelo menos, 15 reuniões entre os representantes das quatro arguidas. ---

38 – Nessas reuniões as arguidas discutiam e acordavam sobre os preços por



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

elas a praticar do Sal destinado a consumo industrial ("família 1") e do Sal destinado à distribuição e comércio alimentar, incluindo grandes superfícies ("família 2"). ---

39 - As arguidas reuniam-se com o propósito específico de acompanhar e verificar o cumprimento mútuo do acordado, designadamente quanto à repartição e fixação das suas quotas de mercado, e com o propósito de verificar se as compensações e penalizações entre elas acordadas eram suficientes. ---

40 - Bem como de acordar sobre preços mínimos e respectivas alterações. ---

41 - Nessas reuniões as arguidas discutiam sobre as posições dos seus concorrentes e respectivos clientes, sobre promoções e apresentações de produto. ---

42 - E discutam e acordavam sobre quem apresentava propostas de fornecimento a clientes da grande distribuição e respectivos preços. ---

43 - No dia 20 de Março de 2003 as arguidas acordaram na exclusão, daí em diante, do âmbito de aplicação das penalizações ao sal em saco na família 1. ---

44 - No dia 13 de Dezembro de 2003 as arguidas acordaram na exclusão do sector de "discount" do âmbito do acordo, na exclusão do âmbito de aplicação das penalizações ao sal em saco na família 1 e a sua manutenção para efeitos do acordo de preços. ---

45 - No ano de 2004 as arguidas reuniram-se, discutiram o funcionamento do acordo para vigorar nesse ano e mantiveram o acordo para vigorar no ano de 2004. ---

46 - No dia 27 de Janeiro de 2005 as arguidas reuniram-se, discutiram os acordos relativos ao ano de 2004 e acordaram no fim do acordo. ---

47 - O acordo celebrado entre as arguidas foi sendo objecto de alterações ao longo da sua execução. ---

48 - O acordo celebrado entre as arguidas tinha por objecto o sal refinado, higienizado e distribuído para fins industriais e alimentares. ---

49 - A penalização acordada para a família 1 era de Esc. 2\$50 por Kg. ---

50 - E na família 2, inicialmente era de Esc. 3\$00 por Kg. e a partir de 1999 de Esc. 3\$50 por Kg. ---

51 - Não existem quaisquer barreiras que impeçam as arguidas de actuar em todo o território nacional. ---

52 - O custo do transporte assume algum relevo na comercialização do Sal. -

53 - No ano de 2003 a arguida Vatel realizou parte das suas vendas nas famílias 1 a distribuidores e concorrentes: ---

- 1.424 toneladas de sal para consumo humano a distribuidores, representando 6% das suas vendas anuais neste segmento; ---

- 94 toneladas de sal para consumo humano a concorrentes, representando 0,37% das suas vendas anuais neste segmento; ---

54 - No ano de 2003 a arguida Vatel realizou parte das suas vendas nas



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

famílias 2 a concorrentes ou revendedores: ---

- 29.377 toneladas de sal para consumo industrial a revendedores, representando 53% das suas vendas anuais neste segmento; ---

- 2.236 toneladas de sal para consumo industrial a concorrentes, representando 4% das suas vendas anuais neste segmento; ---

55 – As quatro arguidas quiseram, de forma deliberada, livre e voluntária, celebrar e manter ao longo do tempo o acordo *supra* referido de repartição e manutenção de quotas relativas de mercado, fixação de preços mínimos e repartição de clientela. ---

56 – As quatro arguidas sabiam que um acordo celebrado entre empresas concorrentes, destinado a repartir quotas de mercado, fixar preços mínimos e repartir clientela, falseia a concorrência e é proibido por lei. ---

57 – Mesmo assim quiseram celebrar o acordo nos termos em que o fizeram.

58 – No exercício de 2004 a arguida SAHS apresentou os seguintes resultados: ---

a) imobilizado incorpóreo líquido: € 5.105,20; ---

b) imobilizado corpóreo líquido: € 445.007,02; ---

c) investimentos financeiros: € 2.133.902,49; ---

d) existências (líquido): € 428.852,65; ---

e) dívidas de terceiros: € 962.930,77; ---

f) depósitos e caixa: € 7.768,70 ---

g) capital próprio: € 1.067.111,56; ---

h) total do passivo: € 2.919.699,61; ---

i) proveitos e ganhos operacionais: 3.033.034,93, dos quais € 3.017.725,85 correspondem ao seu volume de negócios; ---

i) custos e perdas operacionais: € 3.052.845,36; ---

k) resultado líquido de exercício negativo: € 75.140,66. ---

59 – No exercício de 2004 a arguida Salexpor apresentou os seguintes resultados: ---

a) imobilizado incorpóreo líquido: € 5.004.540,29; ---

b) imobilizado corpóreo líquido: € 2.590.732,99; ---

c) investimentos financeiros: € 7.030.721,08; ---

d) existências (líquido): € 1.705.580,88; ---

e) dívidas de terceiros: € 21.536.934,31; ---

f) depósitos e caixa: € 1.259.196,53; ---

g) capital próprio: € 14.670.661,16; ---

h) total do passivo: € 24.476.502,99; ---

i) proveitos e ganhos operacionais: 45.159.168,79, dos quais € 45.069.497,64 correspondem ao seu volume de negócios; ---

i) custos e perdas operacionais: € 44.357.071,58; ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tecom.mj.pt

- k) resultado líquido de exercício: € 103.627,42. ---
- 60 – No exercício de 2004 a arguida Vatel apresentou os seguintes resultados: ---
- a) imobilizado corpóreo líquido: € 1.528.786,14; ---
- b) existências (líquido): € 504.855,80; ---
- c) dívidas de terceiros: € 2.912.291,35; ---
- d) depósitos e caixa: € 430.705,99; ---
- e) capital próprio: € 1.531.840,37; ---
- f) total do passivo: € 3.869.749,61; ---
- g) proveitos e ganhos operacionais: 10.603.718,35. dos quais € 10.893.442,53 correspondem ao seu volume de negócios; ---
- i) custos e perdas operacionais: € 9.852.398,20; ---
- j) resultado líquido de exercício: € 423.608,64. ---
- 61 – Não são conhecidos antecedentes contra-ordenacionais às arguidas. ---
- 62 – A iniciativa de celebrar o acordo pertenceu à arguida Salexpor, tendo as reuniões realizadas entre as arguidas tido lugar nas suas instalações. ---
- 63 – Um dos objectivos das arguidas ao celebrar o acordo era o de unir forças contra os grandes distribuidores que impõem as suas próprias condições. ---
- 64 – O acordo celebrado entre as arguidas terminou por iniciativa da Vatel. --
- 65 – A Vatel foi a arguida que suportou o encargo de pagar as mais elevadas compensações na família 2. ---
- 66 – Durante o período em que vigorou o acordo havia no mercado agentes nacionais e estrangeiros para além das arguidas. ---
- 67 – Designadamente uma empresa designada Maricéu que era a fornecedora exclusiva da marca branca do Modelo Continente. ---
- 68 – E os revendedores de sal continuaram a realizar importações. ----
- 69 – No acordo celebrado entre as arguidas não foi estabelecido qualquer mecanismo de compensação para manter os preços estipulados. ---
- 70 – A Vatel não efectuou qualquer pagamento de compensações às outras arguidas referentes ao ano de 2004. ---
- 71 – Na sequência do acordo, as arguidas não concorriam entre si no segmento da grande distribuição. ---
- 72 - Durante a vigência do acordo realizaram-se importações de sal de Israel e Espanha. ---
- 73 - Há países onde o preço do sal é mais baixo do que em Portugal. ---
- 74 – A importação de sal implica elevados custos de transporte, com excepção do caso de Israel e Espanha. ---
- 75 – Em Israel o sal é tratado quase como um resíduo, razão pela qual o custo de importação do sal oriundo de Israel resume-se praticamente ao preço do transporte. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

76 – Ao longo dos últimos anos houve um aumento de importação de sal de Israel. ---

77 – No dia em que se realizaram as buscas na sede e no estabelecimento da arguida Vatel, não se encontrava presente nos referidos locais nenhum dos seus administradores. ---

78 – A AdC não notificou os legais representantes da Vatel para prestar declarações na fase administrativa do processo. ---

79 – No exercício de 2004 o volume de negócios da Salexpor relativo ao negócio do sal foi de € 5.436.188,74. ---

80 – Correspondendo o restante ao volume de negócios do arroz, azeite, outros óleos alimentares, águas e detergentes e produtos de terceiros. ---

81 – Desde há alguns anos que as mercearias e minimercados estão agrupados em centrais de compras. ---

82 – Há pelo menos uma empresa espanhola, a Salmar, a intervir no mercado nacional do sal a preços competitivos. ---

83 – A SAHS teve, no exercício de 2005, um volume de negócios inferior a € 2.000.000,00 . ---

* * *

3.2 – Matéria de facto não provada

Abstraindo de todas as considerações jurídicas e conclusivas constantes quer da decisão recorrida quer das várias alegações de recurso, não ficou provada a seguinte factualidade: ---

1 – A sociedade Sinexpral dedica-se à extracção de sal. ---

2 – “Vitasal” é uma marca propriedade da arguida Sociedade Aveirense de Higienização de Sal, Lda. ---

3 – A Vatel pagou compensações às restantes arguidas na ordem dos cerca de € 115.000 (cento e quinze mil euros), relativamente ao período entre 01.01.2004 e 31.12.2004. ---

4 – As arguidas são responsáveis por cerca de 75% a 90% das vendas em território nacional de Sal por grosso para fins industriais e alimentares. ---

5 – Portugal é quase auto-suficiente em termos de produção de sal. ---

6 - Não existe grande necessidade de importação de sal em Portugal. ---

7 – O acordo celebrado entre as arguidas produziu efeitos no sector da extracção do sal, limitando a aquisição de sal nesse sector. ---

8 - E provocou restrições ao nível do fornecimento de sal aos concorrentes da arguida. ---

9 – As arguidas celebraram um acordo de definição conjunta de condições comerciais. ---

10 – Por força do acordo o poder de negociação das arguidas para com os seus clientes passou a ser, para cada uma, de 75% a 90% do mercado do sal. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

11 – O principal objectivo das partes era o de unir forças contra os grandes distribuidores que impunham e continuam a impor as suas próprias condições, unilateralmente, fixando tectos de preços e a fixação das compensações visava apenas dissuadir as empresas participantes no acordo de exceder a sua quota. ---

12 – As arguidas eram devedoras de grandes quantias na banca. ---

13 – O acordo cessou todos os seus efeitos na segunda metade de 2004. ---

14 – Durante a vigência do acordo a quota real de mercado da Vatel foi diminuindo. ---

15 – Na família 2 a Vatel apenas ganhou quota de mercado dentro do acordo.

16 – Alguns dos revendedores de sal que importavam sal eram clientes da Vatel. ---

17 – Quando a Vatel deixou de pagar as compensações anuais às restantes arguidas a situação financeira destas agravou-se. ---

18 – Na segunda metade de 2004 a Vatel recusou-se a pagar as compensações às outras empresas. ---

19 – As concorrentes das arguidas Maricéu e Salmar aumentaram, durante a vigência do acordo, as suas quotas de mercado. ---

20 – Durante a vigência do acordo as arguidas viram as suas quotas totais de mercado diminuir progressivamente. ---

21 – A margem de lucro obtida pela venda era inferior ao valor da compensação para desmotivar as empresas de excederem as suas quotas de mercado. ---

22 – As empresas que recebiam as compensações ficavam prejudicadas porque perdiam quota de mercado e os custos fixos da empresa, em função da quantidade vendida, aumentavam. ---

23 – As mercearias e os minimercados só compram com autorização das Centrais de compras e a quem com elas negociou, sob pena de exclusão. ---

24 – Durante o período de vigência do acordo o preço do sal subiu 7,6%. ---

25 – Só relativo ao arroz comercializado sob o sinal "Cigala" o volume de negócios da Salexpor foi de € 28.908.353,99. ---

26 – A Salexpor deixou de comercializar o arroz "Cigala" em 31 de Maio de 2006. ---

27 – As empresas de "grande distribuição" levam as suas fornecedoras a praticar preços de venda com prejuízos. ---

28 – A fixação de preços mínimos teve como único objectivo evitar as vendas com prejuízos. ---

29 – O acordo de preços dizia apenas respeito aos produtos da "família 2". ---

30 – O acordo terminou para a SAHS durante os anos de 2002/2003. ---

31 – O acordo trouxe graves prejuízos para a SAHS resultantes da sua perda de quota de mercado. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

32 – Prejuízos esses que foram superiores ao valor das compensações que recebeu. ---

33 – Grande parte do volume de negócios da SAHS diz respeito a sal em bruto, vendido a granel. ---

34 - Em alguns exercícios o volume de vendas do sal em bruto comercializado pela SAHS é superior ao volume de vendas do sal alimentar e industrial. ---

35 – Os preços praticados em Portugal são inferiores aos praticados nos restantes países europeus. ---

*

3.3 - Fundamentação da matéria de facto

Antes de passar à análise dos meios de prova, há que tecer umas breves considerações sobre a prova e sobre a sua valoração. ---

Desde logo convém ter em mente a natureza destes autos. Como recurso de impugnação judicial que é, o processo distingue-se do processo-crime. Neste, o julgamento é feito a partir de uma acusação (ou decisão instrutória), onde nada está à partida provado e tudo tem de ser objecto de prova em julgamento. As provas que podem ser valoradas na sentença são todas as que se produzirem no julgamento e aquelas que tenham sido produzidas anteriormente nos casos devidamente especificados na lei. Considera-se para todos os efeitos como prova produzida em audiência os documentos que se encontrarem juntos ao processo, mesmo que não tenham sido lidos em audiência (neste sentido Ac. Da RC de 29-03-06 já citado). ---

Já em processo contra-ordenacional a situação não é exactamente esta dado que está em causa um recurso. Significa isto que o objecto do processo é fixado em função do conteúdo do articulado de impugnação. Daqui resulta que não há que produzir prova sobre os factos aceites pelo arguido. Não se trata aqui de prova por confissão no sentido que esta pode ter no direito civil, isto é, não se consideram os factos provados por o arguido não os ter especificadamente impugnado. Aqui vale o princípio da presunção de inocência e o conseqüente ónus de prova pela acusação. O que se passa é que só tem que ser produzida prova e apreciada a factualidade posta em causa pelo arguido. Os factos constantes da decisão recorrida que o arguido não questiona ficam fora do objecto do recurso. ---

A segunda consideração prévia a fazer nesta sede respeita à questão suscitada pela arguida sobre a valoração dada pela Autoridade às declarações dos co-arguidos. Citando vária doutrina e jurisprudência, defende a Vatel que a AdC usou, para lhe imputar a conduta assacada na decisão recorrida, as declarações dos legais representantes das co-arguidas sem atentar no facto de ser esse um meio de prova de grande fragilidade. Não podia, pois, ter sido dado como provado que a Vatel foi a



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

arguida que mais beneficiou com o acordo ou que utilizou o acordo em seu benefício uma vez que não há quaisquer outros meios de prova que o corroborem. --

A este propósito cabe apenas realçar duas ideias. Em primeiro lugar nada impede que as declarações dos co-arguidos sejam usadas como meio de prova. Podem sê-lo, conforme tem sido repetidamente decidido pelo STJ: "as declarações do co-arguido são meio admissível de prova e, como tal, podem ser valoradas pelo Tribunal para fundar a sua convicção acerca dos factos que dá como provados" (Ac. de 20-06-01, CJ, T. II, p. 230). ---

Em segundo lugar, é perfeitamente pacífico o entendimento sufragado pela arguida. Como se refere no Ac. RL de 10-05-06 "especiais cuidados devem sempre rodear a valorização das declarações incriminatórias do co-arguido, por razões consabidas: o arguido não se encontra adstrito a um dever de verdade e – visando frequentemente obter, com uma atitude de colaboração, apenas um tratamento processual privilegiado – não pode considerar-se, à partida, um sujeito processual isento e desinteressado.

