

*

RELATÓRIO

PT COMUNICAÇÕES, S.A., pessoa colectiva n.º 504615947 com sede na Rua Andrade Corvo, n.º 6, em Lisboa, interpôs recurso de impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência, datada de 28 de Agosto de 2008, que a condenou, como autora material, nos termos do art. 6.º, n.º 1 e n.º 2 e do art. 4.º, n.º 1, alínea c) e alínea e) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e também nos termos das alíneas b) e c) do art. 82.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, pela prática de uma contra-ordenação, punível nos termos dos arts. 43.º, n.º 1, alínea a) e 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho:

- a) No pagamento de uma coima única no valor de € 2.116.268.000;
- b) Na publicação de extracto da decisão na II.ª Série do Diário da República e da parte decisória num jornal nacional de expansão nacional.

*

A decisão da Autoridade da Concorrência (infra designada AdC) fundamenta-se, resumidamente, no seguinte:

1. Em 16 de Dezembro de 2002 a PT COMUNICAÇÕES, S.A. (doravante designada PTC), remeteu, na decorrência de solicitação do ICP-ANACOM, uma proposta de tarifário para o serviço grossista de aluguer de circuitos, destinada a substituir o tarifário anterior.
2. O tarifário proposto entrou em vigor em 1 de Março de 2003 e foi praticado pela PTC até 7 de Março de 2004.
3. O tarifário em causa traduz a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes, uma vez que dependendo do volume total contratado e, consequentemente, do escalão de desconto que lhe está associado, à mesma facturação pode ser aplicável uma taxa de descontos distinta.
4. A atribuição de prémios de permanência pela PTC, baseados na manutenção de contratos por períodos de 4 e 5 anos, constitui um desincentivo ao investimento no desenvolvimento de rede própria.
5. A definição de prémios de permanência favorece os operadores que optem por manter contratos com a PTC por períodos temporais mais elevados beneficiando as empresas do Grupo PT.



1

6. O comportamento da arguida teve como efeito a restrição da concorrência nos mercados grossistas e no mercado retalhista de circuitos alugados, constituído por circuitos analógicos e circuitos digitais até 2 Mbps inclusive (suportados também em tecnologias xDSL simétricas) e igualmente nos mercados retalhistas que utilizam circuitos alugados como input para a oferta de outros serviços de comunicações electrónicas.

7. A PTC conhecia o histórico de facturação dos seus clientes de circuitos alugados, bem como a estratégia do grupo económico em que se insere e não podia deixar de prever, como consequência, o carácter restritivo da concorrência do sistema de descontos incluído neste tarifário.

8. A PTC agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da infracção, sabendo que a conduta que lhe é imputada era proibida por lei, tendo ainda assim querido realizar todos os actos necessários à sua verificação e abstendo-se, igualmente, de praticar os actos necessários à sua cessação.

*

Inconformada com a decisão a arguida interpôs o presente recurso de impugnação invocando que:

1. Foram violados os seus direitos de defesa consagrados no art. 32.º da Constituição da República Portuguesa e nos artigos 50º do Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas e 19º n.º 1 e 26º da Lei 18/03, integradores de uma nulidade insanável nos termos do art.º 119.º n.º 1 c) do Código de Processo Penal, porquanto:

- Na decisão foram consideradas diversas realidades qualificadas como factos – correspondendo a factos propriamente ditos e a factos conclusivos – que não tinham sido referidos em qualquer das notas de ilicitude e relativamente aos quais a PTC não teve oportunidade de se pronunciar;

- A PTC não teve acesso a todos os elementos de prova constantes dos autos, por serem confidenciais, o que impediu não só o seu direito de defesa como violou o direito à informação procedimental consagrado em especial no art. 62º n.º 1 do Código de Procedimento Administrativo;

- Na decisão a AdC apresentou uma abordagem jurídica das questões suscitadas e uma forma de subsunção dos comportamentos da Arguida ao tipo contra-ordenacional muito diferente da que tinha sido apresentada na nota de licitude;

- Na nota de ilicitude a AdC não indicou as balizas possíveis da sanção ou da sua forma de cálculo, nem referiu qualquer intenção de punir a PTC com a sanção acessória de publicidade nem com uma sanção pecuniária compulsória;

2. A decisão é ininteligível em diversas partes de grande relevância para a defesa da Arguida.

3. A AdC omitiu diligências de prova essenciais à descoberta da verdade, limitando-se a basear a condenação da arguida em elementos documentais solicitados à própria.

4. A AdC não comunicou previamente ao ICP-Anacom nem à Comissão Europeia, o conteúdo da decisão que veio a adoptar, o que constitui uma irregularidade processual.

5. Não estão preenchidos os requisitos de aplicação das referidas disposições em harmonia com as alíneas b) e c) do art. 82º do Tratado CE, pois não aplicou condições desiguais a prestações equivalentes.

6. A ilicitude da conduta da PTC deve considerar-se excluída e a culpa inexistente porque o tarifário em causa foi proposto pela PTC e aplicado depois de verificado pelo ICP-ANACOM que a ele não se opôs por ser compatível com as regras regulatórias e concorrenciais aplicáveis aos mercados em causa.

7. A coima e as sanções acessórias aplicadas pela AdC à PTC neste processo revelam-se claramente desadequadas, desproporcionais e insuficientemente fundamentadas.

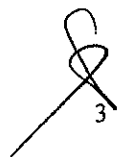
*

A AdC apresentou alegações nas quais refere, em resumo, que:

1. A arguida teve oportunidade de se defender em todos os momentos processuais definidos, e antes de qualquer tomada de posição definitiva no processo objecto de impugnação, tendo efectivamente exercido o seu direito de defesa de forma cabal e completa, tendo acedido ao processo e a todas as diligências complementares realizadas pela AdC, dos quais obteve cópias e sobre as quais se pronunciou antes de emitida a Decisão final.

2. O objecto da decisão da AdC foi perfeitamente entendido pela Recorrente, como resulta da análise das suas Alegações de Recurso.

3. A AdC deu cabal cumprimento ao disposto no art. 24º, n.º1 da Lei n.º18/2003, tendo realizado todas as diligências de investigação que entendeu necessárias à identificação das práticas proibidas incorridas pela Recorrente.



3

4. A AdC comunicou à Comissão Europeia, em 19 de Dezembro de 2007, a “linha de acção” adoptada no processo em apreço e não estava a AdC obrigada ao envio da Decisão recorrida, de qualquer dos pareceres do ICP-ANACOM e, bem assim, à comunicação da medida concreta da sanção a aplicar no processo.

5. Não há nenhuma norma que imponha a notificação ao ICP-Anacom do projecto de sanção a aplicar, tendo a AdC cumprido o disposto nos arts. 29º, nº 1, da Lei 18/03.

6. A Lei n.º 18/2003 aplica-se a todas as actividades económicas, mesmo às que estão sob jurisdição de entidades reguladoras sectoriais

7. Após a não oposição do regulador à entrada em vigor do tarifário em causa (que se circunscreveu à definição de preços máximos), existia para a PTC uma ampla margem de manobra para conformação do mesmo às exigências normativas regulatórias e concorrenciais.

8. A PTC é uma empresa com posição dominante nos mercados relevantes.

9. A PTC aplicou condições discriminatórias a prestações equivalentes e tal prática teve como efeito uma restrição da concorrência nos mercados.

10. A PTC tinha um conhecimento aprofundado sobre o mercado (conhecendo o histórico da facturação dos seus clientes de circuitos alugados, bem como a estratégia do grupo económico em que se insere – Grupo PT), que lhe permitia fazer estimativas e projecções detalhadas quanto à evolução do mesmo.

11. A PTC agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da infracção, sabendo que a conduta que lhe é imputada era proibida por lei, tendo ainda assim querido realizar todos os actos necessários à sua verificação e abstendo-se, igualmente, de praticar os actos necessários à sua cessação.

12. Entendeu a AdC não terem aplicação no presente processo de contra-ordenação quaisquer causas de exclusão da ilicitude ou da culpa.

13. Na decisão recorrida cuidou a AdC de ponderar e justificar a apreciação dos critérios de determinação da medida concreta da coima relativos ao carácter reiterado da infracção, ao grau de participação da Recorrente na infracção, à colaboração prestada à AdC até ao termo do procedimento administrativo e, bem assim, ao comportamento da Recorrente na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

14. No que concerne ao volume de negócios tomado em consideração para efeitos de determinação da sanção foi considerado como “último ano” o de 2004.



*

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

*

SANEAMENTO

O Tribunal é competente.

*

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

*

i) Da violação dos direitos de defesa

Invoca a arguida que no decurso do processo foram violados os seus direitos de defesa, em vários momentos e por várias actuações distintas da AdC, sendo a decisão nula por violação do disposto nos arts. 32º, nº 10 e 205º da Constituição da República, 50º e 58º, nº 1, al. b), do RGCO, 374º, nº 2 e 379º, do Código de Processo Penal, 19º, nº 1 e 26º da Lei 18/2003.

*

Nas suas alegações a AdC alega que a arguida não pode invocar as nulidades que suscita e que não existem nulidades insanáveis no direito contra-ordenacional.

Antes de mais 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. 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 do referido Assento 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.

Por outro lado, 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 RGCOG, nada mais. Não é, pois, lícito, fazer quaisquer extrapolações e pretender que o Assento consagra a impossibilidade de arguição de nulidades quando simultaneamente é exercida a defesa de facto e de direito.

Acresce que, se na decisão final a autoridade recorrida introduzir factos novos, factos relevantes para a imputação da prática contra-ordenacional e que não constavam da nota de ilicitude, há uma violação do direito de defesa da arguida, na medida em que nessa parte não lhe foi dada a possibilidade de se pronunciar. Neste caso o recurso de impugnação da decisão final é a sede própria para arguir essa violação.

Saber se as nulidades são ou não argúveis em sede de recurso de impugnação judicial da decisão final depende da nulidade invocada e, se for sanável, se a arguição é tempestiva. Logo, tal questão deverá ser equacionada relativamente a cada uma das nulidades suscitadas.

Para melhor esclarecimento há que analisar o art. 50º do RGCOG.

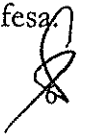
Segundo os ensinamentos de Eduardo Correia e Figueiredo Dias, o direito contra-ordenacional abrange as condutas que violam interesses erigidos pelo Estado como fundamentais para uma vivência social boa e ordenada. Abrange condutas que são tipificadas como proibidas e, conseqüentemente ilícitas, correspondendo-lhes, 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).

Daqui resulta, que não há uma estreita equiparação entre o ilícito contra-ordenacional e o ilícito criminal.

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.

O art. 50º do RGCOG 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 constitui hoje uma garantia consagrada de forma expressa na Lei Fundamental: *Nos processos de contra-ordenação (...) são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa* (art. 32º, nº 10).

Em anotação a este preceito Jorge Miranda afirma que “O nº 10 garante aos arguidos em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção (...) sem que o arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas. A defesa pressupõe a prévia acusação, pois que só há defesa perante uma acusação. A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender.”¹.

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 art. 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. (...)”

¹ in Constituição Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, Tomo I, 2005, p. 363.

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 n° 18/81 da Comissão Constitucional, in Pareceres da Comissão Constitucional, 16° Vol., pág. 154) – não existe um espartilho constitucional formal que não tolere certa maleabilização do exercício do contraditório...”.

Concretizando este direito o art. 25°, n° 1, da Lei 18/2003 dispõe que, se a AdC, terminado o inquérito, der início à instrução do processo, procede à notificação das empresas. Por seu turno, o n°1 do art. 26° da mesma lei determina que, nessa notificação, *a Autoridade fixa às arguidas um prazo razoável para que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas.*

O n° 2 deste preceito acrescenta que *“A audição por escrito a que se refere o número anterior pode, a solicitação das empresas ou associações de empresas arguidas, apresentada à Autoridade no prazo de cinco dias a contar da notificação, ser completada ou substituída por uma audição oral, a realizar na data fixada para o efeito pela Autoridade, a qual não pode, em todo o caso, ter lugar antes do termo do prazo inicialmente fixado para a audição por escrito.”*

Feito o percurso pelas regras legais aplicáveis, podemos concluir que o direito constitucional de audição e defesa em sede contra-ordenacional impõe que à arguida seja dada a possibilidade de se pronunciar sobre as acusações que lhe são imputadas, considerando-se que tal possibilidade só lhe é efectivamente dada se na notificação que lhe for feita pela autoridade administrativa incluir todos os elementos de facto e de direito relevantes para a decisão.

Como é que se concretiza este direito? Notificando a arguida da nota de ilicitude, que deverá conter todos os *elementos necessários para que se fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito*, e dando-lhe a possibilidade de, sobre a matéria de facto e de direito dela constantes, se pronunciar num *prazo razoável*. É este o conteúdo do direito de audiência e defesa, direito que é, ele próprio, expressão do princípio do contraditório.

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

*

a) A violação do direito de defesa no plano dos factos



Alega a PTC que a AdC sustenta a acusação em conclusões e constatações, o que implica a sua impossibilidade de se defender.

A questão de a AdC ter, no entender da arguida, sustentado parte da acusação em conclusões não suportadas factualmente não contende com o princípio da presunção de inocência ou com o direito de audição e defesa da arguida.

Na verdade, aquilo que tem que constar da nota de ilicitude são factos. Quaisquer conclusões que a AdC faça na decisão recorrida são legítimas. Saber se essas conclusões estão ou não devidamente sustentadas (em factos) é questão diversa que não colide com o direito de defesa (é vício que pode relevar em sede de falta de fundamentação da decisão recorrida). O direito de defesa é exercido perante factos e não perante conclusões.

Nesta sede pode haver violação do direito de defesa da arguida, caso haja factos relevantes que sustentem a acusação e dos quais não foi dado conhecimento à arguida. Mas não pode, por se tratar de realidade diversa, haver violação do princípio da presunção de inocência dado estarem em causa tão só a enunciação de conclusões.

Não se verifica, pois, qualquer violação do princípio da presunção de inocência.

A PTC defende ainda que a conclusão de que agiu com dolo não está minimamente fundada em factos concretos.

A culpa traduz-se na censura ético-jurídica dirigida a um sujeito, que praticou um determinado facto, por não ter agido de outro modo. Entre nós vigora o princípio *nulla poena sine culpa*, isto é, o princípio de que toda a pena tem que ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta (art. 29º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa).

É por todos conhecida a discussão doutrinária que o conceito de culpa envolve. Enquanto para uns autores o dolo não faz parte da culpa, entendendo estes que a culpa integra tão só a imputabilidade e a consciência da ilicitude, para outros, o dolo integra como elemento emocional a consciência da ilicitude e faz, ele próprio, parte da culpa. Não é esta seguramente a sede própria para tomar posição sobre a questão, havendo que enquadrar a insuficiência da nota de ilicitude nesta matéria à luz de qualquer uma das duas posições. Os conceitos aqui em presença poderão ser definidos em traços gerais do seguinte modo: a imputabilidade consiste num conjunto de qualidades pessoais necessárias para que seja possível a censura ao agente por não ter actuado de modo diverso. Há sempre que atender a dois elementos: o cognitivo (saber se o agente tem



capacidade para distinguir o lícito do ilícito) e a vontade (para que o agente seja imputável é necessário que, na sua actuação, se possa auto-determinar por tal cognoscibilidade).

A consciência da ilicitude equivale a conhecimento do sentido da ilicitude, ou seja, a conhecimento do carácter ilícito da conduta.

O dolo integra um elemento cognitivo (relacionado com o conhecimento/representação do facto), um elemento volitivo (relacionado com a intenção) e, como já se referiu, para alguns autores um elemento emocional: a consciência da ilicitude.

Relativamente à culpa e ao elemento subjectivo do tipo, da decisão consta nos arts.1002º a 1007º a fundamentação da posição da AdC quanto ao elemento subjectivo, que culmina com a menção "A arguida agiu de forma livre, consciente e voluntaria na prática da infracção, sabendo que a conduta que lhe é imputada é proibida por lei, tendo ainda assim querido realizar todos os actos necessários à sua verificação e abstendo-se, igualmente, de praticar os actos necessários à sua cessação". "Do exposto resulta que a arguida agiu com dolo, já que, conhecendo as normas legais aplicáveis, não se absteve de praticar de forma deliberada os actos descritos levando a cabo uma conduta que preenche todos os elementos (objectivos e subjectivos) do tipo legal de contra-ordenação de abuso de posição dominante previsto e punido na lei da concorrência e no Tratado CE".

Neste trecho está perfeitamente explicitada a posição da AdC que a leva a concluir pelo dolo: a PTC tinha consciência de que estava a aplicar o tarifário e respectivo regime de descontos, quis aplicá-lo e sabia ou representou como possível que ao fazê-lo limitava a concorrência entre operadores, e fê-lo conhecendo as normas legais aplicáveis.