Assim, entre outros requisitos – espontaneidade, univocidade, coerência lógica e reiteração das declarações, ausência de inimizade, ressentimento ou qualquer finalidade espúria ou perversa e conformidade com as regras de experiência comum – as suas declarações têm, sobretudo, de revelar-se "minimamente corroboradas" por algum facto, dado ou circunstância externa, susceptível de lhes conferir credibilidade." (Proc. 3616/2006-3). ---

Significa isto que as declarações dos co-arguidos são um meio de prova admissível conquanto que, na parte em que delas resultem factos incriminatórios, sejam corroboradas com qualquer outro facto ou circunstância. ---

*

3.3.1 – Matéria de facto provada

No que concerne à matéria de facto considerada provada e que foi questionada pelas arguidas nos seus recursos de impugnação, o Tribunal formou a sua convicção a partir da análise crítica da prova produzida em audiência, designadamente dos documentos juntos aos autos, do depoimento do legal representante da arguida e do depoimento das testemunhas inquiridas. ---

O legal representante da Vatel foi claro no seu depoimento, sendo que do mesmo pouco se pôde extrair dado que referiu apenas ter tido conhecimento do acordo em finais de 2003. ---

Por parte da acusação foram inquiridos dois instrutores do processo que estiveram presentes nas diligências de buscas, um economista que efectuou os cálculos relativos ao benefício económico e uma economista que desempenha funções na Autoridade recorrida. Todas as referidas testemunhas depuseram com alguma paixão, demonstrando a sua pré-convicção de que as arguidas cometeram a



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

infracção que lhes é imputada. Este seu evidente pré-convencimento retirou aos respectivos depoimentos o necessário distanciamento e objectividade. ---

De qualquer modo, nenhuma das testemunhas (com excepção das duas primeiras no que concerne aos factos relacionados com as buscas e da primeira em relação a alguns aspectos relacionados com a importação do sal) tinha conhecimento directo dos factos relativos à prática do acordo imputado às arguidas.

A arguida Vatel arrolou três testemunhas, as duas primeiras seus funcionários, e a terceira um economista que elaborou um estudo sobre o benefício económico. ---

Relativamente à testemunha Manuel Pereira, actualmente director comercial da Vatel, o seu depoimento foi importante dado que o mesmo participou, em representação desta arguida, nas reuniões realizadas pelas arguidas ao longo da vigência do acordo. Foi, porém contraditório em vários aspectos e apresentou justificações pouco plausíveis para algumas dúvidas que lhe foram colocadas, impedindo que o seu depoimento fosse valorado na totalidade. ---

A testemunha José Coelho, director financeiro da Vatel, tinha conhecimento directo apenas dos factos posteriores a 2003, dado que só desde essa altura exerceu funções na sociedade, tendo sido o seu depoimento claro e objectivo. ---

A testemunha Rui Silva não tinha conhecimento directo dos factos imputados à arguida, tendo-se limitado a prestar esclarecimentos relativos ao cálculo do benefício económico. ---

As testemunhas arroladas pela Salexpor, ambos prestadores de serviços para a sociedade, pouco acrescentaram. Não tinham conhecimento directo dos factos objecto do presente processo, tendo-se limitado a prestar esclarecimentos vagos e genéricos sobre o eventual benefício que a arguida retirou do acordo. Depuseram ainda sobre a actividade a que a arguida se dedica e sobre determinados elementos relativos à sua situação económica. ---

Concretizando: ---

— Para prova dos factos relativos à identificação e natureza das arguidas, à sua actividade, funcionários, legais representantes e volumes de negócios (factos 1 a 13, 17, 18, 53, 54, 58 a 60, 79, 80 e 83) o Tribunal teve em consideração os doc. fls. 32, 83, 90, 102, 146, 714 a 718, 724, 734, 750, 797, 878, 1055, 1500, 1724, 1876, 2145, 3550, as declarações do legal representante da Vatel, da testemunha Manuel Pereira e das testemunhas Manuel Filipe e Henrique Gonçalves. Para prova do facto relativo à insolvência da arguida Salmex (facto 14) foi considerado o doc. fls. 3478.

— Para prova dos factos relativos ao acordo celebrado entre as arguidas (sua natureza, âmbito, início e fim, dolo e ilicitude - factos 15, 16, 19 a 50, 55 a 57, 62 a 65, 69, 70, 71), parte é dada como provada por não ter sido posta em causa por nenhuma das arguidas e quanto à restante foram considerados os documentos juntos aos autos a fls. 237, 883 a 890, 1030 a 1034, 1154 a 1181, 1658 a 1665, 1737 a



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

1742, o depoimento do legal representante da Vatel, o depoimento das testemunhas Manuel Pereira, José Coelho, Manuel Filipe e Henrique Gonçalves. ---

Analisada criticamente esta prova resultou perfeitamente demonstrado terem as arguidas celebrado um acordo para repartição e manutenção das suas quotas de mercado (quotas de mercado relativas), fixação de preços mínimos e repartição de clientela. O acordo relativo à repartição de quotas de mercado relativas e à instituição de um sistema de compensações não é posto em causa por nenhuma das arguidas e resulta expressamente demonstrado dos documentos juntos aos autos. ---

Quanto à fixação de preços e de repartição de clientela, as arguidas Vatel e Salexpor negam que o acordo incidisse sobre estes aspectos, enquanto a arguida SAHS o admite ao referir que as empresas procuravam garantir “um nível mínimo de preços” (cfr. art. 21º do recurso), que a “apresentação de propostas” dizia respeito apenas à grande distribuição, que ela é que ficava prejudicada porque era sempre a Vatel quem apresentava as propostas e a quem era cedidas as vendas (cfr. art. 45º, als. g) e i) do recurso). ---

A única testemunha com conhecimento directo destes factos, o director comercial da Vatel, negou que o acordo tivesse este âmbito. Sucede, porém, que o seu testemunho em julgamento é contrariado não só pela defesa das próprias arguidas no que concerne ao objecto do acordo, como pelos documentos juntos ao processo, designadamente os de fls. 1155 a 1181 que constituem notas que essa mesma testemunha tirava nas reuniões das arguidas. Analisando as notas de várias das reuniões que as arguidas tiveram, verifica-se que das mesmas consta: ---

- 18 de Maio de 2000: Preços Sal família 1 / Não aumentar preço / Preços Sal família 2 / Aumentar preços a partir de 1 de Junho (fls. 1155); ---

- 7 de Novembro de 2001: Sal para indústria têxtil / Preços / sal seco (granel 19.50, Big Bag e Sc 25 Kg 18.50) / sal centrifugado (Big Bag e Sc 25 Kg 17.50) / alteração / 1 Janeiro de 2002 (doc. fls. 1157); ---

- 3 de Dezembro de 2001: “Recebeu pedido da Soporcel para apresentar proposta / Preço combinado / Sameca 21.000,00 7 Vatel 19.500,00 / Preço na Póvoa / Disponível para negociar preços marginais, onde puder aprestar preços mais altos e nós estejamos de acordo e interesse em que seja a Sameca a apresentar proposta mais baixa que a Vatel” (doc. fls. 1158); ---

- 26 de Abril de 2002: “Vitalal / produtos vs preços / Lactogal – Vatel” (doc. fls. 1162); ---

- 1 de Julho de 2002: “Fima – preços / sal seco gr / vitalal 3,75=3,57 / Vatel 3,75=3,66 / sal seco sc / vitalal 108,50 / Vatel 118,00 / sal tal qual 1ª gr. / vitalal 59,85 / Vatel 70,00 / sal tal qual 1ª sc. / vitalal 64,84 / Vatel 80,00” (doc. fls. 1163);

- 3 de Outubro de 2002: Salmar – Lidl 0,10 Tangelman – 0,13 (doc. fls. 1165); ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

- 25 de Outubro de 2002: Preços € 140,00 TON Lidl - grupo português / € 125.000 ton – salmar (doc. fls. 1167); ---
- 1 de Junho de 2004: “ver \ rever preços €\ton: sal centrifugado (BB. 75,00, SC 85,00/ saco (gr. 70,00, BB 80,00; sc 90,00) (doc. fls. 1169); ---
- 12 de Fevereiro de 2004: “Acordo p\ 2004 : aumento do preço p\ Família 1 a partir de 1 de Abril de 2004 / cedência da marca CNR (mesa 1.99, cristal 1.70) / alteração de preço marca própria a partir de 1 de Maio de 2004 7 a salexport\Madeira só dá o OK até 2004 e só continua se as coisas se inverterem” (doc. fls. 1170); ---
- 13 de Dezembro de 2003: “Acordo – Penalização 2002: Discount não entra no acordo / indústria não conta para efeitos de penalização mas mantém acordo do preço / cedência de venda do M.P. “Auchan” (doc. fls. 1171); ---
- 13 de Janeiro de 2004: “Acordo para 2004: s\ penalizações monetárias; conter vendas para respeitar quota \ excedente a produzir\embalar num parceiro / preços novos 1 de Março de 2004 / compensações p\ produção / indústria acordo s\ compensação / preços textil seco gr 97,25 €\ton, BB 95,00 €\ton, sc 95,00 €\ton, centrifugado gr -, BB 90,00 €\ton, sc 90,00 €\ton” (doc. fls. 1172); ---
- 14 de Maio de 2003: !Contacto c\ Maria Céu / alteração de preços data 16 de Junho de 2003 / marca própria continente – salexport, carrefour – vitalal – não vai apresentar / vatel apresenta preços nova tabela (doc. fls. 1174); ---
- 24 de Junho de 2003: Alteração de preços 1 de Julho de 2003 / Minipreço sul – salexport, norte – M Céu (doc. fls. 1175); ---
- 12 de Agosto de 2003: “Portucel\Soporcel – proposta de preço € 90,00\ton / centrifugado sc 25 Kg – preço p\ Vitalal a levantar na Póvoa / pagamento – facturas Vatel / salmar - Lidl, Minipreço, carrefour (doc. fls. 1176); ---
- 18 de Setembro de 2003: Alteração de preços: 1 de Novembro” (doc. fls. 1177); ---
- 19 de Janeiro de 2002: “apresentar proposta para fornecer sal centrif. preço 18.00 Kg? / preços p\ 2003 – GD Industria” (doc. fls. 1179); ---
- 20 de Março de 2003: “Preços – aumento”, indicando-se de seguida vários preços (doc. fls. 1181). ---

Confrontada a testemunha sobre o teor das suas notas e sobre elas referirem preços, clientes, propostas de fornecimento e de cedência de clientes, não foi capaz de dar uma explicação cabal, limitando-se a dizer que as notas não são actas e que durante as reuniões pensava em muitos outros assuntos de que tomava notas. Ora estas explicações são absolutamente inaceitáveis, irrazoáveis e insusceptíveis de ser levadas a sério. Não é crível que em pelo menos 15 reuniões efectuadas em função do acordo celebrado entre as arguidas, a testemunha tenha dedicado parte do tempo a pensar em questões que só à Vatel respeitavam e que nada tinham a ver com a



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef. 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

reunião e com o que nela se estava a tratar e que fizesse apontamentos desses seus pensamentos intercaladamente com os apontamentos que tirava das reuniões. ---

De igual modo não faz sentido e é contraditório com a própria argumentação das arguidas que o acordo não incluísse preços. Com efeito, todas as arguidas afirmaram (embora não tenham demonstrado) que o principal objectivo do acordo era defender-se contra as grandes superfícies, dando a entender que estas é que lhes impunham os preços de compra ao invés de serem elas a impor os preços de venda. Ora como é que se compreende que as arguidas pretendam lutar contra estas imposições celebrando um acordo que apenas prevê a repartição relativa de quotas se esta repartição, só por si, não lhes dá qualquer argumento suplementar para negociar com as grandes superfícies? Como é evidente, este objectivo só se alcançaria se as arguidas acordassem em praticar os mesmos preços mínimos e se repartissem entre si as grandes superfícies, o que é aliás reconhecido implicitamente pela Vatel que alegou e provou que as arguidas, na sequência do acordo, não concorriam entre si na grande distribuição. De todo o modo, no que toca ao objectivo da celebração do acordo, apenas se provou que um dos objectivos do acordo foi o de unir esforços contra os grandes distribuidores que impõem as suas próprias condições, ficando por demonstrar que esse era o único objectivo ou que as grandes distribuidores impõem tectos de preços. ---

Relativamente às datas de início e fim do acordo, quanto à primeira, não é posta em causa por nenhuma das arguidas. Quanto à segunda, não obstante a argumentação das arguidas de que o acordo terminou em 2004, ou ainda antes segundo a SAHS, dos documentos resulta o contrário. Assim, para além de as arguidas terem celebrado várias reuniões em 2003 e pelo menos três reuniões em 2004, nas quais se referem expressamente ao acordo, penalizações e a preços (fls. 1169, 1170 e 1172), reuniram-se em 27 de Janeiro de 2005 constando das notas dessa reunião que se referiram ao diferencial relativo a 2004 para as arguidas Salexpor, Vitasal e Salmex, indicando os respectivos montantes. Consta igualmente que as partes expressaram a sua posição quanto ao fim do acordo. Há ainda que considerar aqui o doc. fls. 876 que demonstra que havia compensações a pagar relativas ao ano de 2004 e que a Vatel ainda ponderou a possibilidade de fazer tais pagamentos. Daqui resulta que em 2004 o acordo ainda vigorou, ou seja, neste ano o acordo de repartição de quotas, fixação de preços e repartição de clientela manteve-se em funcionamento. O que não ficou provado foi que tivessem sido pagas as compensações relativas a 2004 e que só deveriam ser liquidadas em Janeiro de 2005. Mas o facto de as compensações não serem pagas não quer dizer que o acordo não vigorasse, quer dizer apenas que a Vatel, em 2004, incumpriu o acordo nesta parte. ---

Por outro lado, se é certo que o legal representante da Vatel disse que deu ordens para que o acordo terminasse em finais de 2003, o certo é que a Vatel



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

continuou a fazer-se representar nas reuniões do grupo em 2004, não tendo, o seu representante, posto os parceiros ao corrente de qualquer cessação do acordo. Ora não se aceita a argumentação da Vatel até porque não é crível que o Director Comercial da arguida desobedeça a ordens expressas do seu conselho de administração, sem sofrer qualquer sanção disciplinar, isto é, não se aceita que a Vatel tenha saído do acordo em 2004 ou que tenha posto termo ao acordo nessa data. Não foi dada qualquer explicação cabal para o facto de o legal representante da Vatel não ter diligenciado junto do seu funcionário para confirmar que este tinha cumprido as suas ordens ou de ter diligenciado para confirmar que o acordo tinha cessado. ---