Entende também a PTC que nos arts. 1002º e segs. são expostas uma série de conclusões que serviram para imputar a prática da contra-ordenação, conclusões das quais retirou que a PTC sabia ou tinha obrigação de saber que dessa forma afectaria a livre concorrência.

Ora, esta afirmação está suportada ao longo de vários passos da decisão nos quais a AdC procede à caracterização da empresa, do seu papel e do grupo em que se insere nos mercados que considerou relevantes, do seu conhecimento da legislação aplicável, do tarifário em causa, do funcionamento do mercado, das deliberações da ICP-Anacom relativas a esta matéria. De todos estes factos é retirada pela AdC a conclusão relativa ao

conhecimento que a PTC tem do sector e da influência para os operadores do tarifário por si aplicado.

Não é, pois, correcto afirmar que a AdC se limita a tecer conclusões e a presumir que a PTC delas tem conhecimento. A AdC sustenta as suas conclusões em factos que constam da decisão e que já constavam da nota de ilicitude e sobre os quais a PTC não só pôde exercer o contraditório como efectivamente o fez.

Em suma, não houve qualquer preterição dos direitos de defesa da PTC no plano dos factos.

*

b) A violação dos direitos de defesa no plano das provas

Nesta sede a PTC invoca a violação do seu direito de audiência e defesa por três ordens de razões.

Alega a PTC que a AdC ao recusar-lhe o acesso a documentos que classificou como confidenciais violou o seu direito de defesa na medida em que, estão em causa elementos relevantes, designadamente a denúncia apresentada.

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

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

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

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



Quando a AdC, no exercício dos poderes que lhe são conferidos pelo citado art. 17º, nº 1, al. b), solicita às empresas informações e documentos, deve informá-las de que *deverão identificar, de maneira fundamentada, as informações que considerem confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações* (art. 18º, nº 1, al. d), da Lei 18/2003), sendo certo que a falta de resposta das empresas ou a resposta falsa inexacta ou incompleta está tipificada como contra-ordenação (art. 43º, nº 3, al. b), da Lei 18/2003).

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

Do exposto resulta que está expressamente prevista a possibilidade de num processo de contra-ordenação haver elementos que não podem ser disponibilizados à arguida, ou seja, que a confidencialidade é, em abstracto, admissível e lícita, estando a AdC obrigada a respeitá-la e a fazê-la respeitar.

A questão que se coloca é a de determinar qual a extensão que tal confidencialidade pode ter.

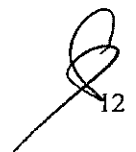
Entende a arguida que ao não lhe ser dado conhecimento do teor integral dos elementos constantes do processo, se está a violar o seu direito de defesa.

Analisemos.

É indiscutível que os direitos de defesa da arguida fazem parte dos direitos fundamentais (art. 32º, nº 10, da Constituição da República Portuguesa).

Mas também é certo que a salvaguarda da não divulgação dos segredos de negócio das empresas, designadamente das concorrentes das arguidas, é indispensável para que a AdC possa cumprir as suas funções.

E a verdade é que só se pode exigir da parte dos operadores no mercado que colaborem com a AdC e lhe transmitam documentos e informações que são confidenciais, já que são elementos nos quais se baseiam as respectivas actividades económicas, se lhes for dada a garantia de que não vai ser dada publicidade a tais elementos, nomeadamente no que às suas concorrentes respeita.



12

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

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

Defende a PTC que a partir do momento em que o processo é tornado público cessa o segredo de justiça e os autos podem ser livremente consultados.

Tem razão a arguida. Com efeito, a partir do momento em que o processo passa a ser público (e no processo crime tal sucede em princípio quando termina a fase de inquérito -art. 86º, nº 1, Código de Processo Penal), passa o arguido a ter o direito de "consulta do auto e obtenção de cópias, extractos e certidões de quaisquer partes dele" (art. 86º, nº 2, al. c), e 89º, nº 1, ambos do Código de Processo Penal) e isto porque a partir desse momento estão ultrapassados os motivos que levam à consagração do segredo de justiça (salvaguarda da investigação e da prova recolhida e protecção dos envolvidos).

Sucedem que esta questão nada tem a ver com a da protecção da confidencialidade e da salvaguarda do segredo de negócio. O processo é público naquilo que não deva ser legitimamente considerado confidencial, ou seja, o arguido tem direito de acesso a todo o processo na parte em que o mesmo é público.

E em última instância cabe ao tribunal fazer a ponderação a que *supra* se referiu, sendo indiscutível que, se o interesse dos terceiros for legítimo e não tiverem sido violados os direitos de defesa da arguida, cabe ao tribunal zelar pela protecção desses interesses e não levantar a confidencialidade dos mesmos. Se o tribunal entender que a confidencialidade não é justificada, decidirá em conformidade, determinando a que documentos deve ser dado acesso à arguida.

Face ao exposto, conclui-se que o regime legal vigente não viola, em abstracto, os direitos de defesa da arguida.

Passemos então à apreciação da questão de fundo.



Para esse efeito deve aqui distinguir-se os elementos a que a arguida não teve acesso e que poderiam relevar para a sua defesa, dos elementos a que a arguida não teve acesso e que serviram de suporte à acusação.

Relativamente às partes do processo que não foram dadas a conhecer à arguida por não respeitarem ao mesmo, o entendimento do tribunal é que este tipo de documentos, por não respeitar à questão em investigação, não tem de ser dado a conhecer à arguida.

Os elementos úteis para a defesa da arguida são aqueles que respeitam à factualidade que lhe é imputada, ou seja, aqueles que se prendem com os factos de que é acusada, por um lado, e aqueles que permitem afastar a imputação e o juízo de censurabilidade, por outro.

Acresce que, não respeitando à matéria em causa nos autos, são também elementos irrelevantes para o Tribunal que não pode sequer recorrer a quaisquer elementos que não a decisão recorrida para apreciar os factos, ou seja, o tribunal apenas pode atender à decisão recorrida e aos factos dela constantes e é perante os mesmos que aprecia da inteligibilidade e suficiência da decisão.

Por outro lado a PTC não questiona da bondade da decisão da AdC ao invocar que todos estes elementos são confidenciais. Logo, tal questão não vai aqui ser apreciada.

O que a PTC questiona é que tenham sido considerados confidenciais elementos relevantes para a acusação e defesa, por esse motivo, não lhe tenha sido dado conhecimento dos mesmos.

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

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

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

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

Em suma, o facto de não ter sido facultado o acesso da arguida a tais elementos não constitui qualquer violação dos direitos de defesa da arguida.

Relativamente à denúncia, diga-se que a mesma consta do processo e pode ser consultada pela arguida, existindo, porém, segmentos considerados confidenciais por não respeitarem à questão em análise neste processo.

Assim, remete-se para o supra referido a propósito destes elementos.

Acresce que a arguida teve conhecimento de uma circunstância que no seu entender inquina o processo com nulidade, não a suscitou atempadamente mediante recurso de impugnação nos termos do art. 55º do RGCOG e vem agora, em sede de recurso de impugnação judicial da decisão final, requerer a anulação do processado por não ter tido acesso a elementos confidenciais.

Concluindo, no entender do tribunal a AdC, ao não dar acesso à arguida dos documentos supra referenciados que classificou de confidenciais, não violou o direito de audiência e defesa que a esta assiste dado, por um lado, não estarem em causa elementos essenciais para prova da infracção imputada à PTC.

Em suma, não foi preterido neste domínio o direito de audição e defesa da arguida pelo que nenhuma nulidade foi cometida.

*

A violação do direito à informação procedimental

Alega ainda a PTC que o acesso aos autos pela arguida pode ser enquadrado como manifestação do direito fundamental à informação procedimental consagrado no art. 268º, nº 1, da Constituição da República, também regulado no art. 62º do Código de Processo Administrativo.

O citado art. 268º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa dispõe que *Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas.*

Este preceito constitucional, inserido no Título IX da Lei Fundamental cuja epígrafe é "Administração Pública" é reproduzido na íntegra no art. 61º, nº 1, do Código de Processo Administrativo e tem como escopo "facultar aos interessados o exercício do direito à informação, não apenas em relação à decisão final (ou às resoluções definitivas), mas também em relação ao próprio decurso do procedimento, ao seu *andamento*, permitindo-lhes manter-se a par do *iter* da formação da respectiva decisão" (Mário Esteves de Oliveira, i Código de Procedimento Administrativo, comentado, 2ª ed., Almedina, p. 327).

Trata-se, pois, de um princípio fundamental de direito administrativo cujas formas típicas, como refere o autor citado, são a informação directa (art. 61º, nº 2, do Código de Processo Administrativo), a consulta do processo (art. 62º) e as certidões dos documentos (art. 63º).

Sucede que não têm aqui aplicação as regras do direito administrativo. O direito subsidiário aplicável é o RGCOOC e ainda, por força do art. 41º desse diploma, o Código de Processo Penal. Ora o direito contra-ordenacional consagra por si só, no seu art. 50º, o direito de audiência e defesa, sendo este preceito a concretização do direito constitucional consagrado no art. 32º, nº 10, da Constituição da República Portuguesa. As regras respeitantes à consulta do processo e à obtenção de cópias e certidões aqui aplicáveis são as previstas para o processo penal (cfr. arts. 86º, nº 6, al. c), 89º), regime que define e regulamente estas questões com absoluta suficiência e completude, ou seja, que não padece de qualquer lacuna.

Não é, pois, lícito à arguida invocar a violação do direito à informação procedimental consagrado nos arts. 268º da Constituição da República Portuguesa e 61º e segs. do Código de Processo Administrativo por tais normas não serem aqui aplicáveis.

Assim, julgo improcedente o vício suscitado.

*

c) A violação dos direitos de defesa no plano do direito

A este propósito diz a PTC que a AdC na decisão recorrida apresentou uma abordagem jurídica das questões suscitadas e uma subsunção dos comportamentos da

arguida ao tipo diferente da que tinha apresentado anteriormente na nota de ilicitude, não lhe tendo sido dada possibilidade de se defender quanto a esta última versão.

Sobre esta alegada violação a PTC apenas diz que a AdC qualificou a arguida como parceiro comercial inevitável e caracteriza o abuso como resultado de um conjunto de características do comportamento que isoladamente podem não ser censuráveis.

No entanto, a este respeito a arguida não esclarece qual a nova abordagem jurídica feita na decisão recorrida, qual a subsunção que aqui é feita e que diverge das subsunções apresentadas na nota de ilicitude e quais as concretas subsunções do seu comportamento ao tipo haviam sido feitas na nota de ilicitude.

Na verdade, sobre a alegada violação do direito de defesa no plano do direito a PTC apenas invoca o exemplo referido e no mais limita-se a invocar generalidades, considerações e conclusões.

No entanto, o exemplo referido não se vê em que medida pode consubstanciar uma preterição do direito de defesa da arguida, pois a mesma não esclarece em que medida as referências da AdC consubstanciam um enquadramento dos imputados comportamentos diferente daquele que constava da nota de ilicitude.

Concluimos, assim, no que toca ao vício em apreciação, que o mesmo consta do requerimento de recurso de um modo genérico e conclusivo.


A arguida invoca que foi feita uma diferente subsunção dos factos e que a AdC adopta uma abordagem jurídica diversa, mas não indica a que abordagem e subsunção concretas se refere, impedindo assim o tribunal de conhecer do alegado, sendo que não é ao tribunal que cabe descobrir qual a abordagem jurídica e que subsunção constam da decisão e não constam da nota de ilicitude ou constam de moldes diferentes.

Assim, por a arguida não ter respeitado o ónus que sobre si recai de alegar factos concretos e por não se vislumbrar qualquer alteração do ponto de vista jurídico entre o conteúdo da nota de ilicitude e o da decisão recorrida, não há qualquer vício a conhecer nesta sede.

*

d) A violação dos direitos de defesa no plano da sanção

Argumenta a PTC que o seu direito de audiência e defesa foi violado na medida em que na nota de ilicitude não foi indicado o sentido provável da decisão quanto à coima, tendo apenas sido indicadas as balizas da "moldura".



Acrescenta que não foram previamente comunicados à arguida os elementos relevantes para a dosimetria da sanção, não sendo possível perceber a razão pela qual a AdC optou por aplicar uma coima correspondente a 0,1% do volume de negócios, o que impediu a arguida de se defender convenientemente da sanção que lhe foi aplicada.

Apreciando.

Importa referir que, nem do art. 50º do RGCOG, nem do Assento 1/2003, nem da jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa a esta matéria, resulta que todos 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.

É ainda de realçar que não existe, no domínio do direito contra-ordenacional, a obrigação de notificar o arguido do projecto de decisão. Tal imposição existe no âmbito dos processos administrativos, nos termos do art. 100º, nº 1 do Código de Processo Administrativo, mas este diploma não é direito subsidiário do regime legal das contra-ordenações. Neste domínio está consagrado o direito de audiência e defesa que impõe que ao arguido não seja aplicada uma coima sem lhe ser assegurada a possibilidade de se pronunciar, não havendo qualquer norma que imponha que o arguido seja notificado do projecto de decisão.

Ora ao notificar o arguido da nota de ilicitude está-se a assegurar o seu direito de audiência e defesa, não impondo este direito que se notifique o arguido do projecto de decisão.

O que tem que se ser dado a conhecer ao arguido para efeitos de permitir o direito de defesa é o conjunto de factos que a autoridade administrativa entende terem sido praticados e que considera serem integradores de um tipo contra-ordenacional bem como o respectivo enquadramento legal. No que a este enquadramento respeita à arguida tem que ser dado a conhecer o quadro normativo de onde resulta, no entender da autoridade administrativa, subsumida uma infracção bem como as sanções aplicáveis em abstracto. Pretender mais do que isto é pretender algo que a lei não prevê.

Não foi, pois, cometida qualquer nulidade nesta sede.

*



18

ii) Ininteligibilidade da decisão recorrida

Entende a PTC que a decisão recorrida é ininteligível, começando por invocar o art. 133º, nº 2, do Código de Processo Administrativo e terminando pugnando pela nulidade da decisão recorrida por falta de fundamentação nos termos dos arts. 58º, nº 1, al. b), do RGCOG, 374º, nº 2 e 379º, nº 1, al. a) e b) do Código de Processo Penal e 205º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa.

A este propósito refere a PTC que a nota de ilicitude, bem como a decisão final contêm várias contradições que a impediram de exercer cabalmente o seu direito de defesa. Conclui assim que quer a nota de ilicitude quer a decisão final são ininteligíveis e, conseqüentemente, são aquelas peças processuais nulas por falta de fundamentação.

De novo a arguida vem invocar o Código de Processo Administrativo, nomeadamente o seu art. 133º, quando tal diploma não é aqui aplicável, conforme já referido. Para aferir da falta de fundamentação da decisão não há que recorrer ao Código de Processo Administrativo mas, exclusivamente, ao RGCOG.

Quanto ao invocado diga-se que a ininteligibilidade da fundamentação de uma decisão pode acarretar a nulidade da mesma por falta de fundamentação, pois a decisão tem de ser clara, objectiva, passível de ser facilmente entendida e compreendida, isto é, tem de ser inteligível. Se não o for, isto é, se for obscura e não entendível, então a decisão poderá considerar-se como não fundamentada e, por conseguinte, nula.

Analisando a decisão recorrida não se pode concluir ser a mesma ininteligível ao contrário do que pugna a PTC que apenas aponta uma concreta questão, referente à determinação da medida da coima.

Pretende a PTC que a decisão é ininteligível dado não ser possível compreender a metodologia usada para alcançar a fórmula de cálculo da coima. Não lhe assiste razão. A PTC pode discordar da metodologia seguida pela AdC mas daí não resulta que a decisão não seja perceptível.

A AdC enuncia, a partir do art. 1112º da decisão, os factores a considerar para efeitos de determinação da coima.

Assim, não só é possível entender o *iter* cognoscitivo da AdC no que à determinação da medida da coima respeita como o mesmo está perfeitamente plasmado na decisão. Falece, pois, também esta argumentação da arguida.

Em suma, a decisão recorrida não é ininteligível nem padece, por conseguinte, de falta de fundamentação.



Assim, julgo improcedente a arguida nulidade da decisão.

*

iii) Omissão de diligências essenciais para a descoberta da verdade

Invoca a arguida que a AdC se limitou a solicitar-lhe e à denunciante - ONI - elementos documentais e informações, não levando a cabo outras diligências de prova, designadamente a recolha de informações junto de outros operadores do mercado.

No essencial, a arguida entende que a AdC deveria ter solicitado informações a outros operadores.

Antes de mais importa deixar claro que é à AdC que cabe definir quais as diligências de prova que reputa necessárias à instrução do processo, com vista à decisão.

A AdC entendeu não realizar outras diligências.

Por seu lado, a arguida também não as solicitou, nem vem agora demonstrar para que efeito e por que razão eram essenciais.

Em face do exposto entendemos que não foram invocados factos, nem apresentados argumentos que conduzam à conclusão que foram omitidas quaisquer diligências essenciais.