De igual modo não foi dada qualquer explicação lógica para o facto de o director comercial enviar ao director financeiro em 7 de Janeiro de 2005 um fax dizendo que o valor de 2004 poderia ir aos € 115.000, que este lhe respondesse que era complicado porque tinha ficado combinado que não se pagava mais e era um montante muito grande pelo que teria de ter impacto nas contas de 2005 e que aquele lhe respondesse que quando se refere ao valor não está a dizer que é para pagar em dinheiro porque o combinado era pagar em produto e, como não tinham pago nem entregue produto em 2004, estava a perguntar se queria provisionar (doc. fls. 876). Face ao teor deste documento, fica excluída qualquer possibilidade de se defender que o director comercial da Vatel tenha mantido a empresa no acordo por sua única iniciativa e contra ordens expressas do conselho de administração. ---

Fica, pois, evidente, que o acordo ainda vigorou em 2004, embora a Vatel não o tenha cumprido na íntegra nessa ano já que não pagou as compensações. Esse não pagamento, porém, não era ainda líquido para as outras arguidas na reunião de 27 de Janeiro de 2005 (como resulta do facto de na reunião ocorrida nesse dia terem feito referência aos montantes que eram devidos pela Vatel relativos ao ano de 2004), data em que foi formalizado o fim do acordo, ou seja, o acordo deixou de vigorar no início do ano de 2005 o que, tendo em consideração o modo como as arguidas monitorizavam o acordo e como liquidavam as compensações, significa que o mesmo se pode considerar findo no final de Dezembro de 2004. ---

Conjugando toda esta matéria com o facto de ter ficado provado que Amândio Dinis Ferreira Canha, sócio gerente da arguida SAHS, alertou os representantes das restantes arguidas para a desconformidade do acordo com as regras que regulam a concorrência, facto que foi confirmado pela testemunha Manuel Pereira, resulta provado que as arguidas agiram com dolo directo. ---

— Sobre os factos relacionados com o mercado do Sal (factos 51, 52, 66 a 68, 72 a 76, 81, 82) foram tidos em consideração os doc. fls. 8, 2206 a 2213 e o depoimento das testemunhas Nuno Marques, Manuel António Pereira, José Coelho, Manuel Filipe e Henrique Gonçalves. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.com.mj.pt

— Quanto aos factos relacionados com o processo de contra-ordenação (factos 77, 78) foram relevantes os depoimentos das testemunhas Nuno Marques e José Coelho. ---

*

3.3.2 – Matéria de facto não provada

Quanto à matéria de facto dada como não provado, a convicção do Tribunal assentou quer na ausência de prova quer na inconsistência da prova quer na produção de prova em contrário. Assim: ---

— Os factos 1 e 2 só podem ser provados por documento autêntico e tal doc não foi-junto. ----

— Quanto ao pagamento das compensações (facto 3) não foi feita qualquer prova de que os pagamentos calculados relativos ao ano de 2004 tenham efectivamente sido pagos. Do depoimento das testemunhas Pereira e Coelho resultou que foram pagas as compensações liquidadas até ao ano de 2004, mas quanto a pagamentos relativos ao ano de 2004 foram ambos peremptórios ao afirmar que não foram pagas quaisquer compensações, compensações essas que, a serem pagas, só o seriam no ano de 2005 já que era no princípio de cada ano que se fazia o acerto relativo ao ano anterior. Não tendo sido produzida qualquer outra prova pela AdC ou pelo Ministério Público, o facto ficou por demonstrar. ---

— Relativamente às quotas de mercado absolutas das arguidas (75% a 90%) não foi produzida qualquer prova (facto 4). As arguidas negaram as percentagens referidas, nenhuma das testemunhas as confirmou e os documentos em que a AdC alicerça o facto, apreendido à arguida Vatel, não o confirma. Com efeito, tal documento, para além de não ter qualquer sinal identificativo da sua origem, não refere as percentagens das arguidas no mercado das vendas para fins industriais. A fls. 710 consta um gráfico relativo às vendas no mercado alimentar no ano de 2003, do qual resulta terem as arguidas uma percentagem global de 78%. A fls. 711 consta um gráfico com as percentagens das arguidas no mercado “mesa e cozinha” relativo ao ano de 2003, do qual resulta terem as arguidas uma percentagem global de 77%. Não se mostra junto qualquer gráfico relativo às percentagens no mercado da indústria. Com base nestes elementos não se pode dar por provado que as arguidas tenham presentemente, ou que tenham tido quer em 1997, data do início do contrato, quer em 2003, uma quota de mercado situada entre os 75% e os 90%. ---

— Sobre os factos 5 e 6 não foi feita qualquer prova directa, sendo os mesmos infirmados pela informação prestada pela DGPA junta a fls. 8, da qual consta, designadamente, que em 2003 as compras de sal no exterior suplantaram em mais de 50% a oferta nacional; que nem o diferencial do custo de transporte do produto importado tem conseguido proteger a produção de muitas salinas nacionais, tendo como resultado a paralisação da sua actividade e que o recurso à importação de sal marinho destinado a fins alimentares, em termos tão expressivos evidencia



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

uma vulnerabilidade do nosso país no que diz respeito ao co-aprovisionamento alimentar.

— Sobre os efeitos do acordo no sector da extracção do sal, ao nível do fornecimento de sal aos concorrentes da arguida e do poder de negociação dele resultante para as arguidas (factos 7, 8 e 10) não foi feita qualquer prova. A AdC sustentou as suas conclusões essencialmente no facto de as arguidas repartirem entre si entre 75% a 90% do mercado nacional. Com esse peso no mercado, poder-se-ia dizer que as arguidas dominavam o mesmo e, por conseguinte, qualquer acordo do género do aqui em causa, tinha efeitos directos e quase que necessários quer a montante quer a jusante do mercado da comercialização do sal. Sucede que tais percentagens não ficaram demonstradas. Logo, e por ter sido esse o pilar em que assentaram as conclusões da Autoridade, não tendo este facto ficado provado, os factos e conclusões dele decorrentes ficaram também por demonstrar. ---

— Quanto ao acordo sobre as condições comerciais (facto 9) o que resulta da prova documental e testemunhal produzida é que as arguidas celebraram um acordo com vista à fixação e repartição das respectivas quotas de mercado no mercado do sal, de fixação directa de preços e repartição de clientela. Para além disto apenas se provou que em diversas reuniões se debateram questões relacionadas com as posições e clientes dos concorrentes das arguidas, promoções e apresentações de produto, o que não basta para se dar como provado que o acordo incidia sobre condições comerciais. ---

Dizer que o acordo incidia sobre a definição conjunta de condições de mercado é vago e conclusivo. Ora não consta sequer da acusação que as arguidas tenham acordado sobre fretes, preços de transporte, transporte conjunto, celebração conjunta e/ou simultânea de promoções; etc., ou seja, não constam da decisão os factos que, a provar-se, permitiram ao tribunal concluir que o acordo incidiu sobre as condições de mercado. Do facto de as arguidas terem debatido questões relacionadas com promoções (sendo que não consta da decisão que tenham acordado na realização de acções de promoção conjuntas, em simultâneo e nas mesmas condições), com a apresentação dos produtos (sendo que não consta da decisão que tenham decidido e acordado entre si como é que cada uma passaria a apresentar o seu produto) e com os seus concorrentes (sendo que apenas consta da decisão que discutiram as posições e os clientes das concorrentes e não que tomaram qualquer tipo de decisão para interferir nessas mesmas posições e clientes) não se pode concluir que tenham celebrado um acordo sobre as condições de mercado. ---

— Quanto ao principal ou único objectivo das partes na celebração do acordo (facto 10 e 28) não foi feita prova. Provou-se que um dos objectivos das arguidas era defender-se contra os grandes distribuidores, mas não que fosse esse o principal objectivo. E não se provou desde logo porque o acordo não visava apenas a grande



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

distribuição. Para além de na mesma família (alimentar) estar também incluído o comércio tradicional (e quanto a este não ter ficado provado o paralelismo de comportamentos com a grande distribuição) o acordo abrangia também a comercialização de sal para indústria e, quanto a este, se é certo que a partir de dado momento deixaram de estar previstas compensações, não é menos certo que se manteve sempre o acordo de preços (doc. fls. 1155 e 1171). Este facto, por si só, infirma que fosse aquele o principal objectivo do acordo já que o sal para indústria não tem qualquer ligação com as grandes superfícies. ---

Acresce que a única testemunha com conhecimento directo dos factos foi o director comercial da Vatel que, face às contradições e explicações pouco plausíveis que deu sobre o teor das suas próprias notas, não foi credível. ---

Quanto à alegação de que o único objectivo do acordo era evitar as vendas com prejuízo, para além do que se disse, não ficou provado que as empresas estivessem a vender a preços inferiores aos preços de custo, pelo que nunca tal facto poderia ser dado como provado. ---

— Sobre os factos alegados pelas arguidas relativas às respectivas sociedades e actividade comercial, aos seus concorrentes e mercado (factos 12, 16, 19, 23 a 27, 33 a 35) não foi feita qualquer prova. ---

— Sobre a data em que o acordo cessou (factos 13 e 30), ficou a mesma infirmada com a prova do facto 46. ---

— Os factos invocados pelas arguidas relativos aos efeitos nefastos que o acordo teve para cada uma delas e às consequências do mesmo (facto 14, 15, 17, 20 21, 22, 31, 32), não foram objecto de qualquer prova objectiva e circunstanciada, e são contrariados pelas mais elementares regras de experiência comum: não é credível que as empresas mantivessem em vigor um acordo desde 1997 até 2004, inclusive, se o mesmo só lhes trouxesse prejuízos. ---

— Relativamente à data em que a Vatel se recusou a pagar as compensações (facto 18), o facto é infirmado pelo doc. fls. 876 e relativamente ao acordo de preços respeitar apenas à família 2 (facto 29) pela prova em contrário produzida de onde resultou que o acordo visava fixar preços nas duas famílias. ---

* * *

3.4 – Fundamentação fáctico-jurídica e conclusiva

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 Constituição da República Portuguesa que determina que incumbe 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*



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

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 abasteça 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. ---

Feita esta exposição introdutória sobre a natureza e justificação do direito da concorrência, passemos a análise da conduta das arguidas. ---

*

Vêm as arguidas acusadas da prática, em co-autoria, da contra-ordenação prevista no art. 4º da Lei 18/2003 de 11 de Junho que dispõe: *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 ...*

A contra-ordenação aqui prevista apresenta-se como um ilícito não de natureza instantânea mas sim de natureza permanente: a sua execução e a consumação perduram no tempo: a uma primeira fase, que compreende toda a conduta do agente ate ao aparecimento do evento, segue-se uma segunda fase que perdura no tempo ate que o agente cumpra o dever de fazer cessar o estado antijurídico causado. A violação do bem jurídico prolonga-se no tempo enquanto perdura a resolução criminosa isto é, a execução persiste no tempo porque o agente voluntariamente mantém a situação antijurídica. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Face a esta configuração do tipo de ilícito, a questão suscitada pela Vatel a propósito da aplicação *in casu* da Lei 18/2003 ou do Dec.lei 371/93 de 29 de Outubro não tem pertinência. ---

Como já se frisou, a Lei 18/2003 veio revogar a anterior legislação da concorrência consagrada no Dec.lei 370/93, no qual o ilícito ora previsto no art. 4º era caracterizado do seguinte modo *São proibidos os acordos e práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional ...*

Na sua essência o tipo de ilícito é o mesmo já que a proibição é idêntica (a única diferença resulta de um plus exigido pela nova lei: que o acordo/prática impeça, falseie ou restrinja de forma sensível a concorrência). Ora as arguidas são acusadas de ter cometido uma infracção que teve o seu início em 1997, isto é, numa altura em que estava em vigor o Dec.lei 371/93, e que teve o seu fim em Janeiro de 2005, data em que estava em vigor a Lei 18/2003 (que entrou em vigor no dia 16 de Junho de 2003). A infracção teve pois início quando vigorava um diploma e teve o seu fim já na vigência do outro diploma. ---

De acordo com a acusação, uma vez que a conduta das arguidas se prolongou durante a vigência da lei nova (18/2003), tendo, as arguidas, no seu domínio continuado a praticar todos os actos integradores do tipo, a consumação do ilícito foi-se dando ao longo de todo o tempo até à data da cessação. Assim, uma vez que a actual lei da concorrência entrou em vigor "antes de esgotada a última possibilidade de intervenção juridico-penalmente adequada" (Taipa de Carvalho, in Sucessão de Leis Penais, Cª Editora, 1990, p. 62) é esta que se aplica e é relativamente a esta que a conduta das arguidas se tem de subsumir.----

Para que se possa concluir que uma determinada prática viola o art. 4º, e tendo em consideração a acusação imputada às arguidas, há que apurar: ---

- se foi encetada por uma empresa tal como definida na lei da concorrência e se, por conseguinte, está sujeita ao regime da concorrência; ---
- se foi celebrado um acordo entre duas ou mais empresas; ---
- qual o mercado relevante; ---
- se o acordo em questão tem por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência no todo ou em parte do mercado relevante. ----

Passemos então à análise de cada um destes elementos do tipo. ---

*

a) Da aplicabilidade do regime da concorrência à arguida

De harmonia com o disposto no art. 1º, nº 1, o regime legal da concorrência é *aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente*



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo. A noção de empresa é-nos dada pelo art. 2º: 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 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). ---

As quatro arguidas são sociedades comerciais, umas sob a forma de sociedade anónima, outras sob a forma de sociedade por quotas, todas elas exercendo a sua actividade no âmbito da extracção e comercialização do sal, actividade que perseguem com fins lucrativos. São, pois, todas elas, empresas para efeitos da lei da concorrência, não ficando a Salmex excluída dado que, tendo embora sido declarada insolvente mas não resultando dos autos que se encontra encerrada a fase de liquidação, mantém a sua personalidade jurídica (só com o encerramento da liquidação e o subsequente registo a pessoa jurídica se extingue - arts. 146º, nº 2 e 160º, nº 2, ambos do Cod. Soc. Comerciais). --- ---

Assim, as quatro arguidas são empresas para efeitos do art. 4º e, por conseguinte, é-lhes aplicável o regime da concorrência. ---

*

b) Da existência de um acordo entre empresas

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, quer sejam celebrados entre empresas concorrentes, ou seja, situadas no mesmo estágio de produção ou da cadeia de distribuição (acordos horizontais) quer sejam celebrados entre empresas situadas em diferentes estádios da 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 expresso ou tácito, simétrico ou assimétrico. --

No caso dos autos ficou provado que as quatro arguidas, em data não apurada do ano de 1997, anterior a Outubro, decidiram estabelecer entre si um acordo no mercado de distribuição de sal refinado, higienizado e distribuído para fins industriais e alimentares. Esse acordo passava pela repartição e manutenção das respectivas quotas de mercados relativas, que foram fixadas, com base no histórico das vendas relativas aos três últimos anos, nas proporções identificadas no facto



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

dado como provado sob o nº 26, e pela instituição de um sistema de compensações para o caso de alguma delas ganhar quota de mercado relativamente às outras. Tal compensação era efectuada através de dinheiro ou encomendas feitas à empresa que estivesse a vender menos. Tal como sucedeu com as quotas, também o valor da compensação a pagar por Kg. foi definido pelas quatro empresas (nos termos dos factos dados como provados sob os nºs 49 e 50). -----