Não resulta, portanto, que tenha sido cometida qualquer nulidade nesta sede.

*

iv) Violação do princípio da não auto-incriminação


Defende a PTC que a AdC lhe dirigiu vários pedidos de informação que, respondidos, serviram para fundamentar a imputada intenção de abuso de posição dominante.

Entende a arguida que goza de estatuto especial, assistindo-lhe os direito ao silêncio e à não auto-incriminação e como tal a AdC não poderia ter utilizado como prova para fundamentar a acusação os elementos fornecidos pela arguida e, ao tê-lo feito, violou os direitos da arguida e afectou todo o processado.

Apreciando.

O direito à não auto-incriminação é, tradicionalmente um dos direitos de defesa dos acusados consagrado nas constituições dos modernos estados de direito.

Tecnicamente, como direito de defesa é, na economia dos direitos liberdades e garantias constitucionalmente consagrados uma garantia, destinando-se a assegurar outros bens, no caso, o direito à liberdade e segurança previsto no art. 27º da

 20

Constituição da República Portuguesa – neste sentido Jorge Miranda *in* Direitos Fundamentais – Introdução Geral, pgs. 56 e 57.

Várias são as manifestações deste princípio na lei ordinária, sendo certamente as mais importantes acolhidas na legislação processual penal, destacando-se os arts. 61º, nº1, al. c) do Código de Processo Penal, sobre o qual nos deteremos adiante, e o art. 132º, nº2 do mesmo diploma (A testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal), mas com outras concretizações como a prevista no art. 89º, nº2, al. c) do Código de Processo Administrativo.

Uma das manifestações do direito à não auto-incriminação é, precisamente, o direito ao silêncio, tratando-se de variantes do mesmo direito, o primeiro mais lato e abrangendo o segundo.

Em processo penal o princípio é claramente aplicável e com toda a amplitude como resulta das disposições citadas, parecendo ser essa a amplitude aplicável defendida pelas arguidas.

No entanto, a questão tem que ser equacionada relativamente ao processo contra-ordenacional, âmbito em que nos movemos.

Temos por certo que, no processamento de contra-ordenações, nomeadamente na fase administrativa, não é aplicável, por qualquer forma, o procedimento administrativo. O direito subsidiário é o processo penal, nos termos do art. 41º nº1 do RGCOC que estabelece *«Sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal.»*

Sobre esta concreta questão da obrigatoriedade de resposta às “perguntas” e satisfação dos pedidos de informação formulados pela AdC, o regime legal está exaustivamente regulado: a AdC tem o poder de formular perguntas e solicitar elementos e informações (art. 17º nº1, als. a) e b) da LdC) no exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão.

Por outro lado recai sobre as empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades o dever de prestar à Autoridade todas as informações e fornecer todos documentos que esta lhes solicite em ordem ao cabal desempenho das suas atribuições, para as quais dispõe de poderes sancionatórios e de supervisão – art. 8º dos Estatutos da AdC.



O facto de este poder da AdC estar consagrado também para procedimentos sancionatórios (aos quais é aplicável o RGCO e o Código de Processo Penal pela via já assinalada) sem que se faça qualquer distinção de regime quanto aos destinatários do dever, pelo contrário, especificando na alínea a) do art. 17º nº1 que este poder se dirige também contra os representantes legais das empresas ou associações de empresas envolvidas, leva à conclusão de que, neste particular, o legislador quis expressamente afastar a aplicabilidade de preceitos em contrário.

Entendemos, pois, que não sendo necessário o recurso ao processo penal, o art. 61º nº1, al. c) do Código de Processo Penal não é aplicável em processo de contra-ordenação da concorrência.

Agora há que verificar se esta garantia constitucionalmente consagrada é ainda aplicável, e em que medida, directamente por via do art. 32º nº10 da Constituição da República Portuguesa.

A questão da aplicabilidade da “carta de direitos de defesa” previstos no art. 32º da Constituição da República Portuguesa ao processo de contra-ordenação e demais processos sancionatórios, tendo sido defendida na doutrina, veio a ser objecto de previsão expressa na segunda revisão constitucional que aditou o nº 10 ao preceito.

Desde então, várias vezes tem sido questionada a plenitude da aplicação de todos os direitos e garantias previstos para o processo penal no processo de contra-ordenação.

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, frisando-se que os últimos foram já proferidos após a entrada em vigor do Decreto Lei nº 244/95 que aproximou as contra-ordenações ao direito penal, como assinalado por Frederico Costa Pinto *in loc. cit.* pg. 80).

Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso Öztürk, traçou a distinção entre as *Ordnungswidrigkeiten* e a infracção penal e decidiu a aplicabilidade do art. 6º da Convenção também às contra-ordenações resultantes de descriminalização (cfr. também Acórdão Lutz) tendo porém já recusado a mesma a contra-ordenações em matéria de construção urbana (decisão de 11/01/01 - Queixa nº 43 862/98, R01-I, pg. 439).

Pode assim afirmar-se que as regras processuais penais não têm aplicação integral no direito contra-ordenacional, sob pena de com tal aplicação desaparecer a diferenciação entre os dois tipos de ilícito, diferenciação essa que existe e é significativa.

A questão ora a responder é a seguinte: o nº1 do art. 32º Constituição da República Portuguesa prescreve que o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso (que não é propriamente uma garantia de defesa mas sim de acesso aos tribunais); no nº10 do preceito estabelece-se que nos processos de contra-ordenação são assegurados os direitos de audiência e de defesa. Em face desta diferença de redacção pode argumentar-se, como parece fazê-lo a AdC, que os direitos de defesa constitucionalmente regulados são apenas aqueles que o RGCOG já prevê, ou seja a audiência e defesa nos termos do art. 50º?

Nos termos do art. 41º nº2 do RGCOG, no processo contra-ordenacional as autoridades administrativas gozam dos mesmos direitos e estão submetidas aos mesmos deveres das entidades competentes para o processo criminal. Ora os direitos e deveres



das entidades competentes para o processo criminal estão organizados e orientados à volta de grandes princípios (António Mendes e José Santos Cabral, loc. cit., pg. 106) que podem ser facilmente identificáveis com a “carta de direitos” do art. 32º da Constituição da República Portuguesa:

a) Promoção ou iniciativa processual: princípios da “oficialidade”, da “legalidade” e da “acusação”.

b) Prossecução ou decurso processual: princípios da “investigação”, da “contraditoriedade”, da “suficiência” e da “concentração”.

c) Prova: princípios da “investigação”, da “livre apreciação da prova” e “*in dubio pro reo*”.

d) Forma: princípios da “publicidade”, da “oralidade” e da “imediatez”.

É inquestionável a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência do arguido em processo contra-ordenacional, com todas as suas consequências, nomeadamente ao nível do ónus da prova e do princípio *in dubio pro reo*.

E tal aplicabilidade não advém da aplicação subsidiária do Código de Processo Penal ou de qualquer outro diploma. É directamente aplicável face à regra do art. 32º nº2, *ex vi* art. 12º nº1 ambos da Constituição da República Portuguesa.

O que há a fazer em cada caso é percorrer a “carta de direitos” e, tendo presente que o legislador dispõe, nesta matéria, de maior maleabilidade - um poder de conformação mais aberto nas palavras do Tribunal Constitucional – identificar quais os que o legislador afastou através das regras próprias e se o fez de forma a atingir de modo inaceitável (inconstitucional) um direito que não podia ser postergado.

A matéria do nº3 foi regulada no art. 53º do RGCO.

O nº4 do art. 34º, por exemplo, foi claramente postergado – a instrução é da competência de uma autoridade administrativa.

O nº5 é claramente aplicável e foi previsto na lei ordinária.

O nº7 do art. 34º é outro exemplo – existem contra-ordenações cuja conduta típica poderá ser lesiva de bens pessoais (não será o caso das regras da defesa da concorrência, que protegem o mercado e não os concorrentes ou directamente os consumidores). Nesses casos o ofendido não tem forma de intervir no processo contra-ordenacional, sendo nitidamente a ausência de regulação deliberada.

O art. 34º nº8 é nesta sede um precioso indício.



Nos termos do art. 42º do RGCOG, cuja epígrafe é um pouco infeliz, estabelece-se a proibição absoluta (insusceptível de suprimento) de intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação ou a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional e a necessidade de consentimento para as provas que colidam com a vida privada bem como exames corporais e prova de sangue – cfr. art. 34º nº4 da Constituição da República Portuguesa – ponderando-se, claramente, o receio de admitir a limitação de um núcleo essencial de direitos num processo que se desenrola na dependência de uma autoridade administrativa.

Ou seja, o legislador pegou num princípio e num feixe de direitos essenciais de defesa e cuidou que não houvesse qualquer hipótese de, num processo de contra-ordenação que não é conduzido por autoridades judiciais, eles fossem beliscados.

Ora, o princípio e a garantia específica que vimos analisando (direito à não auto-incriminação) nada mais é que uma decorrência do princípio da presunção de inocência. A impossibilidade de obrigar alguém a contribuir para a sua própria condenação é decorrência da imposição absoluta de ónus da prova da infracção ao acusador e inexistência de ónus da prova a cargo do acusado, que por sua vez derivam do postulado do art. 32º nº2 da Constituição da República Portuguesa – neste sentido Adriana Dias Paes Ristori *in* Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português, Almedina, 2007, pg. 74.

Ou seja, em processo de contra-ordenação o princípio da não auto-incriminação é aplicável, atento o disposto nos arts. 12º nº1, 32º nº2 e 32º nº10 da Constituição da República Portuguesa.

Por outro lado, as regras próprias deste procedimento prevêem a obrigatoriedade de satisfação dos pedidos de informação e elementos solicitados pela AdC, pelos próprios investigados, sendo a recusa ou prestação de informações falsas punidos com coima.

Importa agora, para saber se as normas em causa previstas para os procedimentos sancionatórios de concorrência devem ceder e em que medida, identificar a razão de ser e o interesse protegido por estas normas.

Recordemos que a defesa da concorrência, nas palavras de Alberto Xavier (*in* Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, nº 136, pg. 87) é, conjuntamente com a propriedade privada e a livre iniciativa, uma das instituições em que assenta o sistema de livre economia de mercado, seu

pressuposto e condição de funcionamento. Daí a sua consagração ao nível de Lei Fundamental, quer na Constituição da República Portuguesa [arts. 80º a) e 81º f)], quer no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (arts. 3º nº1, al. g) e 4º nº1).

É possível dizer com segurança que se o princípio da presunção de inocência é instrumental da liberdade e segurança, a defesa da concorrência é instrumental da livre iniciativa económica.

Ora a livre iniciativa económica é também um direito fundamental (uma liberdade, na asserção acima exposta), mais precisamente um dos direitos fundamentais económicos, sociais e culturais consagrados na Constituição da República Portuguesa.

Nos termos do art. 17º da Constituição da República Portuguesa «*O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.*»

A nível comunitário, o direito à não auto-incriminação no âmbito dos procedimentos sancionatórios comunitários de concorrência, tem o seu enquadramento feito face às normas do Regulamento 17/62 mas que é expectável continue a ser aplicado na vigência do Regulamento 1/2003 – neste sentido Alison Jones e Brenda Sufrin *in* EC Competition Law, pg. 1083, second edition, Oxford University Press.

Foi no caso Orkem/Comissão² que o TJCE, acolhendo como referência direitos nacionais e instrumentos internacionais se pronunciou especificamente sobre esta questão, precisamente quanto aos pedidos de informação formulados pela Comissão ao abrigo do art. 11º do Regulamento. 17/62.

Neste caso o Tribunal considerou (parágrafo 29) não ser possível extrair das ordens jurídicas dos estados membros a existência de um princípio comum aos estados membros mediante o qual o direito de não testemunhar contra si próprio pudesse ser invocado por pessoas colectivas no domínio (não penal) de infracções de natureza económica.

Entendeu também o tribunal (nº 30) que não resultava do texto do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) ou da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) que aquele preceito reconhecesse o direito à não auto-incriminação.

Ainda assim, o tribunal reconheceu às empresas sob investigação um mínimo de protecção, tendo considerado que a Comissão não podia impor à empresa a obrigação

² C-374/87 de 18/10/89 – Colectânea de Jurisprudência 1989 - 3283.

de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção, cuja prova cabe à Comissão (nº35).

O juiz comunitário voltou a apreciar a questão no caso Mannesmannröhren-Werke AG/Comissão³, reconhecendo a evolução da questão à luz da CEDH, mas mantendo integralmente a doutrina Orkem e estabelecendo como matriz das questões não abrangidas pelo direito de defesa as questões puramente factuais.

A questão volta a ser tratada no caso PVC II –Limburgse Vinyl Maatschappij NV e outros/Comissão⁴, no qual o tribunal reconheceu que a jurisprudência do TEDH havia sofrido, desde o caso Orkem, uma evolução, citando os acórdãos Funke, Saunders/Reino Unido e J.B./Suíça (nº 274), mas mantendo a doutrina, à luz do caso concreto.

Os tribunais comunitários voltaram a analisar a questão do direito à não auto-incriminação⁵ em 2004 e 2006 no caso do cartel dos eléctrodos de grafite.

O TPI no seu acórdão de 29/04/04 (nºs 401 a 412) voltou a afirmar a doutrina Orkem e Mannesmannröhren-Werke, assinalando que no caso PVC II, pese embora a enunciação das alterações sofridas pela jurisprudência do TEDH, o tribunal não havia alterado a sua jurisprudência. O tribunal declarou expressamente que esta doutrina não contrariava nem o art. 6º da CEDH nem a jurisprudência do TEDH, considerando, como no caso Mannesmannröhren-Werke que o facto de “ser obrigado a responder às questões puramente factuais colocadas pela Comissão e a satisfazer os seus pedidos de apresentação de documentos preexistentes não é susceptível de violar o princípio do respeito do direito de defesa ou o direito a um processo equitativo que oferecem, no domínio do direito da concorrência, uma protecção equivalente à garantida pelo art. 6º da CEDH. Com efeito nada impede o destinatário de um pedido de informações de demonstrar, mais tarde no quadro do procedimento administrativo ou num processo perante o juiz comunitário, que os factos constantes das suas respostas ou os documentos transmitidos têm um significado diferente daquele que lhes deu a Comissão.”

O TJCE, no acórdão de 29/06/06, confirmou as estatuições do TPI, discordando porém quanto a determinados elementos concretos cujo fornecimento havia sido pedido.

³ Ac TPI - T-112/98 – Colectânea de Jurisprudência II - 729

⁴ Casos C-238, 244-245, 247, 250, 251-252 e 254/99 – Colectânea I - 8375

⁵ Ac. TPI de 29/04/04 Tokai Carbon e outros/Comissão – T-236/01, 239-01, 244/01 a 246/01, 251/01 e 252/01 Colectânea II-1181 e Ac. TJCE de 29/06/06 C-301/04 Comissão/SGL Carbon

Analisando a jurisprudência do TEDH no tocante a esta questão, importa reter que princípio havia sido afirmado largamente no Acórdão Funke, tendo porém o TEDH, no subsequente caso Saunders observado que o direito à não auto-incriminação não se estendia ao uso, em processo penal de material obtido do acusado mediante o uso de poderes compulsórios, por aquele ter existência material independente da vontade do suspeito, tal como documentos.

Após esta análise chegamos à conclusão que a proposição achada pelo juiz comunitário – inexistência de obrigação de fornecer respostas através das quais se seja levado a admitir a existência da infracção, cuja prova cabe à Comissão, não extensível a documentos e puros elementos de facto mesmo que deles resulte a incriminação do investigado, dada a possibilidade de demonstração posterior de significado diverso – pode ser integralmente transposta para o direito doméstico, pelas seguintes ordens de razões:

- não pode ser considerada violadora da jurisprudência do TEDH, à luz do caso Saunders;
- respeita o núcleo essencial do direito à não auto-incriminação, embora restringindo-o;
- essa restrição é permissível (ao contrário do que sucederia com a sua pura eliminação), lida à luz da diferente natureza do ilícito penal e do ilícito contra-ordenacional;
- permite o desenvolvimento da actividade da AdC ao abrigo e para prosseguimento de um direito fundamental social, embora restringindo os poderes desta;
- essa restrição é justificada pela necessidade de respeito do núcleo essencial do direito à não auto-incriminação como derivação da presunção de inocência;
- o processamento permite, no direito nacional, a demonstração de significado diverso em contraponto à obrigatoriedade de fornecimento de resposta a pedidos respeitantes a elementos de facto e documentos – direito de audição e defesa e impugnação judicial de plena jurisdição.

Aqui chegados e juntando as conclusões atingidas à constatação de que o art. 43º, nº3, al. b) é também aplicável aos demais destinatários de informações solicitadas pela AdC que não os arguidos ou empresas objecto de investigação ou supervisão, pode concluir-se que o preceito, em si, não é inconstitucional.



Resta pois, e socorrendo-nos do âmbito identificado do direito à não auto-incriminação identificado, analisar os pedido de informações e fornecimento de elementos formulados para verificar se o núcleo essencial do direito foi violado e, em caso afirmativo, daí extrair consequências para o processado.

Ora, olhando ao pedido de informações, como aliás a arguida admite, verifica-se que as questões e elementos colocados são puramente factuais e de fornecimento de documentos, pelo que não se pode considerar que nenhum dos elementos pedidos e informações solicitadas violam o direito à não auto-incriminação das arguidas tal como ele é entendido em procedimentos sancionatórios e administrativos de concorrência.

Em conclusão, nenhum dos elementos solicitados pelos pedidos de informação dirigidos à arguida pela AdC implicava, para a mesma, uma admissão da prática dos ilícitos imputados. Assim, o pedido de elementos foi plenamente válido e eficaz à luz da Lei da Concorrência e dos preceitos constitucionais aplicáveis.

Pelo exposto julgo improcedentes a arguida nulidade.

*

v) Da intervenção da Comissão Europeia

Invoca a PTC a existência de uma irregularidade processual resultante do facto de a AdC não ter comunicado previamente à Comissão Europeia a decisão que veio a adoptar.

Alega que a AdC comunicou apenas a nota de ilicitude, não informou que a arguida já tinha apresentado a sua defesa, nem como iria considerara a mesma.

Assim, entende que a irregularidade resulta do facto de a AdC não lhe ter dado a conhecer a decisão, pelo que com base na nota de ilicitude a Comissão não tomou conhecimento da medida da coima que pretendia aplicar. -

Para apreciar esta questão há que considerar que a 19 de Dezembro de 2007 a AdC enviou à Comissão Europeia a nota de ilicitude, conforme doc. fls. 893/894.

No dia 20 de Dezembro de 2007 a Comissão informou ter recebido aquela comunicação, para os efeitos do art. 11º, nº 4, do Regulamento 1/03 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002.

Tal disposição prescreve que: *O mais tardar 30 dias antes da aprovação de uma decisão em que exijam que seja posto termo a uma infracção, aceitem compromissos ou retirem o benefício de um regulamento de isenção por categoria, as autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria da concorrência devem informar o facto a Comissão. Para tal, devem facultar à Comissão um resumo do*

processo, a decisão prevista ou, na sua ausência, qualquer outro documento que indique qual a linha de acção proposta...

A PTC põe em causa a notificação, alegando que apenas foi remetida a nota de ilicitude e não o projecto da decisão.

No que à Comissão Europeia respeita, a lei comunitária não impõe a obrigatoriedade de comunicar o projecto de decisão, sendo muito explícito o supra citado art. 11º, nº 4, ao referir que a autoridade nacional pode limitar-se a enviar um documento que indique qual a linha de acção proposta. Daqui resulta que o que tem que ser comunicado no que ao dispositivo respeita é tão só a "linha de acção" e não a decisão definitiva. Acresce que esta preceito está sobretudo pensado para os casos em que a autoridade nacional exige que seja posto termo a uma infracção, aceite compromissos ou retire o benefício de um regulamento de isenção por categoria, caso em que a autoridade tem que especificar que tipo de actuação está a seguir e qual a medida que vai adoptar. Ora não é este o caso dos autos em que está em causa, tão só, a aplicação da coima.

Acresce que a Comissão não tem competência para se pronunciar sobre a coima aplicada pela autoridade nacional pelo que não faz qualquer sentido pretender que a Comissão tem que ser notificada desta.

O objectivo da notificação à Comissão não é o de permitir a esta "controlar" ou "fiscalizar" a actividade das autoridades nacionais. O que se pretende aqui é, com vista à aplicação eficaz e harmonizada dos arts. 101º e 102º do Tratado, instituir um mecanismo de cooperação entre a Comissão e as autoridades nacionais que permita que não corram termos em paralelo processos em que se apreciem as mesmas práticas e que permita à Comissão, "avocar" o processo e tomar ela própria uma decisão que pode determinar o desfecho do processo nacional (cfr. arts. 7º a 13º do Regulamento 1/03).

Sendo este o objectivo da comunicação imposta às autoridades nacionais, é evidente que a mesma não inclui a necessidade de comunicar o montante da coima ou as sanções acessórias que a autoridade nacional vai aplicar.

Em suma, não houve nesta matéria (intervenção da Comissão) qualquer irregularidade.

*

vi) Da intervenção do ICP-Anacom

A PTC defende que a AdC não comunicou previamente ao ICP-Anacom a medida da coima que pretendia aplicar, bem como não forneceu todos os dados relevantes para

aquela entidade se pronunciar sobre os cálculos efectuados pela AdC, nem esta entidade tomou em consideração o parecer do ICP-Anacom no que respeita à incorrecção da apresentação dos gráficos 4 e 5.

Antes de mais há que esclarecer qual a natureza e função do aludido parecer, tendo como assente que não há qualquer disposição legal na Lei 18/03 que discipline esta questão.

O primeiro comentário a fazer é o de que o parecer pedido à entidade reguladora não é vinculativo. Com efeito, a lei limita-se a determinar que o pedido de parecer é obrigatório mas não refere que a AdC está obrigada a decidir em conformidade com o parecer, parecer esse que, aliás, pode nem ser junto pela entidade reguladora sem que daí resulte qualquer consequência processual, prosseguindo os autos nos seus devidos termos.

De seguida é de ter em consideração que o parecer não se destina a determinar se foi ou não cometida uma infracção nem tão pouco a pedir à reguladora que confirme a prática da infracção ou que emita juízo sobre a ou as sanções que a AdC pensa aplicar. Esta conclusão resulta da interpretação do art. 28º que é, no entender do tribunal, muito claro. Quando a AdC conclui que está em causa uma prática restritiva da concorrência e que a mesma tem incidência num mercado regulado tem que pedir parecer à entidade reguladora. Ora daqui resulta claro que quando é solicitado o parecer já a AdC concluiu pela prática da infracção. Logo, a função do parecer não pode ser o de pronúncia sobre a existência ou não da infracção até porque a competência nesta sede é da AdC e não da autoridade reguladora.

O parecer serve para auxiliar a AdC no que concerne aos factos e conclusões relacionados com o mercado regulado, tendo a entidade reguladora, por força das suas funções, uma posição privilegiada para se pronunciar sobre estas matérias, apontando eventuais lacunas, erros ou omissões à exposição dos factos e conclusões sobre que é chamada a pronunciar-se. Mas, repita-se, o parecer da reguladora não tem força vinculativa para a AdC que pode não tomar em linha de conta as sugestões ou correcções que lhe forem comunicadas pela autoridade reguladora.

E tanto assim é que a lei não obriga a AdC a comunicar à reguladora, no caso o ICP-Anacom (cfr. art. 6º, nº 4, al. e), do Decreto-Lei 10/03 de 18 de Janeiro), o projecto de decisão. O que o art. 28º diz é que tem que ser pedido um parecer, o que significa que

a AdC terá que comunicar ao ICP-Anacom os elementos que entende relevantes e com base nos quais conclui estar em causa uma prática restritiva.

Aqui chegados importa apurar se a AdC deu ou não a conhecer ao ICP-Anacom os aspectos relevantes nos quais funda a sua decisão.

Ora, a AdC comunicou ao regulador o projecto de decisão, sendo que a este propósito não esclarece a arguida em que medida o mesmo diverge da decisão final.

O que a arguida específica é que não foi dado conhecimento da medida da coima.

A questão da determinação da medida da coima é questão sobre a qual só a AdC tem competência para se pronunciar, não cabendo ao ICP-Anacom emitir qualquer parecer sobre tal matéria.

Sobre este aspecto a AdC não tem, nem deve, solicitar parecer à reguladora. A competência para aplicar a ou as sanções a quem praticou uma infracção à lei da concorrência é da AdC que, nesta sede, actua com absoluta independência (cfr. arts. 1º, nº 2, 4º e 7º, nº 2, dos Estatutos da AdC).

O ICP-Anacom, entidade com competência reguladora sobre o sector das Comunicações não tem competência para apreciar e sancionar infracções à lei da concorrência. Logo, o ICP-Anacom não só não tem que se pronunciar pela prática da infracção como não tem, nem pode, pronunciar-se sobre a ou as sanções que a autoridade competente pretende aplicar nem, tão pouco, sobre os elementos relativos à medida concreta da coima.

Refere ainda a arguida que o regulador menciona não se pronunciar sobre os cálculos efectuados por não dispor de todos os dados relevantes.

Neste particular e não sendo explicados que cálculos estão em causa, afigura-se que os mesmos não seriam importantes para enquadrar a infracção imputada à arguida, pelo que não podem considerar-se um elemento relevante nesta sede. Logo, não tinha que ser dado conhecimento ao ICP-Anacom.

Pelo exposto conclui-se não ter sido omitido no projecto de decisão dado a conhecer ao ICP-Anacom qualquer elemento ou facto relevante.

*

*

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

*

FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

Matéria de facto provada

Procedeu-se a julgamento com observância do legal formalismo e da discussão da causa resultaram provados os seguintes factos, com interesse para a decisão da mesma:

1. A arguida PT Comunicações, S.A. pessoa colectiva n.º 504 615 947 com sede na Rua Andrade Corvo, n.º 6, em Lisboa encontra-se matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa.

2. A PTC tem como principais actividades o estabelecimento, a gestão e a exploração de infra-estruturas de telecomunicações, a prestação de serviços de telecomunicações e de serviços de transporte e difusão de sinal, bem como o exercício de quaisquer actividades que sejam complementares, subsidiárias ou acessórias daquelas, directamente ou através da constituição ou participação em sociedades.

3. A PTC adquiriu a propriedade da rede básica de telecomunicações com base em contrato cuja minuta foi aprovada - juntamente com a minuta da alteração do contrato de concessão -, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 147/2002, de 26 de Dezembro.

4. A PTC é 100% detida pela Portugal Telecom, SGPS, S.A., pessoa colectiva n.º 503 215 058, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa com sede na Av. Fontes Pereira de Melo, n.º 40, em Lisboa.

5. A Portugal Telecom, SGPS, S.A. detém a maioria do capital social da PT Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A..

6. O volume de negócios da arguida foi:

- em 2003, de 2.132.294.232 Euros;
- em 2004, de 2.116.268.359 Euros;
- em 2007, de 1.779.319.662 Euros.

7. A arguida é 100% detida pela Portugal Telecom, SGPS, S.A. (PT SGPS), pessoa colectiva n.º 503 215 058, com sede na Av. Fontes Pereira de Melo, n.º 40, em Lisboa, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa com o n.º 3602.

8. Integra o grupo económico conhecido como Grupo PT, liderado pela PT SGPS.

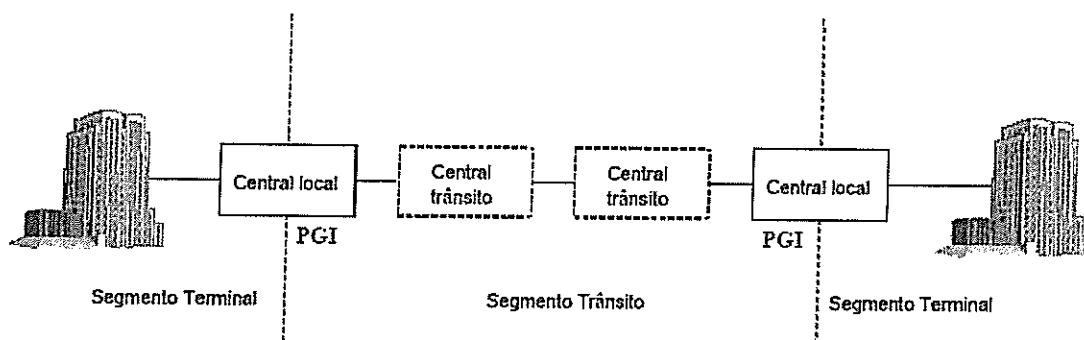
9. O Grupo PT é constituído por várias empresas, entre as quais a PT Prime e a TMN - Telecomunicações Móveis Nacionais, SA, que operam, a nível nacional e

internacional, em diversas áreas de negócio relacionadas com as comunicações electrónicas: infra-estruturas e serviços a operadores, serviço fixo de telefone, comunicações móveis, transmissão de dados e televisão por subscrição, entre outras.

10. Trata-se de um grupo verticalmente integrado, com presença quer nos mercados retalhistas, quer nos respectivos mercados grossistas de comunicações electrónicas.

11. O serviço de aluguer de circuitos possibilita uma ligação física permanente e transparente entre dois pontos, para o uso exclusivo do utilizador, com velocidade de transmissão simétrica e sobre a qual é cursado tráfego de voz e/ou de dados.

12. Um circuito alugado é normalmente constituído por segmentos terminais e por um segmento de trânsito, esquematicamente representado nos termos seguintes:



13. Os segmentos terminais (igualmente designados por terminações, prolongamentos locais ou pontas) correspondem à ligação física entre as instalações do cliente e a central local mais próxima do operador de rede fornecedor.

14. O segmento de trânsito (igualmente designado por troço de interligação ou troço principal) corresponde à ligação física entre segmentos terminais.

15. O serviço de aluguer de circuitos pode ser oferecido com a base na tecnologia analógica ou digital e, em termos de infra-estrutura, o suporte pode ser a rede de cobre ou a rede de fibra óptica.

16. Nos circuitos alugados de mais alto débito (superior a 2 Mbps), a infra-estrutura de suporte é essencialmente a rede de fibra óptica e a tecnologia SDH.

17. Nos segmentos terminais analógicos e digitais de mais baixo débito (débito igual ou inferior a 2 Mbps), as infra-estruturas utilizadas são maioritariamente a rede de cobre e tecnologias associadas, nomeadamente a tecnologia PDH.

18. Em nós de rede com menores requisitos de capacidade e/ou zonas de difícil acesso podem ser utilizadas tecnologias de micro-ondas (feixe hertziano) e, no caso das

terminações locais, nomeadamente as de 2 Mbps, podem também ser utilizadas tecnologias xDSL, nomeadamente o HDSL ou SHDSL.

19. Para grandes distâncias utilizam-se cabos submarinos, sobretudo entre pontos de maior agregação de tráfego em diferentes continentes, ou satélites.

20. Estes sistemas são utilizados nos circuitos internacionais e nas ligações para as regiões autónomas dos Açores e da Madeira.

21. Os circuitos são alugados por clientes de retalho (clientes empresariais) e por clientes grossistas, empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas.

22. Os clientes de retalho utilizam os circuitos alugados para transporte de tráfego de dados e/ou voz entre duas ou mais instalações da empresa com localizações geográficas distintas.

23. Os clientes grossistas, alugam circuitos de interligação entre redes (fixas e móveis), para desenvolvimento de rede própria necessária ao fornecimento de outros serviços de comunicações electrónicas, que são comprados pelos seus clientes – serviços de transporte de dados (ATM, Frame-Relay, etc.), serviços de acesso à Internet (acesso IP), serviços de comunicações fixas e móveis e soluções empresariais (por exemplo, VPNs) e ainda para revenda.

24. Em Portugal, a generalidade dos circuitos alugados oferecidos no mercado de retalho pelas empresas do Grupo PT e pelos outros operadores são suportados na oferta grossista de circuitos alugados da PTC.

25. Quanto aos mercados grossistas, a PTC é a única empresa do Grupo PT que disponibiliza o serviço de aluguer de circuitos a outros operadores e prestadores de serviços de comunicações electrónicas.

26. Relativamente ao mercado de retalho, o Grupo PT oferece serviços de aluguer de circuitos através da PTC e através da PT Prime.

27. Na prestação do serviço de aluguer de circuitos no mercado de retalho a PTC recorre à sua infra-estrutura de rede.

28. No mercado de retalho a PT Prime recorre à oferta grossista da PTC.

29. Para além da PTC e da PT Prime, entre Março de 2003 e Março de 2004, presentes nos mercados de circuitos alugados a Vodafone, a ONI, a Sonaecom – SGPS, S.A. (Sonaecom), a Jazztel Portugal – Serviços de Telecomunicações, S.A. (Jazztel), a KPN Eurorings B.V. (KPN), a COLT PORTUGAL (COLT), a TMN

Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. (TMN), a RENTELECOM – Comunicações, S.A. (RENTelecom), a REFER TELECOM – Serviços de Telecomunicações, S.A. (ReferTelecom) e a Cabovisão, Televisão por Cabo S.A. (Cabovisão).

30. A rede de circuitos alugados da PTC abrange todo o território nacional.

31. A PTC apresenta preços específicos para rotas pré-definidas (Lisboa-Coimbra, Lisboa-Porto e Lisboa-Faro), e para circuitos CAM.