Ficou ainda provado que, pelo mesmo acordo, as arguidas combinaram um sistema de fixação de preços mínimos de venda do sal, sem que tenham fixado qualquer sistema de compensações para o caso de alguma das empresas não respeitar os preços, bem como um sistema de repartição de clientela que as levava a decidir entre si qual ou quais apresentariam propostas de fornecimento a determinados clientes. ---

A partir da referida altura as arguidas começaram a reunir-se periodicamente, trocando entre si a informação relativa aos volumes de vendas mensais e a Salexpor informava as restantes arguidas, através de mapas, da evolução do volume total das vendas das arguidas e suas concretas repartições entre si. Trocavam ainda entre si informação relativa aos volumes de vendas para a grande distribuição, a preços, clientes e concorrentes, promoções e apresentações de produto. ---

Nessas reuniões as arguidas discutiam e acordavam sobre os preços por elas a praticar do Sal destinado a consumo industria! ("família 1") e do Sal destinado à distribuição e comércio alimentar, incluindo grandes superfícies ("família 2")

As reuniões visavam ainda acompanhar e verificar o cumprimento mútuo do acordado, designadamente quanto à repartição e fixação das suas quotas de mercado, e com o propósito de verificarem se as compensações e penalizações entre elas acordadas eram suficientes. ---

As arguidas procediam anualmente à compensação dos desvios face às quotas de mercado acordadas, sendo que, aquela(s) cujas vendas totais houvessem excedido a(s) sua(s) quota(s) estipulada(s) no acordo compensava(m) as restantes, recorrendo ou à emissão e envio de notas de débito àquela(s) que excedeu(eram) a(s) sua(s) quota(s) pelo valor das compensações ou à colocação, por aquela(s) que excedeu(eram) a(s) sua(s) quota(s) nas restantes, de encomendas de Sal no valor da(s) compensação (ões), tendo as arguidas apurado o valor de compensações referido no facto dado como provado sob o nº 31). ---

Desde 1997 e até ao final do ano de 2004 as arguidas foram revendo os preços e a praticar bem como o valor das compensações, tendo a partir de 2003 deixado de atribuir compensações no sal em saco da família 1. ---

Face a esta facticidade é forçoso concluir que as quatro arguidas celebraram um acordo, que vigorou entre pelo menos Outubro de 1997 e Dezembro de 2004, que tinha por objecto fixar e manter as suas quotas de mercado relativas no âmbito da comercialização de sal refinado, higienizado e distribuído para fins industriais e



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, N° 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

alimentares, fixar preços mínimos a praticar pelas quatro e repartir entre si clientela, deixando de concorrer directamente nas grandes superfícies. ---

Celebraram, pois, as arguidas, um acordo (horizontal dado encontrarem-se as quatro empresas no mesmo estágio da cadeia de produção/distribuição) relevante para efeitos de aplicação da Lei da Concorrência, dado que se obrigaram a uma determinada prática e em simultâneo eliminaram a incerteza do comportamento umas das outras, acordo esse que foi sendo objecto de alterações ao longo da sua execução. ---

*

c) Do mercado a considerar

A definição do mercado é um passo essencial para determinação da infracção dado que ela existe sempre por referência a um dado mercado. 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).

O mercado de produto identifica o bem ou serviço em causa e é constituído pelo conjunto de produtos intersubstituíveis tanto na óptica da procura como da oferta.

No caso dos autos não há qualquer dúvida que estamos perante o mercado do sal refinado, higienizado e distribuído para fins industriais e alimentares. ---

O mercado geográfico apura-se tendo em consideração a zona territorial em que os produtores ou os vendedores de um dado bem ou serviço concorrem em condições homogéneas. ---

Em termos geográficos o mercado a considerar é o território nacional dado ter ficado provado que não existe qualquer tipo de barreiras que impeça as arguidas de actuar em todo o território nacional, sendo certo que a tal não obsta, dada a dimensão do território nacional continental, o custo do transporte do sal. ---

*

d) Da existência de uma decisão que tenha por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Quando é que um acordo ou uma decisão têm por objecto ou por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência? ---

O preceito em análise refere que a infracção se considera cometida desde que o acordo, a decisão ou a prática 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/decisão/prática tenha por efeito restringir a concorrência, basta que tenha por objecto essa restrição. Assim, são considerados violadores da concorrência quaisquer acordos, decisões ou práticas que, por elas mesmas ou pelos seus efeitos, sejam limitativas da liberdade dos agentes económicos. ---

Significa isto que não está em causa uma infracção de dano mas sim de perigo: basta que o bem jurídico seja posto em perigo, ou seja, basta a possibilidade de lesão para que a infracção se considere cometida. ---

Impedir a concorrência implica a supressão absoluta da mesma, *i.e.*, a concorrência pura e simplesmente deixa de existir. Restringir a concorrência significa que a mesma continua a existir mas em moldes diversos dos normais, *i.e.*, a concorrência diminui. Falsear a concorrência implica uma alteração das condições normais do mercado, *maxime* das condições de troca próprias das estruturas de mercado. ---

Assim, são consideradas violadoras da concorrência quaisquer acordos, decisões ou práticas que, por elas mesmas ou pelos seus efeitos, sejam limitativas da liberdade dos agentes económicos.

Mas não podemos deixar de considerar que o legislador consagrou a regra *de minimis*: o acordo só é proibido se a limitação introduzida às regras da concorrência for significativa, ou seja, os acordos de menor importância beneficiam de uma isenção genérica – é este o significado da expressão *restringir de forma sensível* inserta no art. 4º. ---

No caso *sub iudice* está em causa um acordo pelo qual as arguidas não só fixaram as suas quotas relativas no mercado relevante, estabelecendo um sistema de compensações para o caso de alguma ultrapassar a sua quota, como fixaram preços mínimos a praticar pelas quatro no mesmo mercado e acordaram na repartição entre si de clientela. ---

Ao repartirem entre si o mercado, mesmo que considerando apenas as suas posições relativas, ao fixarem os preços mínimos a praticar e ao repartir clientela, as arguidas estão, obviamente, a interferir com o regular funcionamento do mercado. --

A fixação dos preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respectivo cliente, não havendo qualquer justificativo para que seja imposto (por uma entidade terceira que não está inserida no circuito prestador/comprador) ao primeiro e, conseqüentemente, também ao segundo. A fixação do preço deve resultar apenas e tão só do livre jogo do mercado, tendo



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

embora que respeitar certas regras e princípios, regras essas que visam regular o funcionamento do mercado e não colocar-lhe entraves e introduzir-lhe distorções. Ora o acordo celebrado pelas arguidas, pelo seu próprio objecto, interfere com o regular funcionamento do mercado na medida em que influencia necessariamente a formação da oferta e da procura (sendo o factor "preço" decisivo neste binómio oferta/procura) e que elimina a incerteza do comportamento de empresas concorrentes. --

Por seu turno fixar quotas de mercado relativas, fixar compensações para o caso de se excederem as mesmas e repartir clientes é limitar a liberdade negocial de cada um, interferir nas políticas comerciais de cada um, o que se reflecte necessariamente no mercado globalmente considerado, diminuindo a concorrência, atribuindo às empresas posições relativas artificiais e estabelecendo preços artificiais não ditados em função dos custos. ---

Significa isto que o acordo celebrado entre as arguidas é um acordo que tem por objecto restringir e falsear de forma sensível a concorrência. E será esta restrição sensível? É certo que sim. Mesmo não se tendo apurado a posição das arguidas no mercado, analisando os seus volumes de vendas constata-se que, em conjunto, têm seguramente peso no mercado nacional e que, ao unirem-se as quatro num acordo deste tipo, produziram necessariamente distorções no mercado pelo menos ao nível da oferta. ---

Defendem-se as arguidas dizendo que os preços do sal não aumentaram em função do acordo e que continuou a haver concorrência no mercado. é certo que quanto aos preços não se provou que tenha havido aumento. Mas tal não é relevante dado que para apurar e concluir que um acordo tem por objecto restringir e falsear a concorrência não temos que atender aos efeitos concretos do acordo. ---

Por outro lado, é certo que se provou que continuou a haver concorrência (continuou a haver importações de sal e havia pelo menos dois outros agentes no mercado da comercialização e distribuição de sal), mas tal é irrelevante. Para além de não se cuidar aqui de apurar os efeitos do acordo, não é imputada às arguidas a celebração de um acordo que teve por objecto impedir a concorrência, mas sim de um acordo que a restringiu e falseou. ---

Pretendem as arguidas que celebraram o acordo com o objectivo de se defender contra as práticas comerciais das grandes superfícies, estando em causa uma verdadeira situação de abuso de dependência económica. ---

O abuso de dependência económica é, em si mesmo, uma violação das regras da concorrência, que se encontra enunciada no art. 7º: *É proibida, na medida em que seja susceptível de afectar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.* ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

A este propósito apenas se provou que as arguidas, ao celebrar o acordo, tinham como objectivo, entre outros, unir forças contra os grandes distribuidores que impõe as suas próprias condições, incluindo tectos de preços. ---

Sucedede que, para além do acordo ser muito mais abrangente do que a venda às grandes superfícies, este facto só por si é insuficiente para que se possa concluir que havia por parte das grandes superfícies abuso de dependência económica. Como não se provou qualquer outro facto relativo a esta matéria, que aliás também não foi concretamente alegado, a argumentação das arguidas é improcedente no que toca à invocação deste abuso como causa justificativa do acordo. ---

Aliás, o acordo só se poderia considera justificado ao abrigo do art. 5º que prevê os casos em que podem ser consideradas justificadas as práticas restritivas. Porém, não tendo ficado demonstrado que este acordo contribuiu para melhorar a produção ou distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico, o mesmo não está abrangido pelo art. 5º. Logo, o acordo em apreço não pode considerar-se justificado. Independentemente de qual foi o objectivo que presidiu à celebração do acordo e de quais os interesses que as arguidas visavam prosseguir, o certo é que nunca se pode considerar serem esses interesses legítimos já que, a partir do momento em que se violam disposições legais, no caso as regras da concorrência, os interesses prosseguidos deixam de ser legítimos.---

*

e) Forma de comparticipação

Nos termos do disposto no art. 16º do RGCOC *Se vários agentes participam no facto, qualquer deles incorre em responsabilidade por contra-ordenação mesmo que a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependam de certas qualidades ou relações especiais do agente e estas só existam num dos participantes.* ---

Uma das formas de comparticipação possível é a co-autoria. Esta existe quando mais do que um agente toma parte directa na execução de um facto ilícito, “por acordo ou juntamente com outro ou outros”. Para que exista comparticipação na forma de co-autoria é essencial haver tanto uma decisão (acordo que tanto pode ser expresso como tácito) como uma execução conjuntas (art. 26º do Cod. Penal e 16º do RGCOC).--

Nas palavras de Eduardo Correia, estaremos perante a figura da co-autoria quando o agente “por acordo e conjuntamente com outro ou outros, tome parte imediata na execução de um crime (...) O elemento novo e mais importante aqui é precisamente o do acordo - ao menos na forma mínima de uma «consciência e vontade de colaboração» de várias pessoas na realização de um crime.” (in Direito Criminal II, 1988, p. 253). Neste sentido Ac. STJ de 18 de Julho de 1984, BMJ 339, p. 276.---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

No caso dos autos ficou provado que a iniciativa do acordo pertenceu à Salexpor, e que na sequência dessa iniciativa as quatro arguidas se reuniram, e conjuntamente, decidiram celebrá-lo: todas elas participaram nas várias reuniões, acordaram na repartição de clientes, na fixação e manutenção das quotas, na fixação dos preços e nos montantes das compensações a pagar; monitorizaram ao longo do tempo o seu funcionamento e foram-lhe introduzindo alterações. ---

É, pois, indiscutível que todas as arguidas participaram quer na decisão quer na execução do acordo. Agiram, pois, em co-autoria. ---

*

f) Do elemento subjectivo do tipo

As arguidas vêm acusadas de ter actuado livre, consciente e voluntariamente, conhecendo a norma infringida e tendo representado e querido a prática da infracção. Ou seja, embora não o qualifique juridicamente, entende a AdC que as arguidas agiram com dolo directo e que tiveram consciência da ilicitude. ----

No caso de comparticipação, *Cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes* (art. 16º, nº 2, do RGCOC). ---

Às arguidas vem imputada a prática do ilícito a título de dolo directo. *Age como dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actua com intenção de o realizar* (art. 14º Cod. Penal). ---

Na sua essência o dolo directo traduz-se no conhecimento e vontade de realização de um tipo legal (elemento cognitivo e volitivo), a que acresce a intenção de o realizar (elemento emocional). ---

Ficou provado que as arguidas, todas elas, quiseram celebrar o acordo que celebraram. Que todas elas sabiam que um acordo de fixação de preços, repartição de quotas de mercado e de clientela, é um acordo que restringe a concorrência e que, enquanto tal, é proibido por lei. Que mesmo conhecendo a proibição as arguidas quiseram celebrar o acordo. ---

Está, pois, demonstrado que todas as arguidas agiram com dolo directo. ---

*

A Salexpor vem alegar que não lhe pode ser imputada a prática da contra-ordenação por a sua conduta não ser censurável dado ter actuado em estado de necessidade. Invoca a este propósito o disposto nos arts. 34º e 35º do Cod. Penal. ---

Há que referir que, não obstante a arguida apelar quer ao art. 34º quer ao 35º, do Cod. Penal, a situação tal como a apresenta só no art. 35º se poderia enquadrar. O que diz a arguida é que o acto não lhe é censurável. Ora é o estado de necessidade desculpante, previsto no a. 35º, que exclui a culpa. No artigo 34º está consagrada uma realidade diversa: trata-se do direito de necessidade que exclui a ilicitude. Face à argumentação da arguida parece claro que se está a referir ao estado de necessidade desculpante e não ao direito de necessidade. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Ora o estado de necessidade desculpante só exclui a culpa se o acto ilícito for praticado para afastar um perigo que ameace direitos da pessoa humana (à vida, à integridade física, à honra ou à liberdade). Se os bens jurídicos ameaçados forem outros, não há exclusão da culpa, o que pode é a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente o agente ser dela isento (cfr. art. 35º, nº 1 e 2). ---

Significa isto que no caso, estando em causa, na perspectiva da arguida, a subsistência económica das sociedades, é manifesto que os bens supostamente ameaçados são bens patrimoniais pelo que nunca se poderia considerar que as arguidas agiram sem culpa. Apenas poderia ter lugar a atenuação especial da coima.

Sucedede que a argumentação da arguida não é procedente. O único argumento invocado para sustentar esta defesa foi o de que a celebração do acordo terá sido ditada unicamente por uma atitude defensiva com "vista a parar a hemorragia dos resultados negativos que vinham sendo sentidos, pelas empresas do sector", empresas que "estavam à beira do abismo, em vias de soçobrar economicamente". --

Ora dificilmente poderemos considerar que nestes suas expressões está alegado um qualquer facto concreto e muito menos que tenha ficado provado algum facto que se pudesse considerar insito nesta argumentação. O único facto provado que aqui podia ter algum relevo é o que se prende com a circunstância de um dos objectivos do acordo ter sido o de unir forças contra as grandes superfícies que impunham aos fornecedores determinadas condições. ---

Mas, este facto, por si só, não basta para considerar que havia um qualquer perigo actual e não removível de outro modo, que afectasse de tal modo a subsistência das arguidas que não se poderia esperar destas uma actuação diversa. A possibilidade de actuação diversa é evidente e resulta desde logo do facto de as arguidas não serem as únicas a actuar no mercado em questão. Havia e há outras empresas, suas concorrentes, que não fizeram parte do acordo e que não consta que tenham sido declaradas falidas ou insolventes. Ou seja, a celebração de um acordo ilícito não está minimamente justificada pelo facto de as arguidas sofrerem pressões por parte da grande distribuição. ---

Não há, pois, qualquer situação de estado de necessidade desculpante. ---

*

g) Da violação do art. 81º do Tratado

Tendo-se concluído que a conduta das arguidas viola o disposto no art. 4º, nº 1, da Lei 18/03 há agora que apurar se a mesma também é violadora do art. 81º do Tratado UE.---

Dispõe o citado art. 81º, nº 1, que *São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre o Estados membros e que tenham por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.* ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Conforme resulta directamente da norma em análise, pressuposto da sua aplicação é que a decisão violadora das regras da concorrência afecte o comércio entre os Estados membros, ou seja, que tenha ou possa ter um impacto nas actividades económicas de pelo menos dois Estados-Membros, interferindo na sua estrutura concorrencial. Demonstrados estes requisitos haverá ainda que analisar se tal impacto afecta de forma sensível essas mesmas actividades económicas. ---

Para ajudar a definir e a uniformizar a interpretação e o alcance que deve ser dada a esta noção, a Comissão emitiu uma comunicação com a epígrafe “Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre Estados-Membros previstos nos artigos 81º e 82º do Tratado” (JO nº C 101, de 27 de Abril de 2004). Por esta comunicação ser bastante clara passa a transcrever-se parte do seu conteúdo. ---

“O critério de afectação do comércio circunscreve o âmbito de aplicação dos arts. 81º e 82º a acordos e práticas abusivas susceptíveis de ter um nível mínimo de efeitos transfronteiriços na Comunidade. Segundo o Tribunal de Justiça, a possibilidade de o acordo ou prática afectar o comércio entre os Estados-membros deve ser “sensível”. (...) Decorre da formulação dos arts. 81º e 82º e da jurisprudência dos tribunais europeus que, na aplicação do critério de afectação do comércio, deve ser prestada especial atenção a três elementos: a) O conceito de “comércio entre os Estados-Membros”, b) A noção de “susceptível de afectar” e c) O conceito de “carácter sensível”. ---

A propósito do primeiro dos referidos conceitos (comércio entre os Estados-Membros), a comunicação refere que “o conceito de “comércio” não se limita às tradicionais trocas transfronteiriças de bens e serviços. Trata-se de um conceito mais amplo, que cobre toda a actividade económica transfronteiriça. (...) O requisito de afectação (...) implica que deve haver um impacto nas actividades económicas transfronteiriças que envolva, no mínimo, dois Estados-Membros. (...) A aplicação do critério da afectação do comércio é independente da definição dos mercados geográficos relevantes. (...)”. ---

Sobre o segundo conceito (susceptível de afectar), diz-se que com o mesmo se pretende “definir a natureza do impacto necessário no comércio entre os Estados-membros. De acordo com o critério de base desenvolvido pelo Tribunal de Justiça, a noção de “susceptível de afectar” implica que deve ser possível prever, com um grau de probabilidade suficiente com base num conjunto de factores objectivos de direito ou de facto, que o acordo ou a prática pode ter uma influência, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros. (...) Nos casos em que o acordo ou a prática é susceptível de afectar a estrutura concorrencial no interior da comunidade, a aplicabilidade do direito comunitário fica estabelecida. (...) A avaliação da afectação do comércio baseia-se em factores objectivos. Não é necessária uma intenção subjectiva por parte das



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

empresas em causa.... Não há qualquer obrigação ou necessidade de calcular o volume efectivo de comércio entre os Estados-Membros afectados pelo acordo ou prática". ---

Relativamente ao terceiro elemento – de forma sensível – é o elemento que introduz a exigência de o acordo assumir alguma magnitude, ficando excluídos "os acordos e práticas que, devido à fraca posição das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa, afectam o mercado de forma não significativa. O carácter sensível pode ser apreciado, nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa.". ---

Ora como resulta da própria comunicação, a conclusão de que estamos perante uma actividade que afecta de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros é casuística e tem de se extrair de factores objectivos que demonstrem o "impacto nas actividades económicas transfronteiriças" e que permitam "prever, com um grau de probabilidade suficiente com base num conjunto de factores objectivos de direito ou de facto, que o acordo ou a prática pode ter uma influência, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros". ---

Entendeu a Autoridade que actuando as arguidas em todo o território nacional, constituindo este uma parte substancial do mercado comum, representando em conjunto entre 75% a 90% das vendas, o acordo, pela sua própria natureza, tem por efeito criar rigidez do mercado nacional ao nível da oferta, consolidar barreiras de carácter nacional e possibilitar ou reforçar a segmentação dos mercados numa base nacional, dificultando a integração económica pretendida pelo Tratado, ou seja, afecta o comércio intracomunitário. ---

Como se referiu a conclusão de que o acordo afecta o comércio entre Estados-Membros tem que se extrair de factos objectivos e, acrescente-se, devidamente descritos e provados. Sucede que não ficaram provados os necessários dados objectivos que permitam concluir que o acordo é susceptível de afectar, de forma sensível, o comércio entre Estados-membros. A acusação teria que ter demonstrado, factualmente, que o acordo celebrado pelas arguidas tem por efeito consolidar barreiras de carácter nacional e possibilitar ou reforçar a segmentação dos mercados numa base nacional, o que não fez. ---

Nas orientações da Comissão sobre o conceito de afectação refere-se que ao critério de afectação depende essencialmente da consideração de três factores: natureza do acordo, natureza dos produtos e posição e importância das empresas em causa, relacionando-se este último com a apreciação do carácter sensível. ---

Sendo um acordo celebrado entre empresas nacionais, o mesmo não é um acordo que, pela sua própria natureza, seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros (dado que as empresas envolvidas pertencem todas ao mesmo Estado e o acordo não incide sobre importações e exportações). O produto em causa



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

é o Sal, não tendo ficado demonstrado que o sal, pela sua própria natureza, seja um produto adequado ao comércio transfronteiriço ou importante para qualquer empresa que pretenda expandir para Portugal a sua actividade. Significa isto que o peso das empresas no mercado tinha aqui uma importância crucial. ---

Este requisito pode ser determinado em função das quotas de mercado das empresas ou do seu volume de negócios. O único facto concreto em que a AdC sustenta a sua argumentação é o de as arguidas representarem 75% a 90% das vendas no território nacional (ou seja, a AdC afere da afectação a partir das posições de mercado). Olvidou porém a AdC que era a si (e ao Ministério Público), enquanto entidade acusadora, que incumbia fazer essa prova, prova que, diga-se aliás, não é de difícil produção (sobre o modo como este elemento pode ser obtido cfr.

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). A AdC, com base num documento não identificado nem minimamente certificado que apreendeu nas buscas que realizou na sede da Vatel (doc. fls. 710), e que nem sequer incluía quaisquer percentagens das arguidas relativas ao mercado da indústria, entendeu que não necessitaria de realizar qualquer diligência suplementar destinada a confirmar os dados que dele constavam relativos ao sector alimentar e a apurar os dados relativos ao sector indústria, isto é, destinada a apurar as quotas reais de mercado das arguidas. ---

Mal andou a AdC já que o elemento em causa, porque essencial para subsunção da actuação das arguidas ao tipo (art. 81º do Tratado), não poderia de ânimo leve ser dado como assente. Ao não diligenciar pela realização de um qualquer tipo de estudo ou investigação para apurar o peso de cada uma das arguidas no mercado, sendo certo que foi esse o único facto objectivo em que baseou a imputação da afectação do comércio intracomunitário, a AdC ditou o destino desta acusação: improcedência. É que se para apurar da afectação da concorrência a nível nacional, no caso concreto, atender ao volume de negócios das arguidas é um elemento com peso significativo, dado o concreto mercado em questão e a realidade económica nacional, já para apurar a afectação da concorrência a nível intracomunitário os montantes em causa não são, por si só, suficientes e relevantes, são meramente indicativos e nada mais do que isso. ---

Aliás, quanto ao volume de negócios, a própria Comissão fixou como montante de referência a considerar para este efeito € 40 milhões (volume de negócios relativo aos produtos objecto do acordo): se as empresas tiverem um volume de negócios igual ou superior a esse montante, há uma presunção ilidível de que os efeitos no comércio são sensíveis (ponto 53 da Comunicação sobre o



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

conceito de afectação do comércio). Não se sabendo qual a posição no mercado das empresas envolvidas, e ascendendo o total do seu volume de negócios relativo ao mercado do sal a um montante inferior aos referidos € 40 milhões (já que se provou que do volume total de negócios da Salexpor só uma percentagem de cerca de 10% diz respeito ao produto objecto do acordo), o acordo em causa não se pode considerar à partida como um acordo que afecta de forma sensível o comércio intracomunitário, nem o Tribunal tem elementos que lhe permitam concluir que há grande probabilidade de o acordo vir a afectar o comércio entre mais do que um estado. ---

Face a todo o exposto, entende o tribunal que não ficou provado que o acordo celebrado pelas arguidas seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros pelo que não podem as arguidas ser condenadas por violação do art. 81º do Tratado. ---

*

3.5 - Da escolha e medida da sanção a aplicar

Nos termos do disposto no art. 43, nº 1 al. a), a violação do disposto no art. 4º, *Constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas parte na infracção, 10% do volume de negócios do último ano.* ---

A arguida Salexpor veio suscitar a questão de a Autoridade ter estabelecido a moldura abstracta da coima tendo em atenção o seu volume total de negócios quando deveria ter atendido apenas ao seu volume de negócios relativo à comercialização de sal. Acrescenta que se assim não se entender, a sua postura colaborante será "completamente postergada". ---

Não lhe assiste, porém, razão. O art. 43º, nº 1, al. a), faz depender o montante máximo da moldura abstracta aplicável do "volume de negócios do último ano". O legislador não introduziu qualquer elemento que permita restringir o volume de negócios a atender nem do artigo no seu todo se pode retirar qualquer indício de que o legislador quis restringir, para efeitos de conformação da moldura penal abstracta, o volume de negócios ao que esteja directamente relacionado com a prática ilícita. Consequentemente, e porque nada permite concluir que o legislador se expressou incorrectamente ou que quis consagrar algo diferente do que consagrou, não pode o intérprete presumir que o legislador foi mais além do que pretendia e fazer uma interpretação correctiva desta norma. Ou seja, não pode interpretar-se o art. 43º, nº 1, al. a) no sentido de que o mesmo se refere ao volume de negócios do produto que estiver em causa na concreta infracção. ---

Diz a arguida que a ser assim a sua postura colaborante ficará "completamente postergada". Sucede que não há qualquer relação entre estas duas realidades. De um lado temos o volume de negócios que é determinante para fixar a moldura abstracta aplicável. De outro lado temos a alegada conduta colaborante que



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

é considerada como circunstância atenuante na fixação da moldura concreta da coima. Em suma, as circunstâncias atenuantes só surgem quando se ultrapassou o primeiro momento (de fixação da moldura abstracta), e não podem, nesta primeira fase interferir ou relevar. Assim, oportunamente, será considerado, como atenuante, a sua postura colaborante, assim como será também devidamente considerado o facto de o seu volume de negócios relativo ao mercado do sal ser outro que não o seu volume total de negócios. ---

No exercício de 2004 o volume de negócios das arguidas foi de: ---

- Vatel: € 10.893.442,53; ---
- Salexpor: € 45.069.497,64; ---
- SAHS: 3.017.725,85; ---
- Salmex: desconhecido. ---

Relativamente à arguida Salmex, sendo desconhecido o seu volume de negócios temos de recorrer à regra geral prevista no art. 17º, nº 3, do RGCOG, nos termos do qual as coimas aplicáveis às pessoas colectivas podem elevar-se, em caso de dolo, até ao montante máximo de € 44.891,81. ---

Significa isto que a moldura abstracta aplicável às arguidas estas arguidas tem os seguintes limites máximos (10% do volume de negócios): ---

- Vatel: € 1.089.344,25; ---
- Salexpor: € 4.506.949,76; ---
- SAHS: 301.772,58; ---
- Salmex: 44.891,81. ---

Quanto ao limite mínimo nada é dito, pelo que, nos termos do art. 17º, nº 1, do RGCOG, o mínimo abstracto aplicável é de € 3,74 . ---

Com base nesta moldura abstracta (excepto no que concerne à Salmex que não resulta da decisão qual o máximo que foi considerado abstractamente) a AdC aplicou às arguidas as seguintes coimas: ---

- Vatel: € 544.672,00; ---
- Salexpor: € 225.347,00; ---
- SAHS: 109.149,00; ---
- Salmex: 31.560,00 ---

Cabe agora apurar se, face aos elementos a considerar na fixação da moldura concreta da pena, devem as coimas aplicadas pela AdC ser mantidas ou se, pelo contrário, há circunstâncias a considerar que levem a uma diminuição desses montantes. ---

De referir que, vigorando aqui o princípio da proibição da *reformatio in pejus* (art. 72ºA, nº 1, do RGCOG), o Tribunal não pode condenar as arguidas em coima superior à que foi aplicada na decisão recorrida. Tal não significa, porém,



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

que na concreta ponderação dos factores relevantes para a determinação da coima, o Tribunal não possa valorar determinados factos como circunstâncias agravantes, mesmo que como tal não tenham sido valorados na decisão recorrida. O que o Tribunal não pode é, a final, condenar em coima superior à aplicada pela Autoridade. ---

Passemos então à determinação da medida concreta da coima, tendo em consideração que *Cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes.* (art. 16º, nº 2, do RGCOG). ---

Dispõe o art. 44º que as coimas são fixadas tendo em consideração, entre outras, as seguintes circunstâncias:-

- a gravidade da infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional; ---

- as vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infracção; ---

- o carácter reiterado ou ocasional da infracção; ---

- o grau de participação na infracção; ---

- a colaboração prestada à autoridade, até ao termo do procedimento administrativo; ---

- o comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência. ---

Por seu turno o art. 18º do RGCOG (aplicável face à remissão do art. 22º do e porque o próprio art. 44º esclarece que as circunstâncias nele previstas deverão ser, entre outras, consideradas, de onde resulta que nele não estão incluídos todos os elementos a considerar na determinação da medida concreta da coima) acrescenta que na determinação da coima há que considerar ainda:

- a culpa; ---

- a situação económica do agente; ---

*

Todas as arguidas nas respectivas alegações de recurso, pugnam pela alteração da coima concreta aplicada, demonstrando o seu desacordo face aos critérios a que a autoridade atendeu e às valorações que fez de determinados factos.

Dada a extensão das impugnações nesta matéria, especialmente da arguida Vatel, ir-se-á analisar cada um dos factores relevantes e determinar, em relação a cada um, se funcionam como circunstância atenuante ou agravante.