32. Para os circuitos de mais alto débito (iguais ou superiores a 155 Mbps) o preço é definido caso a caso.

33. A PT Prime não apresenta preços específicos para rotas.

34. As redes de transporte da ONI e da Novis Telecom, S.A. (Novis), cobrem as cidades “mais importantes” do território continental através de fibra óptica, sendo que existem redes metropolitanas de acesso em fibra óptica (MAN) nestas cidades.

35. A ReferTelecom, a RENTelecom e a Cabovisão são detentores de extensa infra-estrutura de fibra óptica que cobrem sobretudo as principais ligações entre cidades nacionais.

36. A rede de transmissão dos restantes operadores está sobretudo presente nos grandes centros urbanos (nomeadamente em Lisboa e no Porto).

37. Na deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 8.07.2005, concluiu-se que o mercado retalhista de circuitos alugados é constituído por circuitos analógicos e circuitos digitais até 2 Mbps inclusive), abrangendo todo o território nacional (incluindo circuitos CAM e rotas).

38. Em termos das quotas de mercado, as empresas do Grupo PT no mercado retalhista de circuitos alugados analógicos detinham uma quota de 100%.

39. Ao nível dos circuitos alugados digitais, as empresas do Grupo PT, no final de 2004, possuíam uma quota de 93%, ao nível das receitas.

40. (...) E em 2000 a quota de mercado das empresas do Grupo PT era de aproximadamente 100%.

41. Na deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 8.07.2005, concluiu-se que os mercados grossistas relevantes de circuitos alugados: (i) segmentos terminais analógicos e digitais, sem distinção de capacidade, abrangendo todo o território nacional; e (ii) segmentos de

trânsito analógicos e digitais sem distinção de capacidade, abrangendo o território nacional.

42. No mercado grossista dos segmentos terminais analógicos e digitais, a quota de mercado da PTC tem-se mantido em valores muito próximos dos 100%, independentemente da capacidade de transmissão.

43. No mercado grossista de segmentos de trânsito analógicos a PTC tem uma quota de 100%.

44. No mercado grossista de segmentos de trânsito digitais, a quota de mercado, em receitas, da PTC foi, entre 2000 e 2004, sempre superior a cerca de 86%.

45. A replicação da infra-estrutura da PTC exige elevados e morosos investimentos.

46. Por deliberação de 6 de Abril de 2000, o ICP-ANACOM determinou, nos termos do art. 23º do Regulamento de Exploração de Redes Públicas de Telecomunicações (RERPT), a oferta de um conjunto mínimo de circuitos alugados por parte da empresa concessionária do serviço público de telecomunicações, nos termos que constam a fls. 886/887 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido.

47. Por deliberação de 27 de Julho de 2000, o ICP-ANACOM recomendou à PTC a reformulação dos preços dos circuitos CAM (Continente - Açores - Madeira), tendo em consideração o disposto no n.º 1 do art. 28º do RERPT e a necessidade de evitar a formação de barreiras tarifárias ao desenvolvimento da concorrência nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, nos termos que constam a fls. 889 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido.

48. Por deliberação de 21 de Dezembro de 2000, o ICP-ANACOM decidiu não se opor à implementação do tarifário dos circuitos alugados CAM apresentado pela PTC, com entrada em vigor a 1 de Janeiro de 2001, por este traduzir um movimento de descida de preços que o regulador considerou desejável, nos termos que constam a fls. 889 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido.

49. Em 29 de Novembro de 2001, o ICP-ANACOM determinou que a PTC procedesse a uma reformulação da sua oferta de circuitos alugados, até 14 de Dezembro de 2001, à luz dos princípios da transparência, da não discriminação e da orientação para os custos, contemplando, nomeadamente:

- A revisão do sistema de descontos em vigor (com vista à sua simplificação e tendo sempre presente a necessária relação entre os descontos atribuídos e as poupanças de custos efectivamente concretizadas, independentemente da sua natureza);

- Uma significativa redução de preços dos circuitos com capacidade entre 64Kbps e os 2Mbps e dos circuitos digitais com capacidade igual ou superior a 2Mbps, no sentido de uma adequada compatibilização com o princípio da orientação para os custos; e

- A dinamização da oferta de circuitos de alta capacidade, nos termos que constam a fls. 891 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido.

50. Em 14 de Dezembro de 2001, a PTC remeteu ao ICP-ANACOM uma proposta de tarifário a aplicar aos circuitos digitais de capacidades compreendidas entre os 64 kbps e os 34 Mbps, destinada a vigorar a partir de 1 de Janeiro de 2002.

51. Em 19 de Setembro de 2002, o ICP-ANACOM deliberou sobre a necessidade de reformulação da proposta de tarifário remetida pela PTC em 14 de Dezembro de 2001, nos termos que constam a fls. 893 a 895 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido.

52. A PTC remeteu ao regulador sectorial nova proposta de tarifário para os circuitos alugados em 14 de Outubro de 2002.

53. Em 7 de Novembro de 2002 o ICP-ANACOM deliberou que a nova proposta de tarifário apresentada pela PTC em 14 de Outubro de 2002 era incompatível com o constante na sua deliberação de 19 de Setembro de 2002, no que se refere ao cumprimento do princípio da orientação para os custos, tendo decidido recusar a proposta da PTC, nos termos que constam a fls. 897 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido.

54. Na mesma deliberação, considerando que o tempo decorrido desde o início do processo que visava a reformulação do tarifário permitiu ao regulador sectorial dispor de dados actualizados evidenciando custos, na globalidade, mais reduzidos para este serviço, foi ainda decidido suspender a eficácia da deliberação de 19 de Setembro de 2002 e determinada a reanálise do processo, nos termos que constam a fls. 897 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido.

55. Em 16 de Dezembro de 2002, a PTC remeteu uma nova proposta de tarifário para o serviço de aluguer de circuitos.

56. Neste período a arguida forneceu ao ICP-ANACOM informação solicitada por esta entidade e que está na base da análise deste.

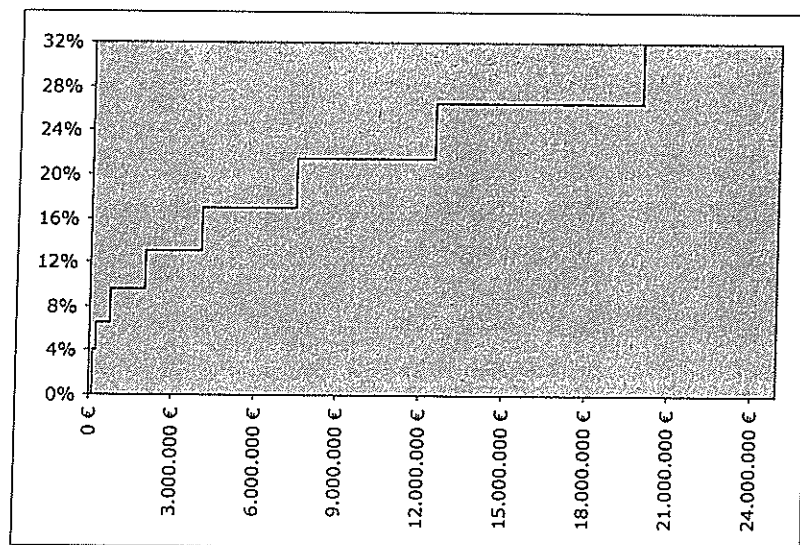
57. Em 26 de Dezembro de 2002, o ICP-ANACOM deliberou não se opor à entrada em vigor do tarifário de circuitos alugados apresentado pela PTC m 16 de Dezembro de 2002, nos termos que constam a fls. 899/900 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido.

58. O tarifário veio a vigorar a partir de 1 de Março de 2003, tendo sido praticado pela PTC até 7 de Março de 2004.

59. O tarifário em causa incorporava uma estrutura de descontos relativa aos circuitos com débito até 34 Mbps nos seguintes termos:

Escalão de facturação bruta mensal	% de desconto	Facturação líquida mensal
Escalão A: igual ou superior a 19.951.916 €	32,0%	[13.567.303 €; +∞[
Escalão B: [12.469.947 €; 19.951.916 €[26,5%	[9.165.411 €; 14.664.658 €[
Escalão C: [7.481.968 €; 12.469.947 €[21,5%	[5.873.345 €; 9.788.908 €[
Escalão D: [3.990.383 €; 7.481.968 €[17,0%	[3.312.018 €; 6.210.033 €[
Escalão E: [1.995.192 €; 3.990.383 €[13,0%	[1.735.817 €; 3.471.632 €[
Escalão F: [748.197 €; 1.995.192 €[9,5%	[677.118 €; 1.805.648 €[
Escalão G: [249.399 €; 748.197 €[6,5%	[233.188 €; 699.563 €[
Escalão H: [99.760 €; 249.399 €[4,0%	[95.770 €; 239.422 €[

60. Graficamente a tabela de descontos tem a seguinte apresentação:



61. O mesmo tarifário previa descontos para circuitos de alto débito, 45Mbps, 155Mbps, 622Mbps e 2,5Gbps, nos seguintes termos:

Volume de facturação anual	% de desconto
igual ou superior a 25.000.000 €	10 %
[0€; 25.000.000 €[0 %

62. Esquemáticamente o tarifário em análise previa os seguintes descontos:

Desconto de facturação aplicável aos circuitos até 34Mbps (em vigor entre 01/03/2003 e 07/03/2004)			Desconto de facturação aplicável aos circuitos >34Mbps (em vigor até 7 de Março de 2004)				
Escalação	Volume de facturação mensal (após atribuição do prémio de permanência)		% de desconto	Escalação	Volume de facturação mensal equivalente		% de desconto
	Limite inferior (inclusive)	Limite superior (inclusive)			Limite inferior (inclusive)	Limite superior (inclusive)	
I	€ 0.00	€ 99 759.99	0.00%	B	€ 0.00	€ 2 083 333.33	0.00%
H	€ 99 760.00	€ 249 398.99	4.00%				
G	€ 249 399.00	€ 748 196.99	6.50%				
F	€ 748 197.00	€ 1 995 191.99	9.50%				
E	€ 1 995 192.00	€ 3 990 383.99	13.00%				
D	€ 3 990 384.00	€ 7 481 968.99	17.00%	A	€ 2 083 333.34	10.00%	
C	€ 7 481 969.00	€ 12 469 947.99	21.50%				
B	€ 12 469 948.00	€ 19 951 915.99	26.50%				
A	€ 19 951 916.00		32.00%				

63. Para efeitos do cálculo da percentagem de desconto de facturação era considerada a facturação dos circuitos com débito até 34 Mbps e a facturação dos circuitos de alto débito ou circuitos com débito de 45 Mbps, 155 Mbps, 622 Mbps e 2,5 Gbps.

64. A percentagem de desconto apurada incidia sobre a facturação dos circuitos com débito até 34 Mbps.

65. Era ainda aplicável um prémio de permanência, nos seguintes termos:

Facturação anual do circuito líquida de desconto de facturação	% de desconto
1.º ANO	2,0%
2.º ANO	4,0%
3.º ANO	6,0%
4.º ANO	8,0%
5.º ANO	10,0%

66. Em Junho de 2003 passou a ser aplicada a «solução de transporte de capacidade», essencialmente a operadores com redes de grande capilaridade nacional e com necessidades de débitos elevados na mesma rota.

67. As condições desta «solução de transporte de capacidade caracterizavam-se

- Pela aplicação de um tarifário por rotas e zonas geográficas,
- Pela aplicação de descontos de agregação de débito (que podiam atingir 50% para ligações numa mesma rota), e
- Pela aplicação de prémios (que podiam atingir 30%, atribuídos por ligação e em função do número de anos).

68. Esta solução aplicava-se essencialmente a operadores de redes de comunicações móveis.

69. Apenas a Vodafone contratou com a PTC esta «solução», em Setembro de 2003, com efeitos reportados a Março de 2003.

O tarifário em causa teve a seguinte aplicação prática:

Escalões	% desc.	Empresas em cada escalão
Escalão A	32,0%	-
Escalão B	26,5%	PT PRIME
Escalão C	21,5%	PT PRIME; TMN
Escalão D	17,0%	TMN
Escalão E	13,0%	Outros
Escalão F	9,5%	Outros
Escalão G	6,5%	Outros
Escalão H	4,0%	Outros

70. Por aplicação do tarifário em análise os descontos de facturação para os circuitos com débito até 34 Mbps foram os que constam da tabela 12 da decisão impugnada, cujo conteúdo se dá aqui por reproduzido na íntegra, designadamente:

Empresa	Fact. T6 + SDH	Desc. T6	Taxa média desc. (T6)
Outro Operador			1,7%
Outro Operador			6,5%
Outro Operador			3,1%
Outro Operador			3,5%
ONI	22.115.236 €	2.171.464 €	9,8%
OPTIMUS	23.083.648 €	2.334.930 €	10,1%
PT PRIME	146.197.062 €	27.515.480 €	18,8%
TMN	61.811.641 €	8.326.384 €	13,5%
Outro Operador			0,8%
Outros Operadores			0,0%
VODAFONE	19.006.150 €	1.938.238 €	10,2%
PT PRIME+TMN	208.008.702 €	35.841.864 €	17,2%
GRUPO PT	208.081.092 €	35.841.864 €	17,2%
Total s/ GRUPO PT	76.385.757 €	6.848.348 €	9,0%
Total	284.466.849 €	42.690.212 €	15,0%

Fact. T6 + SDH: somatório da facturação mensal dos circuitos nacionais e da parte nacional dos circuitos internacionais com débito até 34 Mbps e dos circuitos SDH, incluindo instalações, mensalidades e acertos efectuados no respectivo mês, relativos a instalações e mensalidades de meses anteriores, ou seja, somatório das colunas "Fact T6" e "Fact SDH", para o período entre 01.03.2003 e 29.02.2004.

Desc. T6: somatório do desconto de facturação mensal aplicável aos circuitos com débito até 34 Mbps, ou seja, somatório da coluna "Desc Fact", para o período entre 01.03.2003 e 29.02.2004.

Taxa média desc. (T6): [Desc. T6]/[Fact. T6 + SDH].

71. Por aplicação do tarifário em análise os descontos de facturação para os circuitos com débito até 34 Mbps e circuitos SDH foram os que constam da tabela 13 da

decisão impugnada, cujo conteúdo se dá aqui por reproduzido na íntegra, designadamente:

Empresa	Fact. T6 + SDH	Desc. T6+SDH	Taxa média desc. (T6+SDH)
Outro Operador			1,7%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			6,5%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			3,1%
Outro Operador			3,5%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			9,8%
Outro Operador			10,1%
PT PRIME			20,3%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			0,0%
TELEPAC-C.INTERACTIVAS			0,0%
TMN			13,5%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			0,8%
Outro Operador			0,0%
Outro Operador			10,2%
PT PRIME+TMN			18,3%
GRUPO PT			18,3%
Total s/ GRUPO PT			9,0%
Total			15,8%

72. A aplicação prática do desconto para os circuitos SDH, previsto no tarifário em apreciação é a que consta da tabela 17 da decisão impugnada, cujo conteúdo se dá aqui por reproduzido na íntegra, designadamente:

Empresa	Fact. SDH	Desc. SDH
KPNQWEST PORTUGAL	229.776 €	-
NOVIS	16.500 €	-
OPTIMUS	7.750 €	-
PT PRIME	29.643.250 €	2.222.752 €
TMN	14.121.824 €	-

Empresa	Fact. SDH	Desc. SDH
VODAFONE	2.480.899 €	-
Total	46.500.000 €	2.222.752 €

Fact. SDH: somatório da facturação mensal dos circuitos nacionais e da parte nacional dos circuitos internacionais dos circuitos SDH, incluindo instalações, mensalidades e acertos efectuados no respectivo mês, relativos a instalações e mensalidades de meses anteriores, ou seja, somatório da coluna "Fact SDH", para o período entre 01.03.2003 e 29.02.2004.

Desc. SDH: somatório do desconto referente aos circuitos SDH, ou seja, somatório da coluna "Desc Fact SDH", para o período entre 01.03.2003 e 29.02.2004.

73. A representação prática da aplicação do desconto para os circuitos SDH, previsto no tarifário anterior ao aplicável entre 1.03.2003 e 7.03.2004 é a que consta da tabela 18 da decisão impugnada, cujo conteúdo se dá aqui por reproduzido na íntegra.