• Da gravidade da infracção

Sobre a gravidade da infracção diz a AdC que consistindo o acordo celebrado pelas arguidas numa restrição horizontal de tipo cartel de repartição de



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

quotas de mercados, de fixação de preços e de repartição de clientela, o mesmo afecta o bom funcionamento do mercado, dele resulta um dano para os consumidores na medida em que há uma redução da concorrência no mercado e uma estabilização faseada dos preços do sal. Conclui, pois, que está em causa uma infracção de elevado grau de gravidade. ---

Discorda a Vatel argumentando que o acordo não teve qualquer efeito sensível no mercado da distribuição de sal. Reconhece que o acordo, pelo seu objecto, abstracto, é grave mas já não o é quanto ao seu efeito. Do acordo não resultou qualquer grave e real dano para a concorrência por comparação com a situação que existira na ausência de acordo, sendo certo que não houve um aumento significativo de preços como resultado do acordo. ---

Da defesa da arguida Vatel parece resultar que a mesma entende que uma infracção só é de grau elevado de gravidade se tiver por efeito restringir, impedir ou falsear a concorrência, mas que se tiver por objecto essa mesma restrição já não poderá revestir-se de elevada gravidade. Não tem razão. Qualquer infracção ao art. 4º pode ser pouco grave, grave ou muito grave, quer seja uma infracção que tenha por objecto restringir, impedir ou falsear a concorrência quer seja uma infracção que tenha por efeito restringir, impedir ou falsear a concorrência. A apreciação da gravidade é casuística: perante uma qualquer infracção há que verificar em concreto o seu grau de gravidade. ---

A infracção cometida pelas arguidas tem por objecto restringir e falsear a concorrência. Do simples facto de quatro empresas concorrentes celebrarem um acordo com o âmbito do que o que as arguidas celebraram, interferindo necessariamente na oferta e influenciando a formação de preços, e de manterem esse mesmo acordo durante sete anos, decorre necessariamente a afectação do bom funcionamento do mercado: interferência no sistema de fixação de preços e na liberdade negocial em geral e redução da concorrência no mercado. A existência de distorções graves no mercado é, pois, um facto. ----

Considerando a natureza do acordo celebrado entre as arguidas, é manifesto que o mesmo produziu efeitos nefastos no mercado. A partir do momento em que as arguidas fixam preços mínimos estão a induzir os preços a níveis artificiais que não são ditados pelo binómio procura/oferta, como deverão ser num mercado a funcionar em condições normais de concorrência. Ao repartir clientes e não concorrer entre si, pelo menos no sector da grande distribuição, as arguidas induzem a rigidez do mercado, reduzem necessariamente a oferta no mercado, limitando a liberdade contratual do lado da procura. ---

Assiste, pois, razão, à AdC. A contra-ordenação praticada é muito grave dado terem as arguidas, empresas com alguma dimensão no mercado nacional, posto em causa valores fundamentais para a estrutura e funcionamento da economia, designadamente os valores da liberdade de formação da oferta e da



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

procura e de acesso ao mercado, por um lado, e de salvaguarda dos interesses dos consumidores, por outro, e de o terem feito por um período relativamente prolongado. É certo que não se provou que o acordo tenha tido efeitos ao nível dos preços nem no mercado de extracção do sal. Mas tal não retira a apontada gravidade à contra-ordenação. ---

Já a circunstância de não ter ficado provada a violação do art. 81º do Tratado terá de ser atendido em sentido favorável às arguidas, dado que a coima aplicada pela Autoridade tinha essa violação como pressuposto. ---

• Do benefício económico e do dano económico

A este propósito diz a AdC que um acordo como o que as arguidas celebraram provoca sempre danos na medida em que causam uma redução da oferta no mercado e mantêm níveis de preços supra competitivos e/ou artificiais. A quantificação destes danos requer a comparação entre o que as empresas terão usufruído no período de vigência do acordo e o que teriam obtido, durante esse mesmo período, caso o acordo não tivesse existido. ---

No caso em apreço, as arguidas instituíram um sistema de compensações donde resulta que a margem adicional unitária decorrente do acordo compensa, pelo menos, o montante unitário de indemnização que cada empresa se assegura a pagar no âmbito do sistema de compensações, ou seja, o benefício económico unitário equivale, no mínimo, ao montante de indemnização unitária previsto no acordo. ---

Entende a Autoridade que a lógica destas compensações visava expropriar e partilhar no seio do cartel o benefício acrescido resultante da venda acima de cada quota acordada, ou seja, numa remuneração equitativa pelos membros do cartel do ganho tomado custo de oportunidade de participação no mesmo e resultante de vendas acima das quotas acordadas. Assim, e sem entrar em linha de conta com outros danos económicos decorrentes do acordo, tais como a maior rigidez do mercado ou os prémios de risco e de incerteza não incorridos pelas arguidas, entende a Autoridade que o benefício económico mínimo obtido pela empresa que suporta as compensações equivale ao resultado da multiplicação do montante equivalente às indemnizações unitárias (por tonelada de sal) pelo seu volume de vendas, subtraindo as compensações. Quanto ao benefício económico mínimo das empresas que recebem as compensações, o mesmo equivale ao montante que lhe é devido pelas compensações. ---

Após expor o seu método de cálculo a AdC apresenta um gráfico (art. 245º) no qual conclui que as arguidas tiveram o seguinte benefício económico mínimo Vatel: € 2.251.165,00; Salexpor: € 1.861.147,00; SAHS: € 1.268.919,00 e Salmex: € 267.134,00. ---

Todas as arguidas contestam estes valores. A Salexpor diz que a Autoridade faz corresponder a margem de lucro transferida ao montante das compensações



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

quando esse montante era muito inferior para desmotivar as empresas a excederem as suas quotas de vendas e que mesmo quando recebiam as compensações as empresas ficavam prejudicadas pois perdiam quotas de mercado e os seus custos fixos aumentavam. Não indica a arguida qualquer método alternativo de cálculo de benefício económico. ---

A SAHS alega não ter tirado qualquer benefício do acordo mas antes grandes prejuízos resultantes da perda de quota de mercado. Não estava previsto qualquer acréscimo de lucros mas apenas a manutenção do nível de resultados das empresas em terreno positivo. As compensações justificavam-se pelo acréscimo de lucros resultante do excesso verificado nas quantidades vendidas comparativamente às quotas relativas inicialmente determinadas, pois, nesse caso, uma das empresas estaria a beneficiar em prejuízo de outra ou outras. As compensações limitaram-se a compensar, no interior do grupo. Aqueles que vendiam menos do que a sua quota relativa. Não indica a arguida qualquer método alternativo de cálculo de benefício económico ---

A Vatel começa por invocar a existência de uma discriminação no cálculo do benefício económico dado a Autoridade ter usado formas de cálculo diferentes para as arguidas que pagaram compensações e para as que receberam compensações, de onde decorre uma violação do princípio da igualdade. Continua invocando a falta de fundamentação da decisão recorrida no que a este ponto respeita uma vez que não é possível compreender os cálculos realizados nem verificar se foram efectivamente usadas na obtenção do benefício económico as fórmulas indicadas. ---

Quanto às fórmulas propriamente ditas, diz a Vatel que não se pode afirmar que o benefício económico equivale forçosamente ao valor da penalização estipulada já que tal penalização tinha unicamente um efeito dissuasor. Apenas é lícito pressupor que nenhuma das empresas teve benefícios económicos negativos por efeito da vigência do acordo. Consequentemente, e remetendo para um estudo que junta com as suas alegações, a arguida calcula o seu benefício económico mínimo em €315.489,00, dizendo que o mesmo é muito inferior ao das arguidas Salexpor e SAHS, não concretizando no seu articulado qual seja esse montante, remetendo de novo para o estudo que apresentou. Ainda sobre o cálculo da AdC refere que não pagou quaisquer compensações relativas ao ano de 2004 pelo que as quantias referentes a tal ano não podem ser consideradas para cálculo do benefício económico mínimo. ---

Por último diz a arguida que atento o mecanismo das compensações, a empresa que excede a quota não é a que mais beneficia. Ao exceder a quota o benefício económico pode ser totalmente consumido pela penalização paga. ---

Nas suas alegações a Autoridade defende a posição assumida na decisão recorrida e refuta a argumentação das arguidas nos termos que já constavam daquela decisão. --



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Apreciemos. ---

No que respeita à argumentação apresentada pela Salexpor e pela SAHS, a mesma é manifestamente improcedente. Quanto à Salexpor, desde logo não ficou provado que o objectivo da fixação das compensações era desmotivar as empresas de exceder as suas quotas relativas, nem tão pouco que os custos fixos das empresas aumentassem. Não podemos deixar aqui de ter em conta que para apurar o cálculo do benefício económico do acordo não há que considerar os custos de exercício das arguidas, ou seja, não há que atender designadamente, aos custos operacionais. ---

Quanto à defesa da SAHS não se pode dar credibilidade à alegação de que o acordo só lhe trouxe prejuízos. É por demais evidente e incontestável que nenhuma empresa se mantém durante sete anos num acordo se o mesmo não lhe trouxer qualquer benefício. Tal argumento é contrariado pela lógica, pelo bom senso, enfim, pelas mais elementares regras de experiência. Por outro lado a arguida entra em contradição quando refere, primeiro, que não estava previsto qualquer acréscimo de lucros mas apenas a manutenção do nível de resultados das empresas em terreno positivo, e acrescenta, depois, que as compensações justificavam-se pelo acréscimo de lucros resultante do excesso verificado nas quantidades vendidas comparativamente às quotas relativas inicialmente determinadas e que as compensações se limitaram a compensar no interior do grupo aqueles que vendiam menos do que a sua quota relativa. Daqui resulta que a própria arguida admite a existência de ganhos decorrentes do acordo. ---

Aliás a defesa destas duas arguidas peca pelo seu extremismo: ambas pretendem que se aceite que do acordo não resultou qualquer benefício económico, o que é obviamente insustentável. ---

Passemos então à argumentação da Vatel. ---

A Vatel começa por invocar a existência de uma discriminação no cálculo do benefício económico e a falta de fundamentação da decisão recorrida no que a este ponto respeita uma vez que não é possível compreender os cálculos realizados nem verificar se foram efectivamente usadas na obtenção do benefício económico as fórmulas indicadas. ---

Como se escreveu *supra* a decisão considera-se devidamente fundamentada quando permite ao arguido um conhecimento perfeito dos factos que lhe são imputados e das normas legais em que se enquadram. A fundamentação terá que ser tanto mais exaustiva quanto mais complexa for a questão em apreciação e, por isso mesmo, exigir explicações mais aprofundadas. ---

A questão do cálculo do benefício económico é de natureza económica. A AdC parte de duas premissas evidentes: a quantificação dos danos requer a comparação entre o que as empresas terão usufruído no período de vigência do acordo e o que teriam obtido, durante esse mesmo período, caso o acordo não



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

tivesse existido, por um lado, de um acordo tipo cartel resultam sempre benefícios económicos, por outro. ---

Partindo destes princípios a AdC explica com mediana clareza o método que utilizou: tendo no acordo sido fixado um sistema de compensações, o benefício económico mínimo obtido pela empresa que suporta as compensações equivale ao resultado da multiplicação do montante equivalente às indemnizações unitárias (por tonelada de sal) pelo seu volume de vendas, subtraindo as compensações. Já o benefício económico mínimo das empresas que recebem as compensações corresponderá ao montante que lhes é devido pelas compensações. ---

Sendo esta a fórmula base há que analisar se constam da decisão os factos que permitem efectuar os respectivos cálculos. No que concerne às arguidas que não excederam as suas quotas, a AdC alegou e provou o único elemento que considerou relevante: o montante das compensações que auferiram. Diversa é a situação no que respeita à arguida que pagou as compensações, ou seja, a Vatel. ---

Relativamente a esta, a primeira parte do cálculo da Autoridade consiste em multiplicar o montante equivalente às indemnizações unitárias pelo seu volume de vendas. Este exercício terá que ser efectuado ano a ano, ou seja, há que apurar o benefício económico que a arguida retirou do acordo durante cada ano em que o mesmo vigorou. Para tanto é necessário saber, em termos factuais, não só os sucessivos montantes fixados pelas arguidas a título de compensação unitária, montantes que constam dos autos, como também o volume de vendas da arguida em cada ano. ---

Podemos afirmar que os dois dados da equação constam da factualidade vertida na decisão recorrida? A resposta não pode deixar de ser negativa. Efectivamente, se a autoridade cuidou de especificar o montante de indemnização unitária acordado, não cuidou de especificar os volumes de vendas da arguida ao longo dos anos (com excepção do respeitante ao exercício de 2004). A Autoridade apresenta-nos um quadro com o valor do benefício anual das arguidas mas omitiu a inclusão de um outro quadro de onde constassem os seus valores de vendas anuais. -

Ora os elementos relativos ao volume de vendas são matéria de facto que tinha que constar da decisão e que ser provada em audiência, caso fosse contestada pelas arguidas, pois só assim as mesmas poderiam defender os seus direitos e o Tribunal poderia exercer a sua fiscalização. Não constando esses dados da decisão, não só as arguidas ficam impedidas de exercer o seu direito de defesa, já que não sabem quais os números em que a AdC se baseou, como o Tribunal fica impedido de avaliar a correcção dos cálculos efectuados. Face ao conteúdo da decisão nesta matéria, é possível conhecer o método utilizado pela Autoridade mas não é possível aferir se os cálculos foram correctamente efectuados e, por conseguinte, se os valores apontados estão correctos, dado que se desconhece os números que



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

sustentaram os cálculos e que terão sido utilizados para obter os resultados indicados. ---

Significa isto que, estando embora descrito o raciocínio da Autoridade, não estão descritos os dados factuais subjacentes a esse raciocínio e que são indispensáveis para apurar se os cálculos da AdC estão devidamente efectuados. ---

Assiste, pois, razão à arguida quando invoca que, nesta parte, a decisão recorrida não contém todos os elementos necessários. ---

Como se referiu supra, estando em causa uma falha respeitante à fundamentação de uma circunstância considerada agravante na determinação da medida da coima, a mesma não acarreta a invalidade da decisão recorrida mas apenas a desconsideração do concreto valor considerado pela AdC como benefício económico da arguida Vatel. ---

Daqui não resulta, porém, que não se possa considerar que a arguida retirou, do acordo, um benefício económico. Há que analisar os factos provados nos autos a fim de apurar se é possível quantificar, de outro modo, o seu benefício económico mínimo. Simultaneamente há que verificar se o cálculo do benefício económico mínimo relativo às outras arguidas está correcto. ---

Um acordo com as características do que as arguidas celebraram traz necessariamente benefícios para as empresas envolvidas. Desde logo as arguidas eliminaram a incerteza relativa aos seus concorrentes, que é característica do regular funcionamento do mercado, e o risco próprio da actuação no mercado em concorrência. ---

No caso concreto, as arguidas acordaram na fixação e manutenção das respectivas quotas relativas e estabeleceram um sistema de compensações a pagar por aquelas que excedessem a respectiva quota às que ficassem à quem da sua quota, compensação essa que passava pelo pagamento (não necessariamente em dinheiro) de um determinado montante por Kg. em excesso, montante esse que ficou estabelecido logo de início e que foi objecto de diversas alterações. ---

Pretender que este montante visava apenas dissuadir as empresas participantes no acordo de exceder a sua quota não é aceitável nem ficou provado. Aliás, se fosse esse o objectivo, então as partes teriam acordado valores substancialmente mais altos do que os que fixaram, pois resultou claro que estes não tinham qualquer efeito dissuasor já que a Vatel sistematicamente excedeu a sua quota (como resulta dos montantes que em anos sucessivos teve que pagar às outras arguidas a título de compensação). Ora a ser esse o objectivo, as arguidas Salexpor, SAHS e Salmex, apercebendo-se de que a Vatel excedia sistematicamente as suas quotas, teriam revisto o montante fixado para valores muito superiores ou teriam posto fim ao acordo, sendo certo que não fizeram nem uma coisa nem outra. ---

É, pois, evidente, que não foi esse o objectivo das arguidas. O que se pode concluir da factualidade apurada é que as arguidas quiseram assegurar um nível



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

mínimo de proveitos, entre si, assumindo que esses proveitos seriam suportados por aquela que mais conseguisse vender. Para tanto fixaram o valor da compensação num patamar tal que permitisse a quem tivesse de pagar as compensações obter, ainda assim, um ganho (isto porque estamos a falar de empresas, sociedades comerciais que, pela sua própria natureza, têm fins lucrativos e não filantrópicos ou de solidariedade social). ---

É, pois, seguro afirmar que entre o benefício económico mínimo e o montante da indemnização unitária há uma relação directa de causa e efeito. Ao calcular o montante da indemnização unitária mínima as arguidas tiveram em linha de conta que quem tivesse que suportar as compensações ainda assim iria obter um ganho-próprio. Logo, o benefício económico daquela que paga as compensações equivale, no mínimo, ao montante das compensações pagas. ---

Alega a Vatel que pode não ser assim, e que se é certo que, para quem recebe há uma correspondência directa entre o benefício e a compensação, já não é certo que assim seja para quem paga. Mesmo sem o acordo a arguida teria provavelmente aumentado a sua quota relativa de mercado e não teria pago quaisquer penalizações. O benefício económico neste caso pode ser totalmente consumido pela penalização paga. ---

Ora se esta situação hipotética é, em abstracto, admissível, no caso concreto ela não se verifica nem foi provada. Pelos motivos referidos *supra*, se a arguida se manteve durante sete anos num acordo que a obrigava a pagar anualmente às outras arguidas compensações em virtude de, por sistema, exceder as suas quotas, é porque o que pagava lhe permitia, ainda assim, obter ganhos num mercado em que a incerteza que lhe é característica estava fortemente limitada, por força do acordo celebrado, sendo certo que essa limitação não foi alheia aos ganhos obtidos. ---

Está assim demonstrado que o benefício económico que a arguida Vatel retirou do acordo equivale, no mínimo, ao montante das compensações que pagou às restantes arguidas. ---

Já relativamente às arguidas Salexpor, SAHS e Salmex, face a tudo o que vem dito, é manifesto que o respectivo benefício económico é equivalente, no mínimo, ao montante das compensações que receberam. ---

Diz a Vatel que ao calcular-se assim o benefício económico se está a efectuar uma discriminação ilegítima entre as arguidas e a violar o princípio da igualdade dado que se estão a usar fórmulas diferentes para calcular o benefício económico. Não lhe assiste, porém, razão. Pressuposto da violação do princípio da igualdade é que, injustificadamente, se tratem situações iguais de modo diferente ou que se tratem do mesmo modo situações objectivamente diferentes. ---

No caso de que nos ocupamos as situações não são iguais. Haveria violação do princípio da igualdade se relativamente a duas arguidas que tivesse recebido



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tecom.mj.pt

compensações ou a duas arguidas que tivessem pago compensações, se utilizassem fórmulas diferentes de cálculo do respectivo benefício económico, o que não se fez.

A tese que a arguida defende é que violaria o princípio da igualdade já que levaria a que se usasse a mesma fórmula de obtenção do benefício económico para as arguidas que pagaram compensações e para as arguidas que receberam, quando as situações são distintas. ---

Entende ainda a Vatel que não pode ser considerado qualquer montante relativo ao ano de 2004 dado que não chegou a pagar quaisquer compensações relativas a esse ano. ---

O que se apurou relativamente ao ano de 2004 foi que, de acordo com os cálculos das arguidas, as compensações que a Vatel deveria pagar relativas a esse ano ascendiam a cerca de € 115.000,00. Não se apurou, porém, qual a concreta repartição que deveria ser feita, ou seja, não se apurou de que forma é que esse montante seria repartido pelas restantes arguidas. ---

No que concerne à Vatel, o facto de não ter chegado a pagar o montante devido a título de compensações é irrelevante. Do que já se disse acerca do benefício económico decorre necessariamente que para a Vatel este existe independentemente de a arguida concretizar os pagamentos. Aliás, ao não efectuar os pagamentos a arguida tem um benefício acrescido: obtém as vantagens do acordo acrescidas do montante que devia pagar e que não paga. ---

Sucede, porém, que não se apurando de que modo essas compensações são repartidas pelas restantes arguidas, em relação a estas não é possível calcular o benefício económico. O seu benefício conjunto corresponde ao benefício unitário da Vatel, mas não se pode, sem qualquer suporte factual, fazer a imputação individual do benefício a cada uma das arguidas. Significa isto que, relativamente ao ano de 2004, não pode ser considerado, relativamente às arguidas Salexpor, SAHS, e Salmex, qualquer quantia a título de benefício económico mínimo. ---

Por conseguinte, não pode também ser considerado o valor do benefício económico da Vatel relativo ao exercício de 2004. Se o fizéssemos estaríamos a discriminar ilegítimamente as arguidas já que a não quantificação do benefício das três outras arguidas deriva da ausência de prova que incumbia à acusação fazer. Ora cabia à Autoridade/Ministério Público fazer a prova do benefício de cada uma das arguidas relativamente a todos os anos em que vigorou o acordo. Se em relação a um dos anos só fez prova relativa a uma das arguidas, não pode esse ano ser contabilizado em relação a nenhuma, sob pena de, neste ponto concreto, a arguida Vatel ser penalizada face às restantes arguidas. ---

Por último importa aqui referir que se discorda da actualização dos montantes de compensações pagos e recebidos efectuada pela Autoridade. O que se pretende aqui obter é o benefício económico mínimo obtido pelas arguidas. Esse benefício é calculado ano a ano e reporta-se ao ano em relação ao qual é calculado.



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Por conseguinte, não se descortina (nem a Autoridade explica) a razão pela qual aos valores obtidos se vão aplicar os aumentos do índice de preços do consumidor. O benefício está a ser calculado em relação a cada ano em que foi obtido e não em relação à data de aplicação da sanção. Por conseguinte, entende o Tribunal não haver lugar à actualização dos montantes das compensações. ---

Em suma, o benefício económico mínimo obtido pelas arguidas por força do acordo celebrado foi, em relação à Vatel, equivalente ao somatório das compensações que pagou às três outras arguidas, e em relação às restantes arguidas, equivalente às compensações recebidas. Assim, o benefício económico mínimo e cada uma das arguidas foi de: ---

- Vatel: € 402.645,87 (€ 169.374,22+203.755,24+29.516,41);-
- Salexpor: € 169.374,22 (€ 130.074,42+39.299,80); ---
- SAHS: € 203.755,24 (€ 140.430,86+63.324,38); ---
- Salmex: € 29.516,41 (€ 18.529,65+10.986,76). ---

- Do carácter reiterado ou ocasional da infracção

A AdC sobre este elemento refere que as arguidas revelaram resoluções firmes na prática da infracção, não lhe sendo conhecidas outras infracções jusconcorrenciais. ---

Relativamente a este elemento, nada há a acrescentar dado que se provou que as arguidas cometeram uma contra-ordenação permanente e que não lhe são conhecidos antecedentes contra-ordenacionais. ---

- Grau de participação na infracção

Entende a AdC que as arguidas actuaram como autoras da infracção, sendo-lhes inteiramente aplicáveis os factos em apreço. ---

Ficou provado que as quatro arguidas praticaram a infracção em co-autoria. Sucede que o facto de ser esta a forma de comparticipação, ou seja, o facto de todas elas terem participado na decisão e execução do acordo ilícito, não significa que todas elas tenham tido o mesmo grau de participação. ---

A este propósito a arguida Vatel põe em causa a decisão recorrida invocando que a mesma desconsiderou o facto de o seu grau de participação no acordo ter sido muito inferior ao da Salexpor: foi esta quem teve a iniciativa do acordo, foi nas suas instalações que se realizaram as reuniões, era ela quem estava encarregue de recolher e tratar a informação fornecida pelas partes e que procedia ao cálculo das compensações. Acrescenta que a Vatel nunca cumpriu integralmente as quotas definidas no acordo e foi a empresa que mais compensações teve que pagar, facto que deve ser considerado como atenuante. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Conclui que a AdC, ao não considerar a apontada diferença ao nível do grau de participação, violou o princípio da igualdade pois tratou de forma igual situações desiguais. ---

No que respeita ao grau de participação da Salexpor é indiscutível que deve ser considerado, como agravante, o facto de ter sido sua a iniciativa do acordo. Em confronto com as outras três arguidas, a Salexpor surge como aquela que deu o impulso ao acordo, que teve a ideia e a apresentou às restantes arguidas, sendo certo que daqui não resulta necessariamente que fosse a Salexpor a líder do cartel. O seu papel foi preponderante para fazer nascer o acordo pelo que tal circunstância tem que ser considerada agravante na medida da coima. ---

Já o facto de ser nas suas instalações que se realizavam as reuniões, entende o Tribunal que se trata de um dado irrelevante, assim como é irrelevante que fosse esta arguida quem tratava a informação e efectuava o cálculo das compensações. É que as compensações eram apenas uma parte do acordo, acordo esse que incidia também sobre a fixação de quotas, de preços e repartição de clientela. Ora sobre estes concretos aspectos do acordo nada permite concluir que a Salexpor tenha tido um grau de participação superior ou inferior ao das restantes arguidas. Não podem, pois, estas circunstâncias funcionar como agravante em relação à Salexpor. ---

Assim, e na medida em que a Autoridade considerou igual o grau de participação de todas as arguidas, quando na verdade não é igual, violou o princípio da igualdade na sua vertente de proibição de arbítrio: identidade de tratamento em situações objectivamente desiguais. Esta circunstância tem obviamente que se repercutir na medida concreta da coima, não em termos de servir de atenuante em relação às arguidas Vatel, SAHS e Salmex, mas em termos de servir de agravante em relação à Salexpor. ---

Relativamente ao argumento da Vatel de que deve ser considerado como circunstância atenuante o facto de ter incumprido as quotas definidas e de ter sido quem pagou mais compensações, o mesmo não colhe. Por um lado, repete-se, o acordo ia para além da fixação das quotas e das respectivas compensações. No que toca a preços e a repartição de clientela nada indicia que qualquer das arguidas tenha tido uma participação maior que as outras (sendo certo que é irrelevante para este efeito apurar quem em concreto apresentou mais propostas de fornecimento ou quem cedeu mais clientes, ficando assim afastada a defesa da SAHS nesta matéria, que se queixou de nunca ter "ganho" qualquer cliente ou apresentado qualquer proposta). ---

Por outro lado não se consegue sequer alcançar como é que o facto de a arguida exceder as suas quotas pode funcionar como circunstância atenuante, sobretudo porque, ultrapassando-as, pagava as respectivas compensações! E, mesmo que não as pagasses, como sucedeu em relação ao ano de 2004, continuou a participar no acordo na medida em que o mesmo era mais abrangente, por um lado,



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

e na medida em que esse não pagamento não resultava do facto de ter saído do acordo (questão que se irá abordar mais à frente a propósito do seu comportamento na eliminação das práticas proibidas). ---

Não há, pois, aqui, qualquer circunstância atenuante a relevar na medida da coima da Vatel. ---

- Da colaboração prestada à Autoridade

Na sua decisão a AdC considerou que enquanto a Vatel e a Salmex não prestaram qualquer colaboração o mesmo não sucedeu com a Salexpor e a SAHS. Diz a AdC que a Vatel se limitou a actuar em conformidade com as normas aplicáveis, daí não podendo decorrer qualquer atenuante. Acrescenta que tal atenuante também não resulta do facto de na resposta à nota de ilicitude a arguida se ter dedicado "a um exercício de contestação e impugnação reiterada dos factos e correspondente qualificação jurídica constantes dessa mesma nota de ilicitude que, ademais, havia já sido antecedido de uma clara opção desta arguida de suscitar todo e qualquer incidente processual independentemente da existência, ou não, de fundamento que tanto sustentasse". ---

Contrapõe a atitude das arguidas Salexpor e SAHS dizendo que os seus legais representantes se dispuseram, logo no momento das buscas, a prestar declarações, onde assumiram a existência do acordo entre empresas e forneceram informação detalhada acerca do modo de funcionamento do cartel. De igual modo, nas suas respostas à nota de ilicitude, ambas as arguidas voltam a assumir a existência do acordo entre empresas, não tendo contestado a materialidade dos factos constantes da nota de ilicitude. ---

A este propósito argumenta a Vatel que a sua resposta à nota de ilicitude é, em si mesma, uma forma de colaboração e como tal deve ser valorada, não havendo qualquer base legal para distinguir a colaboração prestada na fase de inquérito da prestada na fase de instrução. Acrescenta que no momento em que se realizaram as buscas não estava presente na sede nem nas instalações da Vatel o seu legal representante, razão pela qual não era possível colher nesse momento as suas declarações, sendo certo que nunca no decurso do processo a autoridade notificou os seus administradores para prestar declarações. ---

Alega ainda que as declarações prestadas no momento das buscas não podem ser consideradas como colaboração genuína mas antes como colaboração provocada, sendo certo que as declarações dos legais representantes da Salexpor e da SAHS se limitaram a fornecer informações genéricas sobre o acordo e o seu modo de funcionamento, pelo que as mesmas não tiveram utilidade para efeitos de descoberta da verdade material, como a própria AdC o admite. ---

Entende a Vatel que não pode dizer-se que a Salexpor e a SAHS não contestaram a materialidade dos factos e que a Vatel o fez, nem pode considerar-se



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

que a invocação de quaisquer vícios traduza o exercício ilegítimo do direito de defesa. Por último alega que não pode considerar-se a sua colaboração igual à da Salmex que pura e simplesmente se remeteu ao silêncio. ---

Por tudo isto entende a Vatel que também neste capítulo a AdC violou o princípio da igualdade. ---

Neste capítulo não se pode efectivamente considerar a decisão recorrida exemplar, assistindo razão à Vatel em grande parte das críticas que tece. ---

Comparando as três respostas à nota de ilicitude (e as três alegações de recurso), verifica-se que as três arguidas aceitam sem quaisquer reservas ter celebrado um acordo tendente à fixação e manutenção das quotas relativas de mercado e à existência de um sistema de compensações aplicável quando as quotas não fossem respeitadas. ----

Verifica-se igualmente que as arguidas Vatel e Salexpor, ao contrário da SAHS, negam que o acordo tivesse qualquer relação com a fixação de preços ou com a repartição de clientela, enquanto a SAHS confirma que o acordo também abrangia estes aspectos. Assim, a diferença entre as defesas apresentadas, designadamente entre a da Vatel e a da Salexpor, não respeita propriamente à materialidade dos factos mas sim ao "tamanho" da defesa. A grande diferença está na quantidade de questões prévias e vícios que cada uma suscitou. Ora nenhum arguido pode ser penalizado em função do tipo de defesa que apresenta. Seja qual for o número de excepções invocadas, seja qual for o número de vícios suscitado, seja qual for o "tom" em que a defesa é apresentada, seja qual for a validade dos argumentos apresentados, nunca pode um articulado de defesa ser, nessa medida, valorado negativamente. ---