74. Os descontos praticados na União Europeia eram os seguintes:

Países	Observações	Limite inferior 1º Escalão (€/mês)	Limite inferior último escalão (€/mês)	Número de escalões	Percentagem de Desconto		
					Mínima	Máxima	Permanência
Austria		30 280	1 211 214	4	5%	12%	2% a 5%
Bélgica	2 Mbps	10 329	247 894	6	1%	6%	Até 9.5%
	Restantes circuitos	7 437	99 157	5	5%	13%	5% a 14%
França	Internac.	695 167	146 351 057	8	5.6%	19%	7.5% a 15%
	Nacionais						10% a 15%
Grécia		99 999	19 999 999	9	5%	25%	3% a 5% só internac.
Holanda	Por localização	5 672	11 345	2	9%	14%	N.a.
	Por contrato Internac.	5 672	37 814	3	6%	7%	N.a.
Irlanda	Descontos a partir do 2º ano	6 718	6 717 654	11	3%	10%	1% a 3%
Itália	Nos circuitos de 34 Mbps		430 381				Caso a caso
Reino Unido	Internac.	11 906	25 000	2	6%	12%	10% a 20%
	Nacionais	-	-	-	-	-	30% a 10%
Suécia	Internac.	-	-	-	-	-	3% a 10%
Portugal	Facturação global	99 760	19 951 916	8	4%	32%	2% a 10%

Dados retirados das publicações Tarifária

75. No tarifário anterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004, tinha aplicação um desconto de configuração estável, nos seguintes termos:

Escalões de facturação trimestral (s/ IVA)		Prazo contratual			
		2 anos	3 anos	4 anos	5 anos
A3	igual ou superior a 2.493.989 €	16%	18%	21%	25%
A2	[1.246.995 €; 2.493.989 €[15%	17%	20%	24%
A1	[426.323 €; 1.246.995 €[13%	16%	19%	23%
B	[127.892 €; 426.323 €[11%	14%	17%	21%
C	[95.919 €; 127.892 €[10%	13%	16%	20%
D	[63.946 €; 95.919 €[8%	11%	14%	18%
E	[31.973 €; 63.946 €[6%	9%	12%	16%
F	[12.769 €; 31.973 €[5%	8%	11%	15%

76. Aplicava-se ainda um desconto de digitalização, correspondente a 7,5% a adicionar ao desconto de configuração estável, desde que o volume de facturação trimestral pertencesse ao escalão máximo definido para o desconto de configuração estável e o valor da facturação dos circuitos de débito igual ou superior a 2 Mbps correspondesse no mínimo a 95% do volume total de facturação.

77. Tinha também aplicação o rappel anual, desconto de 5% a adicionar ao desconto de configuração estável e ao desconto de digitalização, se o volume de facturação trimestral pertencesse ao escalão máximo definido para o desconto de configuração estável.

78. Este rappel era atribuído mensal ou anualmente, em função do que estivesse definido em termos contratuais.

79. Caso o cliente optasse pelo contrato de rede normal, o desconto aplicava-se a redes de circuitos com um prazo contratual de 2, 3, 4 ou 5 anos, nos seguintes termos:

Escalões de facturação trimestral (s/ IVA)		Prazo contratual														
		2 anos		3 anos			4 anos				5 anos					
		1.º	2.º	1.º	2.º	3.º	1.º	2.º	3.º	4.º	1.º	2.º	3.º	4.º	5.º	
A3	igual ou superior a 2.493.989 €	12%	15%	13%	15%	17%	15%	16%	18%	20%	16%	18%	20%	22%	24%	
A2	[1.246.995 €; 2.493.989 €]	11%	14%	12%	14%	16%	14%	15%	17%	19%	15%	17%	19%	21%	23%	
A1	[426.323 €; 1.246.995 €]	10%	12%	11%	13%	15%	12%	14%	16%	18%	14%	16%	18%	20%	22%	
B	[127.892 €; 426.323 €]	8%	10%	9%	11%	13%	10%	12%	14%	16%	12%	14%	16%	18%	20%	
C	[95.919 €; 127.892 €]	7%	9%	8%	10%	12%	9%	11%	13%	15%	11%	13%	15%	17%	19%	
D	[63.946 €; 95.919 €]	5%	7%	6%	8%	10%	7%	9%	11%	13%	9%	11%	13%	15%	17%	
E	[31.973 €; 63.946 €]	3%	5%	4%	6%	8%	5%	7%	9%	11%	7%	9%	11%	13%	15%	
F	[12.769 €; 31.973 €]	2%	4%	3%	5%	7%	4%	6%	8%	10%	6%	8%	10%	12%	14%	

80. Era igualmente aplicado um desconto mensal de agregação de débito/capacidade, nos seguintes termos:

Débitos	Preço mensal dos PL c/ agregação de débito	Preço mensal dos PL s/ agregação de débito
64 Kbps	57,86 €	57,86 €
128 Kbps	122,70 €	122,70 €
192 Kbps	163,61 €	163,61 €
256 Kbps	174,83 €	195,53 €
384 Kbps	200,27 €	217,48 €
512 Kbps	200,27 €	244,41 €
768 Kbps	232,44 €	262,50 €
1024 Kbps	232,44 €	278,14 €
1536 Kbps	232,44 €	293,29 €
2 Mbps	251,79 €	310,89 €



Débitos	Preço mensal dos PL c/ agregação de débito	Preço mensal dos PL s/ agregação de débito
34 Mbps	2.331,68 €	2.331,68 €
140 Mbps	2.129,70 €	5.129,70 €

PL: Prolongamentos locais; IVA excluído.

81. Tinha também aplicação o desconto de agregação de banda, nos seguintes termos:

N.º circuitos a 2 Mbps	Débito agregado equivalente	Coefficiente técnico em relação aos 2 Mbps	Coefficiente aplicável ao preço de 2 Mbps	% de desconto equivalente
2	4 Mbps	2 x 2 Mbps	1,8 x 2 Mbps	10,00%
3	6 Mbps	3 x 2 Mbps	2,5 x 2 Mbps	16,67%
4	8 Mbps	4 x 2 Mbps	3,2 x 2 Mbps	20,00%
5	10 Mbps	5 x 2 Mbps	3,8 x 2 Mbps	24,00%
6	12 Mbps	6 x 2 Mbps	4,4 x 2 Mbps	26,67%
7	14 Mbps	7 x 2 Mbps	4,9 x 2 Mbps	30,00%
8	16 Mbps	8 x 2 Mbps	5,5 x 2 Mbps	31,25%
9	18 Mbps	9 x 2 Mbps	6,0 x 2 Mbps	33,33%
10	20 Mbps	10 x 2 Mbps	6,5 x 2 Mbps	35,00%
11	22 Mbps	11 x 2 Mbps	7,0 x 2 Mbps	36,36%
12	24 Mbps	12 x 2 Mbps	7,5 x 2 Mbps	37,50%
>12	>24 Mbps	> 12 x 2 Mbps	O resultante da aplicação do desconto de 37,50%	37,50%

82. Este desconto não era cumulativo com o de agregação de débito/capacidade.

83. A PTC praticava ainda um desconto de 10% sobre a mensalidade dos circuitos de acesso entre os clientes finais e os nós dos operadores, líquida do desconto de agregação de banda.

84. Este desconto não era cumulativo com o de agregação de débito/capacidade.

85. A representação gráfica das facturações brutas, descontos e taxas médias de desconto no tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004 e no tarifário anterior é a seguinte:

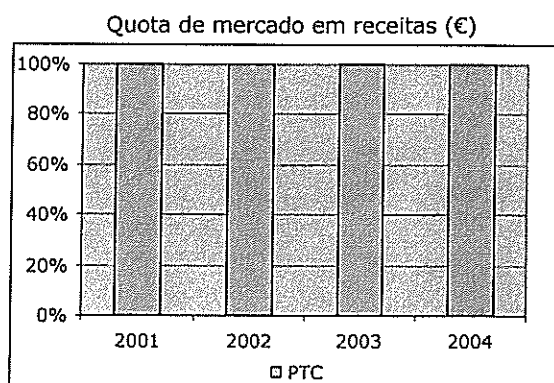
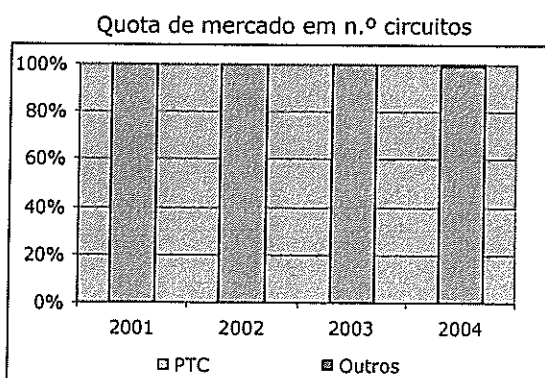
Empresa	Facturação		Descontos		Taxa média desconto	
	Anterior	01.03.2003-07.03.2004	Anterior	01.03.2003-07.03.2004	Anterior	01.03.2003-07.03.2004
Outros					32,3%	9,8%
Outros					40,2%	10,1%
PT PRIME					38,4%	20,3%
TMN					46,3%	13,5%
Outros					39,9%	10,2%
PT PRIME+TMN					41,8%	18,3%
Grupo PT					41,8%	18,3%

Facturação:

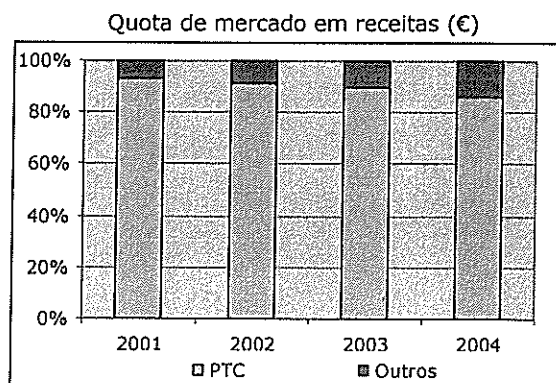
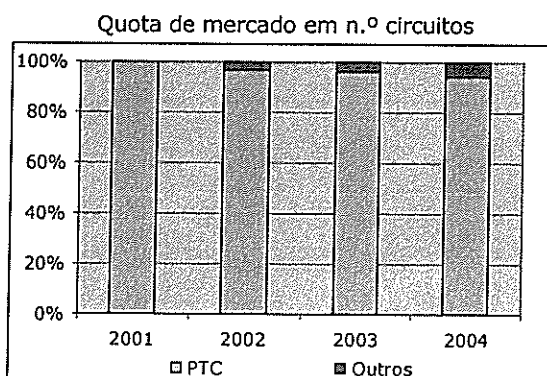
Para o tarifário anterior, corresponde ao somatório da facturação mensal dos circuitos nacionais e da parte nacional dos circuitos internacionais dos circuitos com débito até 34 Mbps e dos circuitos SDH, incluindo instalações, mensalidades e acertos efectuados no respectivo mês, relativos a instalações e mensalidades de meses anteriores, ou seja, ao somatório das

Empresa	Facturação		Descontos		Taxa média desconto	
	Anterior	01.03.2003-07.03.2004	Anterior	01.03.2003-07.03.2004	Anterior	01.03.2003-07.03.2004
<p>colunas "Fact T6", "Fact SDH" e "Agreg/Capac", para o período entre 01.03.2002 e 28.02.2003.</p> <p>Para o tarifário em análise, corresponde ao somatório da facturação mensal dos circuitos nacionais e da parte nacional dos circuitos internacionais com débito até 34 Mbps e dos circuitos SDH, incluindo instalações, mensalidades e acertos efectuados no respectivo mês, relativos a instalações e mensalidades de meses anteriores, ou seja, somatório das colunas "Fact T6" e "Fact SDH", para o período entre 01.03.2003 e 29.02.2004.</p> <p>Descontos:</p> <p>Para o tarifário anterior, corresponde ao somatório dos descontos de agregação de banda, desconto de revendedor e desconto de configuração estável, ou seja, ao somatório das colunas "DBanda", "DREV" e "DRCE", no período entre 01.03.2002 e 28.02.2003. A taxa média estimada não contempla o desconto resultante da agregação de débito/capacidade, uma vez que a informação disponibilizada pela PTC não permite contabilizá-lo, apesar destes dados terem sido solicitados pela Autoridade da Concorrência. As conclusões seriam reforçadas pela inclusão da informação relativa a este tipo de desconto.</p> <p>Para o tarifário em análise, corresponde ao somatório do desconto de facturação mensal aplicável aos circuitos com débito até 34 Mbps e do desconto referente aos circuitos SDH, ou seja, somatório das colunas "Desc Fact" e "Desc Fact SDH", para o período entre 01.03.2003 e 29.02.2004.</p> <p>Taxa média de desconto:</p> <p>Resulta da divisão do somatório dos descontos pelo somatório das facturações, nos períodos acima identificados.</p>						

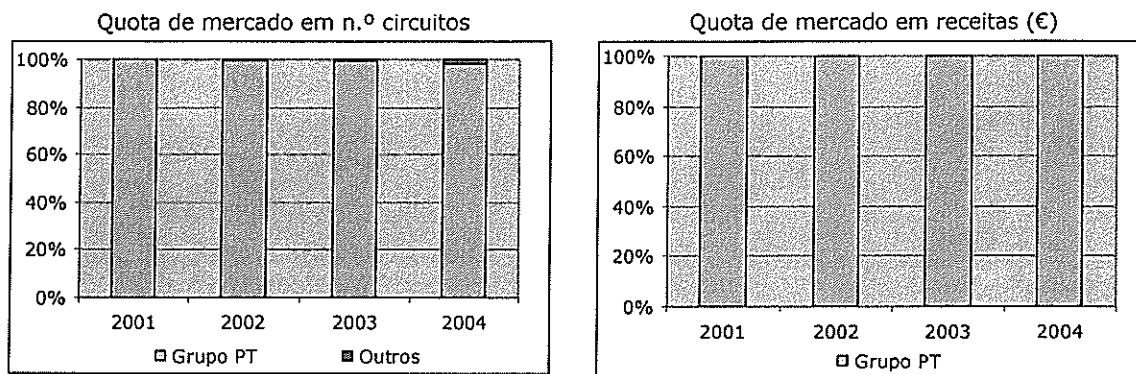
86. Graficamente as quotas no mercado grossista de segmentos terminais de circuitos alugados tinham a seguinte representação:



87. Graficamente as quotas no mercado grossista de segmentos de trânsito de circuitos alugados tinham a seguinte representação:



88. Graficamente as quotas no mercado retalhista de circuitos alugados tinham a seguinte representação:



89. Em 10 de Fevereiro de 2004, o Conselho de Administração do ICP-ANACOM, determinou a alteração do tarifário, com substituição da estrutura de descontos em vigor, os termos que constam a fls. 150 a 167 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido.

90. A partir de 8 de Março de 2004 vigorou um novo tarifário, que previa um desconto mensal de facturação, nos seguintes termos:

Escalão de facturação bruta mensal	% de desconto
Escalão A: igual ou superior a 1.000.000 €	26,0%
Escalão B: [500.000 €; 1.000.000 €[20,0%
Escalão C: [100.000 €; 500.000 €[13,0%

91. Na determinação da percentagem de desconto de facturação aplicável era considerado o valor de facturação da totalidade dos circuitos contratados por um operador ou prestador (circuitos com débito até 34 Mbps e circuitos de alto débito).

92. O desconto incide sobre a facturação da totalidade dos circuitos contratados por um operador ou prestador de serviços.

93. Continuou a aplicar-se um “desconto de permanência”, nos seguintes termos:

Facturação anual do circuito líquida de desconto de facturação	% de desconto
1.º ANO	2,0%
2.º ANO	4,0%
3.º ANO	6,0%
4.º ANO	8,0%
5.º ANO	10,0%

94. Em termos de receitas, a taxa de crescimento registada no mercado de circuitos alugados no período entre 1999 e 2001 correspondeu a cerca de 50%, a taxa de crescimento entre 2001 e 2002 traduziu-se em aproximadamente 15%.

95. Entre 2002 e 2003, o mercado reduziu-se em termos de receitas aproximadamente 14%.

96. Em Abril de 2009, o Conselho de Administração do ICP-ANACOM, emitiu o parecer que consta a fls. 1337 a 1345 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido.

97. Em 16 de Dezembro de 2002 era público que:

- na sequência do aprovação do relatório do grupo de trabalho sobre o estado e previsão de implementação de sistemas UMTS pelo ICP-ANACOM e da submissão de propostas e medidas ao Ministro da Economia, o prazo para o início de actividade dos operadores UMTS seria novamente prorrogado até 31 de Dezembro de 2003, o que veio a acontecer em 30 de Dezembro de 2002;

- a licença UMTS da OniWay seria revogada e as suas frequências atribuídas à Optimus, TMN e Vodafone, o que veio a efectivar-se em 13 de Janeiro de 2003, por despacho do Ministro da Economia.

98. 1. Em 16 de Dezembro de 2002, a arguida tinha conhecimento que:

- Em Outubro de 2001, o arranque do UMTS foi adiado, pela primeira vez, para 31 de Dezembro de 2002;

- Entre Março e Outubro de 2002 tiveram lugar as decisões do ICP-ANACOM sobre o acordo celebrado entre a TMN e a OniWay, e o conflito desta última com a Vodafone e com a Optimus relativamente à interligação das redes;

- Em 3 de Dezembro de 2002, celebraram-se acordos (três) de alienação de activos entre a ONI, SGPS e a OniWay, por um lado, e a TMN, a Optimus e a Vodafone, por outro, na sequência da decisão da OniWay sobre a cessação da sua actividade; e, finalmente,

- Em 6 de Dezembro de 2002, foi aprovado pelo regulador o relatório do grupo de trabalho sobre o estado e previsão de implementação de sistemas UMTS, bem como das propostas a submeter ao Ministro da Economia e as demais medidas associadas.

99. Em 16 de Dezembro de 2002, quando remeteu ao ICP-ANACOM a sua proposta de tarifário para o serviço grossista de aluguer de circuitos, e posteriormente, durante todo o período em que este vigorou, a PTC conhecia o funcionamento do sistema de descontos nos termos descritos.

100. A arguida tinha na sua posse o histórico de facturação dos seus clientes.

101. A Arguida conhecia a estratégia das empresas do grupo económico em que se integra.

102. A PTC optou por adoptar tal tarifário.

103. A partir de 8 de Março de 2004, a arguida deu cumprimento cabal à deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM de 10 de Fevereiro de 2004.

104. A arguida conhecia as normas legais aplicáveis do tipo legal de contra-ordenação de abuso de posição dominante previsto e punido na Lei da Concorrência e no Tratado CE.

*

105. A regulação do sector das comunicações electrónicas cabe ao ICP-ANACOM, cujos estatutos estão aprovados pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

106. O Decreto-Lei n.º 198/94 de 21 de Julho definiu o regime da oferta de circuitos alugados pelos operadores do serviço público de telecomunicações.

107. O Decreto-Lei n.º 290-A/99 versa sobre a oferta do serviço grossista de circuitos alugados.

108. Pelo Decreto-Lei n.º 40/1995, de 15 de Fevereiro foram aprovadas as bases da concessão do serviço público de telecomunicações a celebrar com a Portugal Telecom, S. A..

109. Pelo Decreto-Lei n.º 31/2003 foram alteradas as bases da concessão do serviço público de telecomunicações, publicadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 40/95, de 15 de Fevereiro.

110. Os tarifários aplicáveis à oferta de circuitos alugados começaram por ser definidos através de mecanismos de Convenção de Preços celebrados entre a PT, por um lado, e o ICP-ANACOM e a Direcção Geral do Comércio e Concorrência, situação que se manteve até ao ano 2000.

111. Eram previstas tarifas diferentes consoante o tipo de serviços em causa: uma destinada à construção da rede dos operadores concorrentes (chamada “Tarifa 10”) e outra para os circuitos que ligavam os nós dos operadores às instalações dos seus clientes finais (chamada “Tarifa 6”).

*

Matéria de facto não provada

Com relevo para a decisão da causa não se provou que:



1. Até ao ano 2000 existiram duas Convenções de Preços: uma para o triénio 1995 - 1997 e outra para vigorar entre 1998 e 2000.

2. Entre 1998-2000, a Tarifa 10 foi praticamente descontinuada, mantendo-se apenas nos casos em que fosse mais favorável para o operador do que a Tarifa 6, e incluíram-se quatro novos tipos de desconto nesta última.

3. O tarifário da oferta de circuitos alugados aprovado em 26.12.2002 conduziu ao seguinte posicionamento relativo dos preços líquidos de descontos da PTC face às práticas europeias:

<i>Posicionamento dos preços líquidos face às práticas europeias</i>								
64 Kbps			2 Mbps			34 Mbps		
3Km	50 Km	175 Km	3Km	50 Km	175 Km	3Km	50 Km	175 Km
1º	1º	1º	2º	1º	1º	4º	3º	3º

4. A variação da facturação íliquida do parque de circuitos alugados de Fevereiro de 2003, para os principais operadores, excluindo os circuitos de alto débito (SDH), foi a que consta do quadro seguinte:

Operadores	Facturação líquida mensal (Parque de circuitos em Fevereiro 2003)		Impacte na Fac. Líquida Mensal	
	Tarifário em vigor até 28/02/2003	Tarifário em vigor entre 01/03/2003 e 07/03/2003	Absoluto	Relativo
	PT Prime	€ 9.097.365	€ 6.602.726	-€ 2.494.638
TMN	€ 6.110.485	€ 4.978.038	-€ 1.132.447	-18,53%
Vodafone	€ 3.029.601	€ 2.341.372	-€ 688.230	-22,72%
Optimus	€ 2.427.136	€ 1.791.369	-€ 635.767	-26,19%
ONI	€ 1.646.490	€ 1.713.539	€ 67.049	4,07%

5. O parque de circuitos alugados por operador e a facturação líquida por operador nos tarifários anterior e posterior a Março de 2003 foram os seguintes:

Parque de CA	Mar-02	Fev-04	Mar-05
ONI	6.483	6.481	6.392
OPTIMUS	3.811	3.644	2.692
PT PRIME	50.479	49.797	46.512
TMN	7.432	5.600	7.022
VDF	4.671	3.669	3.597
TOTAL (todos OPS)	76.516	72.299	70.241

Empresa	Posição relativa em termos de facturação líquida	
	1Mar02-Fev-03	Mar03-Fev-04
ONI	7,2%	9,3%
OPTIMUS	10,2%	6,7%
PT PRIME	38,2%	48,6%
TMN	25,8%	22,3%
VDF	13,3%	7,1%
TOTAL (todos OPS)	100,0%	100,0%

6. O posicionamento relativo dos principais operadores no tarifário anterior posterior ao de Março de 2003 é o seguinte:

	PT Prime	Oni	TMN	Vodafone	Sonaecom	Total
Até Fev. 03	7.973.858	1.168.817	4.995.380	3.386.905	2.703.021	22.318.804
Mar.03/Fev.04	8.817.244	1.340.210	4.055.455	1.918.997	1.676.445	18.457.028
Após Mar. 04	11.159.741	1.458.911	4.341.559	1.978.810	1.388.363	21.679.140

7. A posição relativa na procura de aluguer de circuitos da PTC dos operadores é a que resulta do quadro seguinte:

	PT Prime	Oni	TMN	Vodafone	Sonaecom
Até Fev. '03	36%	5%	22%	15%	12%
Mar.'03 / Fev. '04	48%	7%	22%	10%	9%
Após Mar. '04	51%	7%	20%	9%	6%

*

Fundamentação da matéria de facto

Cumpre esclarecer que no processo contra-ordenacional o objecto do processo é fixado em função do conteúdo do articulado de impugnação.

Assim sendo, não há que produzir prova sobre os factos aceites pelo arguido, pois 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.

Relativamente à matéria de facto provada, o Tribunal entende que os factos indicados em 1 a 58, 63, 64, 66, 67, 68, 76, 77, 78, 82, 83, 84, 89, 91, 92 e 94 a 104 não foram impugnados pela arguida no recurso de impugnação.

A PTC põe em causa as conclusões deles retiradas pela AdC, mas já não os factos em si, pelo que se deram os mesmos como provados.

Quanto aos factos indicados em 59, 60, 61, 65, 69 a 75, 79, 80, 81, 85 a 88, 90 e 93, sendo elaborados pela AdC as suas representações gráficas, a arguida não pôs em causa os valores neles contidos mas, mais uma vez, as conclusões deles extraídas, pelo que também se têm por assentes.

Os factos elencados em 105 a 109 resultam assentes com base nos diplomas aí mencionados.



Os factos indicados em 110 e 111 foram explicados pela testemunha Helena margarida cadete Almeida Costa Féria, funcionária da PTC, responsável pela área de relações com operadores nacionais e internacionais - “All sale” - que acompanham a elaboração do tarifário de 2003 e ainda laborou com o anterior conhecendo, por isso, pela experiência resultante do exercício das suas funções, o funcionamento de cada um.

*

Quanto à matéria de facto dada como não provado, a convicção do Tribunal assentou quer na ausência de prova.

Efectivamente, entendemos que a arguida não apresentou prova dos factos que invocou e que se mostram elencados nos pontos 1 a 7 da matéria de facto não provada.

*

A restante matéria constante quer da decisão quer da impugnação por ser argumentativa, conclusiva ou matéria de direito não foi considerada no elenco dos factos relevantes.

*

*

FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

Sendo estes os factos apurados com relevo para a decisão do presente recurso, há que proceder ora ao seu enquadramento jurídico.

À arguida vem imputada a prática de uma contra-ordenação ao disposto no art. 6º, n.º 1 e n.º 2 e do art. 4º, n.º 1, alínea c) e alínea e) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e também nos termos das alíneas b) e c) do art. 82º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, punível nos termos dos arts. 43º, n.º 1, alínea a) e 44º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, sinteticamente, por ter aprovado um tarifário referente ao serviço de aluguer de circuitos que vigorou entre 1 de Março de 2003 e 7 de Março de 2004, que se traduziu na aplicação sistemática de condições discriminatórias (ou desiguais) relativamente a prestações equivalentes e na limitação da produção, da distribuição, do desenvolvimento técnico e do investimento, constituindo exploração abusiva de uma posição dominante detida pela Recorrente nos mercados grossistas de circuitos alugados, tendo por objecto e como efeito impedir, falsear e restringir a concorrência naqueles mercados e nos mercados que utilizam os circuitos alugados como input para a oferta de serviços de comunicações electrónicas.

Importa, antes de mais, esclarecer que, na medida em que os factos imputados e em análise ocorreram entre 1 de Março de 2003 e 7 de Março de 2004, período que abrange a vigência do Decreto-Lei n° 371/93 de 29/10 e também da Lei n° 18/03, de 11/6, actualmente em vigor poder-se-ia colocar a questão de saber qual o regime aplicável.

A AdC deixou expresso que entende aplicar-se apenas o regime decorrente do diploma ainda em vigor, posição que a arguida não pôs em crise.

Efectivamente, considerando que é imputada à arguida a prática de uma contra-ordenação de carácter permanente (na terminologia de Manuel Simas Santos e Jorge Lopes de Sousa in *Contra-Ordenações*, anotações ao regime geral, 2ª edição, pag.89, nota 39, é aquela em que o momento da consumação perdura por um tempo mais ou menos longo e, enquanto dura essa permanência, o agente encontra-se a cometer a infracção), é-lhe aplicável a lei nova, desde que prossiga na sua vigência a conduta necessária à permanência do resultado (a cada momento de tal permanência está presente, por acção ou omissão, a vontade do agente) - cfr. mesmos autores e página - como é o caso dos autos, pois quer na lei antiga, quer na actual está previsto o tipo contra-ordenacional aqui em apreço.

*

No entanto, entende a PTC que não pode ser sancionada por violação ao disposto no art. 82° do Tratado CE, invocando que não está tipificado como contra-ordenação na lei portuguesa tal violação.

Por conseguinte, uma vez que a Lei 18/2003, não prevê qual a sanção aplicável à violação do art. 82° do Tratado CE, fica precludida qualquer possibilidade de com base na violação desta disposição ser à PTC aplicada qualquer coima com esse fundamento.

Analisemos.

O princípio da tipicidade aparece consagrado no art. 2° do RGCOG 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.*

Trata-se da transposição para o direito contra-ordenacional do princípio constitucional consagrado para o direito penal no art. 29°, n° 1, da Constituição da Republica 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 a mesma não define como contra-ordenação a violação do art. 82º do Tratado CE, hoje art. 102º do Tratado de Lisboa (doravante designado Tratado).

Mas será que tal significa que a AdC não pode aplicar o referido art. e aplicar uma coima pela sua violação?

Prevê o nº 2 do citado art. 29º da Constituição da Republica 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 Constituição da Republica 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 Constituição da Republica 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.

O regulamento CE n° 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. 7° do Tratado), no exercício das respectivas competências (art. 103° do Tratado), e encontra-se em vigor (art. 45° do Regulamento) 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. 101° 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. 101° e 102° 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 n° 1 do art. 81° do tratado, susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros, na acepção desta disposição, devem igualmente aplicar o art. 81° do Tratado a tais acordos, decisões ou práticas concertadas.* (art. 3°, n° 1, do Regulamento).

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. 7° e segs. do Regulamento).

Quanto às sanções passíveis de ser aplicadas na sequência de uma violação ao art. 101° ou 102°, o Regulamento limita-se a tipificar as que são aplicáveis pela Comissão: Coimas e Sanções pecuniárias compulsórias (arts. 23° e 24°). E quanto às autoridades nacionais? Quanto a estas a questão está resolvida pelo art. 5°, nos termos do qual as autoridades nacionais têm competência para *aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respectivo direito nacional.* (a competência da AdC nesta matéria decorre directamente do art. 6°, n° 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. 101° e 102°, ou seja, as autoridades nacionais, concluindo pela existência de uma violação do art. 101° ou 102° 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. 102º do Tratado, vá aplicar à arguida uma coima directamente por essa violação. É que quando é cometida uma infracção ao art. 102º é também, sempre e necessariamente, infringido o art. 6º 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 a arguida pela prática de uma infracção à lei da concorrência e aplicou-lhe uma coima única. O facto de a AdC ter entendido que também o art. 102º do Tratado tinha sido violado foi valorado apenas e só na medida concreta da coima, como circunstância agravante.

Por conseguinte, não tendo a AdC aplicado directamente uma coima pela prática da infracção prevista no art. 102º do Tratado, estando especificados de forma clara e objectiva os actos que constituem o tipo legal (art. 102º) e estando especificada a respectiva sanção (art. 5º do Reg. 1/2003 e 43º da Lei 18/2003), é forçoso concluir que é aplicável aos factos em causa o art.102º do Tratado.

*

Esclarecidas as supra referidas questões apreciemos agora a decisão da AdC, impugnada pela recorrente, à luz das normas que disciplinam a defesa da concorrência.

A defesa da concorrência, nas palavras de Alberto Xavier (*in* Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, nº 136, pg. 87) é, conjuntamente com a propriedade privada e a livre iniciativa, uma das instituições em que assenta o sistema de livre economia de mercado, seu pressuposto e condição de funcionamento. Daí a sua consagração ao nível de Lei Fundamental, quer na Constituição da República Portuguesa [artigos 80º a) e 81º e)] quer no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (artigos 3º nº1, al. g) e 4º nº1), que encara a concorrência como um instrumento da própria construção europeia.

O direito de defesa da concorrência tem como função a preservação das estruturas concorrenciais do mercado contra o comportamento dos agentes económicos nesse mesmo mercado – José Mariano Pego *in* A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência, pág. 11). Surge como uma garantia de igualdade de oportunidades que a todo o homem assiste e de um sistema equilibrado de desconcentração de poderes, em que os particulares não possam, indevidamente, constranger, e o Estado permaneça imune ao domínio e influência de grupos de particulares – loc. e autor citados, pág. 12.

Para a resolução das questões suscitadas nos autos cabe antes de mais proceder à sua integração no quadro legal comunitário e nacional.

Com a adesão de Portugal às Comunidades Europeias, em 1986, as normas dos tratados comunitários, de acordo com o disposto no art. 8º da Constituição passaram a vigorar na ordem interna.

O tratado que instituiu a Comunidade Europeia estabeleceu a criação de um mercado comum, de uma união económica e monetária, com aplicação de políticas e acções comuns.

Foram criadas, entre outras, regras comuns de concorrência, com destaque para os arts. 81º e 82º do tratado, que estabelecem, respectivamente, na parte que nos interessa, que:

“1 – São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas (...) que tenham por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência (...) designadamente (...):

a) fixar, de forma directa ou indirectamente, os preços de compra e venda, ou quaisquer outras condições de transacção;

2 – São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente art.” (art.º 81º) e “É incompatível com o mercado comum e proibido (...) o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante (...)

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção (...).”

Para a execução das normas referidas surgiu, inicialmente, o Regulamento n.º 17/62 e, posteriormente o Regulamento n.º 1/2003.

Estes, de acordo com o princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito nacional, sobrepõem-se a qualquer legislação, regulamentação ou preceito nacional de qualquer outro tipo que determine o contrário.

A defesa da concorrência surge consagrada em Portugal através do necessário instrumento legislativo logo após a adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia, com a publicação e entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 422/83 de 03/12, que veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 371/93 de 29/10, o qual visou adaptar a ordem jurídica portuguesa aos desenvolvimentos entretanto verificados na economia nacional e internacional e ainda prosseguir mais de perto o objectivo constitucional do melhor equilíbrio da concorrência (preâmbulo do Decreto-Lei n.º 371/93) e aproximar a ordem jurídica portuguesa aos grandes princípios comunitários do direito da concorrência – Adalberto Costa *in* Regime Geral da Concorrência, Legis Editora, 1996, pág. 27.

A Lei n.º 18/03, de 11/6, actualmente em vigor, veio, por sua vez, revogar o Decreto-Lei n.º 371/93, no quadro de uma reforma global do direito da concorrência, quer nacional, quer a nível comunitário, no qual se criou a Autoridade da Concorrência (Decreto-Lei n.º 10/03 de 18/01) e se teve em conta o denominado pacote de modernização e o Regulamento (CE) n.º 1/2003 de 16/12/02.

Passemos agora à análise do tipo contra-ordenacional previsto no art. 6.º da referida Lei n.º 18/03 e do (actual) art. 102.º do Tratado.