A Autoridade da Concorrência tem um papel crucial na defesa e promoção da concorrência, é através dela que o Estado realiza uma das suas incumbências prioritárias no âmbito económico e social. Por isso foi a Autoridade criada como uma pessoa colectiva de direito público (art. 1º dos Estatutos), foi equiparada aos órgãos de polícia criminal e lhe foram atribuídos um conjunto de poderes de enorme relevo. ---

Por tudo isto recai sobre a Autoridade um dever acrescido de respeitar os direitos dos arguidos, de não se deixar influenciar por factores exógenos ao processo, de não deixar que quaisquer elementos subjectivos interfiram na sua convicção, seja para concluir pela prática da contra-ordenação seja para fixar a medida concreta da coima. Este dever acrescido de ser objectiva nas suas apreciações e decisões implica que não se deixe cair na tentação de tecer considerações supérfluas e de fazer juízos de valor. ---

A atitude que a AdC aqui demonstrou perante a resposta à nota de ilicitude apresentada pela Vatel é, pois, criticável. Gostando ou não a Autoridade, a Vatel, como qualquer outra arguida, pode suscitar as questões que entender na resposta à



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

nota de ilicitude e à Autoridade cabe apenas conhecê-las, sem tecer qualquer tipo de consideração sobre o modo como o direito de defesa é exercido e, sobretudo, sem valorar negativamente essa defesa. ---

Nas respostas à nota de ilicitude a Vatel e a Salexpor adoptaram exactamente a mesma postura face ao acordo: admitiram a sua existência no que toca à fixação e manutenção das quotas de mercado. Por conseguinte, a este propósito não pode ser feita qualquer distinção entre as duas. Por sua vez a SAHS aceitou a existência do acordo com o âmbito e extensão que ficou provado nos autos. Deve, pois, nesta medida, ser a sua postura valorada mais positivamente do que a das outras duas. A Salmex nada disse e, por conseguinte, não pode ser considerada qualquer atenuante neste ponto. Em suma, houve também aqui uma violação do princípio da igualdade já que perante respostas iguais no que concerne à contestação da materialidade dos factos a Autoridade fez diferentes valorações. Tal será, pois, considerado na medida das coimas. ---

Passemos ao argumento seguinte: a prestação de declarações dos legais representantes no momento das buscas. ---

A AdC pode considerar como factor positivo favorável à Salexpor e à SAHS o facto de no momento das buscas os seus legais representantes terem prestado declarações e desde logo assumido a existência do acordo. Esta postura dos legais representantes das duas arguidas é positiva e como tal deve ser valorada. Mas a Autoridade já não pode considerar que o facto de os legais representantes da Vatel não terem prestado declarações no momento das buscas revela uma qualquer falta de colaboração e nesse sentido imputar-lhe um comportamento mais gravoso. Tendo ficado provado que não se encontrava presente nenhum legal representante da Vatel no momento das buscas, ao contrário do que sucedeu com as outras duas arguidas, é manifesto que o mesmo não poderia prestar declarações. Trata-se, pois, de situações diferentes que, por conseguinte, não podem ser tratadas como se fossem iguais. ---

Por outro lado, não tendo a Autoridade convocado, após esse momento, nenhum dos legais representantes das arguidas, caso em que poderia valorar diferentemente os que tivessem correspondido ao pedido e os que não o tivessem feito, não lhe é lícito interpretar a falta de declarações do legal representante da arguida como agravante em contraposição com as arguidas Salexpor e SAHS. ---

É, porém, manifesto que a Salexpor e a SAHS contribuíram para o enquadramento do acordo entre todas celebrado e nessa medida não pode a Vatel pretender que a sua resposta à nota de ilicitude corresponde a uma idêntica colaboração. Independentemente da importância que as suas declarações tiveram, o certo é que as mesmas foram prestadas numa fase inicial do processo e, por conseguinte, tiveram necessariamente o seu peso na investigação encetada pela



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Autoridade, ao contrário do que sucedeu com a Vatel que veio confirmar a existência do acordo já depois da nota de ilicitude. ---

Nesta medida, deve efectivamente ser tido em consideração a colaboração da Salexpor e da SAHS como circunstância atenuante em relação às outras duas arguidas. O que não pode é ser considerado agravante em relação à Vatel o facto de o seu legal representante não ter prestado declarações. ---

- Do comportamento das arguidas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à Concorrência

Neste ponto entende a AdC que nenhuma das arguidas adoptou qualquer comportamento tendente à eliminação das práticas proibidas ou à reparação dos prejuízos causados à concorrência, refutando a tese da Vatel de que deve ser considerada atenuante a circunstância de esta ter deixado de cumprir as quotas acordadas. Acrescenta que é evidente que todas as arguidas retiraram benefício do acordo mas mesmo que não tivesse retirado tal nunca serviria como circunstância agravante. -----

A Vatel contesta esta argumentação invocando ter sido sua a iniciativa de pôr termo ao acordo, iniciativa essa que não foi determinada pela intervenção da AdC, pelo que deve relevar como circunstância atenuante. Ao não ter assim procedido a Autoridade violou o princípio da igualdade. ---

Não assiste razão à Vatel neste ponto, concordando o Tribunal com a apreciação feita pela Autoridade. É certo que ficou provado que o acordo terminou por iniciativa da Vatel, mas este facto por si só não basta para que seja dada a relevância atenuante pretendida pela arguida. ---

O comportamento tendente a pôr termo a uma prática ilícita pode e deve ser visto como uma circunstância atenuante, mas apenas e só, quando subjacente a esse comportamento estão razões válidas e meritórias. Ou seja, se a iniciativa da Vatel fosse motivada pelo facto de a mesma ter considerado que o acordo era ilegal, que violava as regras da concorrência e que por conseguinte não devia prosseguir na sua execução, estaríamos sem dúvida numa situação em que atenderíamos à iniciativa de pôr termo ao acordo como circunstância atenuante, dado que a mesma revelava uma preocupação com o sentido do dever ser. ---

Já se a iniciativa resultar de factores de todo alheios ao respeito pelas regras da concorrência, tais como considerar que as penalizações são excessivas ou que suporta mais penalizações que as restantes arguidas, ou ainda que já não retira do acordo os benefícios esperados, então nenhum relevo tem a iniciativa de pôr termo ao acordo designadamente para efeitos de funcionar como circunstância atenuante. -

Ora a Vatel não só não provou que tenha decidido pôr termo ao acordo por qualquer razão juridicamente válida, como resulta das suas alegações de recurso que



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

a sua iniciativa surgiu por considerar que estava a pagar penalizações exageradas. Atente-se ao que a arguida diz nos seguintes artigos das suas alegações:

- 211º: "A partir de certo momento, a Vatel deparou-se com uma situação em que era insustentável continuar a pertencer a um acordo que a forçava a pagar elevadas quantias às outras partes, ao mesmo tempo que a sua quota de mercado em termos reais ("extra-acordo") continuava a diminuir."; ---

- 216º: "Em suma, a Vatel apercebeu-se de que era a única a suportar financeiramente as outras participantes no acordo, sem que o seu benefício se elevasse muito além das penalizações pagas."; ---

- 223º: "A Vatel considerou que o acordo lhe era prejudicial, enquanto empresa eficiente que é sobre o ponto de vista económico-financeiro."; ---

- 560º: "O descontentamento da Vatel em relação ao pagamento de avultadas compensações teve o seu culminar no ano de 2004, com esta empresa a decidir que não deveria pagar mais compensações aos outros membros do acordo, conduzindo ao fim do acordo". ---

Destas passagens das alegações de recurso da Vatel decorre, de modo inilidível, que a sua iniciativa de pôr fim ao acordo não resultou de quaisquer razões relacionadas com uma atitude de respeito ou conformação com as regras de funcionamento do mercado e com uma vontade de actuar em conformidade com essas regras, mas sim de razões de natureza oportunista: a iniciativa resultou do facto de considerar que o acordo já não lhe trazia quaisquer benefícios. ---

Por conseguinte, o facto de ter sido sua a iniciativa de pôr fim ao acordo não pode funcionar como circunstância atenuante. ---

- Da situação económica das arguidas

Ficou provado que no exercício de 2004 as arguidas Vatel, Salexpor e SAHS apresentaram os seguintes resultados de exercício constantes dos factos dados como provados sob os nºs 58) a 60). Quanto à arguida Salmex não se apurou qualquer dado relativamente ao exercício de 2004, sendo certo que ficou provado que a arguida foi declarada insolvente. ---

- Outras circunstâncias relevantes

- Todas as arguidas actuaram com dolo directo. ---

- Não são conhecidos antecedentes contra-ordenacionais às arguidas. ---

- O volume de negócios da Salexpor no mercado da comercialização do sal em 2004 foi de € 5.436.188,74. ---

*



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

Como nota final, refira-se que razões de prevenção ligadas à punição de factos ilícitos deste tipo determinam que na determinação da coima concreta se tenha em mente como elemento de grande relevância o montante ao benefício deles retirados, sob pena de a prática em causa acabar por ser sempre vantajosa, impedindo assim a arguida de interiorizar o desvalor da sua acção. ---

A este propósito cita-se o Ac. do TPI de 27 de Setembro de 2006: "Ora, se a coima fosse fixada a um nível que se limitasse a anular o benefício do acordo, não teria um efeito dissuasor. Com efeito, pode razoavelmente presumir-se que as empresas têm racionalmente em conta, no âmbito do seu cálculo financeiro e da sua gestão, não apenas o nível das coimas que correm o risco de lhes ser aplicadas em caso de infracção, mas igualmente o nível de risco de detecção do acordo. Além disso, se se reduzisse a função da coima à simples anulação do lucro ou do benefício realizado, não se teria devidamente em conta o carácter ilícito do comportamento em causa à luz do artigo 81.º, n.º 12, CE. Com efeito, ao reduzir a coima a uma simples compensação do prejuízo causado, estaria a negligenciar-se, além do efeito dissuasor que só pode visar comportamentos futuros, o carácter repressivo de uma medida destas relativamente à infracção concreta efectivamente cometida. Assim, tanto o efeito dissuasor como o efeito repressivo da coima justificam que a Comissão possa aplicar uma coima que, em função das circunstâncias do caso concreto, permita mesmo ultrapassar substancialmente o montante do benefício auferido pela empresa em causa." (Proc.T-329/01). ---

Mesmo não indo tão longe como a jurisprudência comunitária, a coima aplicada tem sempre que dar particular relevo à circunstância agravante do benefício resultante da prática ilícita dado que de outro modo a punição não tem qualquer efeito dissuasor nem funciona em termos de prevenção. ---

*

Por último cabe ainda refutar a argumentação da Vatel no que concerne à alegada discriminação na aplicação das coimas. Para sustentar esta argumentação a Vatel faz um exercício de correspondência percentual entre o montante das coimas que foi aplicado pela Autoridade e os respectivos volumes de negócios das arguidas, concluindo que a coima que lhe foi aplicada corresponde a 5% do seu volume de negócios, enquanto que a coima que foi aplicada à Salexpor corresponde a 0,5% do seu volume de negócios e a que foi aplicada à SAHS corresponde a 3,6% do seu volume de negócios. ---

Ora esta argumentação é de todo improcedente. A determinação da medida concreta da coima não é um exercício de matemática. A coima determina-se entre balizas mínimas e máximas, em função das circunstâncias que forem consideradas agravantes e atenuantes. É, pois, irrelevante apurar a quanto corresponde a coima aplicada face aos volumes de negócios das arguidas. Sempre se dirá, porém, que a Vatel atribui à Salexpor um volume de negócios que não é o aqui relevante. Se se



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

considerar o volume de negócios desta arguida no que toca à comercialização de Sal (€ 5.436.188), verificamos que a coima aplicada pela autoridade corresponde a cerca de 5% desse volume de negócios. Assim, nunca o argumento da Vatel poderia ser considerado procedente. ---

*

Tudo visto, considerando a moldura abstracta aplicável e todas as circunstâncias agravantes e atenuantes *supra* referidas, entende o Tribunal condenar as arguidas Vatel, Salexpor, SAHS e Salmex, nas coimas de € 380.000,00; € 200.000,00; € 95.000,00 e € 29.500,00, respectivamente. ---

* * *

A AdC condenou ainda as arguidas, nos termos do art. 45º, a título de sanção acessória, a publicar, no prazo de 20 dias úteis, a versão integral da decisão na II série do Diário da República e da sua parte decisória num jornal de expansão nacional. ---

A publicação de uma súmula da decisão, quer num jornal de grande circulação nacional quer no Diário da República, afigura-se plenamente justificada já que o mercado geográfico relevante é o nacional e pode afirmar-se que é do interesse público levar esta decisão ao conhecimento de todos, quer concorrentes, quer clientes, quer consumidores. ---

Já a publicação integral da decisão no Diário da República nos parece injustificada. O que interessa é levar ao conhecimento geral uma súmula da decisão, que permita dar a conhecer os motivos de facto e de direito que levaram à condenação, e não a decisão no seu todo. Por outro lado tal publicação, face à extensão da decisão, iria acarretar um custo injustificado às arguidas. ---

* * *

4 - DECISÃO

Face a todo o exposto, julgando parcialmente procedentes os recursos de impugnação interpostos pelas arguidas, "VATEL – COMPANHIA DE PRODUTOS ALIMENTARES, S.A.", "SALEXPOR – COMPANHIA PORTUGUESA DE SAL HIGIENIZADO, S.A." e "SOCIEDADE AVEIRENSE DE HIGIENIZAÇÃO DE SAL, Lda.", recursos esses que aproveitam também à arguida "SALMEX – SOCIEDADE REFINADORA DE SAL, Lda.", o Tribunal condena as quatro arguidas pela prática, em co-autoria material, de uma contra-ordenação p.p. pelos arts. 4º, nº 1 e 43º, nº 1, al. a), da Lei 18/2003 de 11 de Junho, nas seguintes coimas: ---

- a) "VATEL – COMPANHIA DE PRODUTOS ALIMENTARES, S.A.", na coima de € 380.000,00 (trezentos e oitenta mil euros);---
- b) "SALEXPOR – COMPANHIA PORTUGUESA DE SAL HIGIENIZADO, S.A." na coima de € 200.000,00 (duzentos mil euros); -



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º

1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430

correio@lisboa.tcom.mj.pt

- c) **"SOCIEDADE AVEIRENSE DE HIGIENIZAÇÃO DE SAL, Lda."** na coima de € 95.00,00 (noventa e cinco mil euros); ---
d) **"SALMEX – SOCIEDADE REFINADORA DE SAL, Lda."** na coima de € 29.500,00 (vinte e nove mil e quinhentos euros); ---

Mais vão as arguidas condenadas a proceder, a expensas suas, à publicação num jornal diário de circulação nacional e no Diário da República, II Série, de um extracto da presente decisão, do qual conste os fundamentos de facto e de direito que levaram à sua condenação e que o Tribunal delimitará após o trânsito em julgado da presente decisão. -----

Condeno ainda as arguidas recorrentes, individualmente, no pagamento de € 300,00 de taxa de justiça e, solidariamente, nas custas do processo, (arts. 92º, nº 3, 93º, nº 3 e 4 e 94º, nº 3, todos do RGCOC.).---

Notifique e Deposite.---

* * *

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

* * *

Do teor da sentença que antecede foram os presentes devidamente notificados. ---

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