Os dois preceitos abarcam a mesma realidade e proíbem, na sua essência, o abuso de posição dominante, isto é, proíbem que uma empresa se aproveite em benefício próprio e em prejuízo de outrem do facto de ter no mercado uma posição de domínio.

Começando pelo art. 102.º do Tratado, o mesmo dispõe que *É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.*

Transpondo para a ordem jurídica interna esta previsão, dispunha o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 371/93, no seu n.º 1 que *É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.*

Hoje a norma que consagra a proibição do abuso de posição dominante é o art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 18/03, de 11/6 *É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de*

uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.

O n.º 2, al. a) do mesmo preceito clarifica que dispõe de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço *A empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes.*

Por seu turno o n.º 3 refere que *Pode ser considerada abusiva, designadamente:*

a) A adopção de qualquer dos comportamentos referidos no n.º 1 do art. 4.º;

b) A recusa de facultar, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa o acesso a uma rede ou a outras infra-estruturas essenciais que a primeira controla, desde que, sem esse acesso, esta última empresa não consiga, por razões factuais ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que a empresa dominante demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade.

Já o art.4.º prevê:

«1. 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, nomeadamente os que se traduzam em:

c) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

e) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;

(...).»

O princípio da tipicidade, consagrado no art. 2.º do RGCOC (*Só será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática*), transpõe para o direito contra-ordenacional o princípio constitucional consagrado no art. 29.º, n.º 1, da Constituição da Republica 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. Este princípio exige, pois, a suficiente especificação do tipo, impedindo, por conseguinte, as definições vagas, incertas e insusceptíveis de delimitação.



São, pois, constitucionalmente ilegítimas as normas penais em branco no seu sentido próprio, ou técnico em que a delimitação dos comportamentos puníveis apenas se completa através da remissão para uma disposição de grau ou nível inferior. Nas palavras de Maria Fernanda Palma, afirma “A reserva de lei impede normas penais em branco com as inerentes consequências da proibição da analogia incriminadora e da definição do ilícito criminal por simples regulamentos”⁶.

O legislador optou por não especificar e concretizar o que sejam acordos, práticas concertadas ou decisões de associações que tenham por objecto ou efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, criando o que se denomina uma norma penal (no caso contra-ordenacional) em branco.

Há apenas aqui que recordar que, nos termos do disposto no art. 32º do Decreto-Lei nº 433/82 de 27/10, actualizado pelo Decreto-Lei nº 244/95 de 14/09, se aplicam subsidiariamente à fixação do regime substantivo das contra-ordenações, as normas do direito penal.

A norma penal em branco será aquela que tem a particularidade de descrever de forma incompleta os pressupostos de punição de um crime remetendo parte da sua concretização para outras fontes normativas, denominando-se a primeira norma sancionadora e as segundas normas complementares ou integradoras.

Teresa Beleza e Frederico Costa Pinto (*in* O Regime Penal do Erro e as Normas Penais em Branco, Almedina, 1999, pág. 31 e ss.) advertem que a norma penal em branco tem uma característica específica – a sua descrição é incompleta, sendo integrada por outros instrumentos que podem ou não ter natureza normativa, sendo que a integração pode ser feita por fontes normativas inferiores à Lei penal, dando o exemplo das fontes de direito comunitário.

Há ainda que prevenir tratar-se de uma infracção de perigo concreto – não se exige a verificação do resultado (impedir, falsear ou restringir a concorrência), patente na expressão legal “*que tenha por objecto ou por efeito*”, mas é exigível a adequação a produzir tal resultado.

Discordamos, assim de Eduardo Paz Ferreira (*in* Direito da Economia, AAFDL, 2001, pág. 495) que, talvez numa outra perspectiva, reduz a proibição às infracções que resultem em falsificação ou restrição da concorrência.

⁶ Constituição e Direito Penal – As questões inevitáveis, Perspectivas Constitucionais – nos 20 Anos da Constituição de 1976, II, Coimbra, 1997, pp. 230.

O legislador optou por consagrar a norma em branco e concretizá-la com alguns exemplos – as alíneas do n.º1. Trata-se de uma opção legislativa frequentemente usada mas de contornos não isentos de crítica, como nos dão notícia Teresa Beleza e Frederico Costa Pinto na obra citada, e como podemos verificar no caso concreto.

A fonte deste preceito é, claramente e de forma quase repetitiva o art. 85º (actual art. 81º) do Tratado, que tem sido objecto de intenso labor por parte da Comissão do TPI e do TJC, o qual terá, evidentemente, que ser tido em conta na interpretação e aplicação do art. 2º. Pode afirmar-se com segurança que, com as devidas adaptações, é, no caso, às orientações da Comissão e decisões desta e dos Tribunais Comunitários que deve ir buscar-se a integração da norma. Os conceitos são os mesmos e têm sido intensamente trabalhados e estudados e valem para o nosso direito interno como para o direito comunitário.

Há porém que ter em conta que no direito interno temos que considerar também princípios tão basilares como o *in dubio pro reo* e todas as suas consequências, processuais e substantivas, quando, como no caso, ponderamos a aplicação de uma coima à arguida a quem é imputada a prática de factos subsumíveis a esta previsão e puníveis nos termos dos artigos 43º, n.º1 al. a) e 44º, da Lei n.º 18/03.

Assim, quer no âmbito do art. 102º do Tratado, quer no âmbito do Decreto-Lei n.º371/93, quer ainda no âmbito da Lei n.º 18/03, para que se possa concluir que uma determinada prática integra o conceito de abuso de posição dominante 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 a empresa tem **posição dominante** no mercado relevante;
- se a empresa exerceu a sua posição dominante de modo **abusivo** e, com isso, a sua actuação teve por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência no todo ou em parte do mercado relevante.

Tendo por base estas normas, passemos então à análise de cada um destes elementos do tipo.

*

Da aplicabilidade do regime da concorrência à arguida

De harmonia com o disposto no art. 1º, n.º 1, da Lei 18/03, o regime legal da concorrência é *aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente 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.*

Está aqui em causa 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). Estão, pois, abrangidos, todos aqueles que exerçam uma actividade económica, seja qual for a forma escolhida para o efeito, isto é, quer se trate de pessoas colectivas de direito comercial, quer de pessoas colectivas de direito civil, quer de pessoas colectivas do direito privado ou público, quer profissionais liberais, etc.

Resumindo este conceito lato Miguel Mendes Pereira conclui que "podemos considerar como *empresa*, para efeitos do Direito da Concorrência, a destinatária de normas jusconcorrenciais correspondente a um conjunto organizado de elementos humanos, materiais e imateriais, ordenados funcionalmente para o exercício de uma actividade económica que se traduza em qualquer prestação efectuada contra remuneração no circuito de produção, distribuição ou troca de bens."⁷.

A PTC é uma sociedade comercial, constituída sob a forma de sociedade anónima, que tem com principais actividades a prestação de serviços de comunicações electrónicas e a gestão da rede básica de telecomunicações, serviços que presta mediante remuneração.

É, pois, uma empresa para efeitos da lei da concorrência.

*

Da posição dominante da arguida no mercado relevante

Nem o art. 102º do Tratado nem o art. 6º da Lei 18/03 consagram uma definição de posição dominante, limitando-se os artigos da legislação nacional a exemplificar duas situações em que se considera a existência de uma posição dominante.

Assim, o nº 2, a. a), do art. 6º, da Lei 18/03, determina que dispõe de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço *a empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes.*

A densificação do conceito de posição dominante, como aliás de quase todos os conceitos neste ramo do direito, tem vindo a ser feita ao longo dos anos pela

⁷ *in* Lei da Concorrência Anotada, Cª Editora, p. 70-71.

jurisprudência comunitária, tendo o legislador nacional acolhido na alínea a) do n.º 2 do art. 6.º, da Lei 18/03, tal como já havia feito na alínea a), do n.º 2, do art. 3.º, do Decreto-Lei 371/93, o conceito clássico de posição dominante individual sedimentado pelos Ac. United Brands e Hoffman-La-Roche⁸.

Na sequência dos referidos acórdãos tem-se entendido a posição dominante como a "*posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes, e finalmente aos consumidores*", acrescentando que, para ocupar uma posição dominante, não é necessário que a empresa "*tenha eliminado toda e qualquer possibilidade de concorrência*".

Assim, pode dizer-se que uma empresa tem uma posição dominante quando o seu poder de mercado assume algum peso e é estável no tempo, conferindo-lhe um poder económico e uma independência tal que actua no mercado sem necessidade de tomar em consideração as possíveis reacções dos concorrentes e/ou dos consumidores, podendo modificar em seu proveito designadamente o preço do produto ou serviço.

Para se apurar se uma dada empresa tem uma posição dominante é necessário, previamente, definir o mercado relevante, quer o mercado do produto, quer o mercado geográfico. "Com efeito, uma posição dominante não pode, por definição, existir em abstracto mas tão somente em relação a um dado mercado em concreto, no quadro do qual se irá procurar determinar a medida de pressão concorrencial a que está sujeita determinada empresa, de forma a poder concluir se esta tem o poder de eventualmente se comportar independentemente dos seus concorrentes e clientes."⁹.

A delimitação do mercado relevante é, pois, um passo fundamental para se determinar se uma empresa tem posição dominante. "O principal objectivo 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

⁸ de 14 de Fevereiro de 1978, proc. 27/76 e de 13 de Fevereiro de 1979, proc 85/76, respectivamente.

⁹ Miguel Mendes Pereira, op. cit., p. 151.

pressão concorrencial efectiva."¹⁰ É, pois, através da definição do mercado que se identificam e definem os limites da concorrência.

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.

Na óptica da procura o mercado é identificado pela existência de um conjunto de produtos, bens ou serviços substituíveis entre si, isto é, que os consumidores vejam como similares para a satisfação de uma dada necessidade. Aqui há que considerar factores como o preço, as características do produto e o seu modo de utilização.

Na óptica da oferta o mercado é identificado pela existência de várias empresas que estão no mercado em causa a fornecer o produto ou serviço, sendo que o mesmo também pode ser oferecido por outras empresas que ainda não estão no mercado ou pelas que já estão no mercado sem que tenham que incorrer em qualquer custo suplementar significativo.

Dos dois critérios a atender o mais eficaz é o primeiro, ou seja, o critério da análise da substituíbilidade do lado da procura "Do ponto de vista económico, para a definição do mercado relevante, a substituição do lado da procura constitui o elemento de disciplina mais imediato e eficaz sobre os fornecedores de um dado produto, em especial no que diz respeito às suas decisões em matéria de preços. Uma empresa ou grupo de empresas não pode influenciar de forma significativa as condições de venda prevalentes no mercado como, por exemplo, os preços, se os seus clientes puderem facilmente transferir a sua procura para produtos de substituição ou para fornecedores situados noutra localidade. Basicamente, o exercício da definição de mercado consiste na identificação das verdadeiras fontes alternativas de fornecimento para os clientes da empresa em causa, tanto em termos de produtos/serviços como em termos da localização geográfica dos fornecedores."¹¹.

Por sua vez, 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.

Do ponto de vista da procura se, por hipótese, verificando-se o aumento do preço dum produto num determinado local a procura se deslocar de modo significativo para outro local, estes dois locais serão considerados o mesmo mercado geográfico para

¹⁰ Introdução, Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência – 97/C 372/03.

¹¹ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado § 13.

aquele produto ou serviço. Já se a reacção ao aumento for insignificante então os dois locais não são substituíveis e, por conseguinte, não integram o mesmo mercado geográfico.

Do ponto de vista da oferta se, perante um aumento de preços, se verificar que surgem novas empresas no mercado restringindo o comportamento das empresas já existentes, então as áreas geográficas onde estes novos operadores estão integrados têm que ser incluídas no mercado geográfico considerado relevante.

Determinado o mercado do produto há que determinar o mercado geográfico.

Nesta sede - definição do mercado - importa atender a que na deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados de 08.07.2005, concluiu-se que os mercados grossistas relevantes de circuitos alugados eram: (i) segmentos terminais analógicos e digitais, sem distinção de capacidade, abrangendo todo o território nacional; e (ii) segmentos de trânsito analógicos e digitais sem distinção de capacidade, abrangendo o território nacional.

A PTC concordou com este enquadramento.

Definido o mercado importa apurar se a PTC tem nele uma posição dominante.

Para se determinar o poder de mercado de uma empresa, sendo em função desse poder que é aferido o grau de dominância, há que lançar mão de critérios relativos à estrutura do mercado e da empresa em causa bem como, complementarmente, a critérios relativos ao comportamento da empresa.

No âmbito dos critérios estruturais o indicador mais forte é o da quota de mercado absoluta detida pela empresa em causa. Como referem Immaculada Gutiérrez e Jorge Padilla "La cuota de mercado de una empresa proporciona información, desde un punto de vista estático, de la participación de dicha empresa en el conjunto del mercado en el que opera, medida habitualmente en términos de volumen de ventas o de unidades físicas comercializadas (producción) o comercializables (capacidad). La cuota de un operador ofrece cierta información sobre su posición en el mercado. Una cuota elevada revela que el operador ha cubierto buena parte de la demanda. Ello puede ser un indicador de que los clientes tienen unas alternativas de suministro limitadas y que, por lo tanto, dependen de él. En este sentido, la cuota suele ser interpretada como una *proxi*

de poder de mercado y por ello se considera el punto de partida en una análisis de dominancia."¹².

A partir do Ac. Hoffman-la-Roche instituiu-se uma presunção (ilidível) de que uma empresa que detenha uma quota de mercado elevada tem posição dominante (vários têm sido os arestos dos Tribunais de Primeira Instância e de Justiça que entendem que uma quota de mercado de 70%, 75%, 80% ou 90% são suficientes para que se considere que uma empresa tem posição dominante, não sendo então necessário analisar quaisquer outros factores – cfr. entre outros Ac. Hilti e Tetra Pak II ¹³- desde que essa posição se mantenha estável durante um período de tempo mais ou menos longo.

De igual modo é pacífico o entendimento de que uma empresa que detenha uma quota de mercado muito baixa não tem posição dominante (cfr. Ac.Metro II)¹⁴.

Já quando a quota de mercado da empresa em causa se situar num ponto médio, nem muito alta nem muito baixa, então haverá que recorrer a outros factores, tais como o número e a dimensão dos seus concorrentes, sendo de concluir que a empresa tem posição dominante quanto maior for o número de concorrentes e menor a respectiva dimensão face à empresa em causa, sendo neste caso relevante a quota de mercado relativa da empresa (cfr, Ac. United Brands)¹⁵.

Um outro critério estrutural a considerar é o da existência de barreiras à entrada, isto é, o grau de dificuldade de penetração de outras empresas no mercado em análise. "...uma empresa só logrará exercer poder de mercado, aumentando preços sem perda de vendas, se os seus potenciais concorrentes tiverem dificuldades em entrar no mercado relevante. Se, pelo contrário, a entrada for fácil, uma empresa que aumente os seus preços não conseguirá, em regra, manter a sua quota de mercado, perdendo vendas em benefício de novos entrantes."¹⁶.

No mercado aqui em causa apuraram-se quotas de mercado.

Assim, no mercado grossista dos segmentos terminais analógicos e digitais, a quota de mercado da PTC tem-se mantido em valores muito próximos dos 100%, independentemente da capacidade de transmissão.

¹² Una Racionalización Económica del Concepto de Posición de Dominio, in El Abuso de la Posición de Dominio, Fundación Rafael Del Pino, Colección Derecho, p.19-20.

¹³ Respectivamente Ac TPI de 12 de Dezembro de 1991 T-30/89 e Ac. TPI de 6 de Outubro de 1994 proc. T-83/91.

¹⁴ Respectivamente Ac TPI de 12 de Dezembro de 1991 T-30/89 e Ac. TPI de 6 de Outubro de 1994 proc. T-83/91

¹⁵ Ac. TJ de 14 de Fevereiro de 1978 - proc. 27/76.

¹⁶ Miguel Mendes Pereira, op. cit., p. 154-155.

Já no mercado grossista de segmentos de trânsito analógicos a PTC tem uma quota de 100% e no mercado grossista de segmentos de trânsito digitais, a quota de mercado, em receitas, da PTC foi, entre 2000 e 2004, sempre superior a cerca de 86%.

Resultou ainda assente que a infra-estrutura da PTC é dificilmente replicável, exigindo elevados e morosos investimentos.

Assim, podemos concluir que nos mercados grossistas relevantes de circuitos alugados a PTC tem uma posição dominante, posição essa que se verifica em todo o território nacional, posição que a arguida também não contesta.

*

Abuso de posição dominante - adopção de comportamento que tem como objecto ou efeito de impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo em parte do mercado nacional.

Analisemos a situação em concreto em causa nos autos - aprovação e vigência de um tarifário para o serviço grossista de aluguer de circuitos - a fim de verificar se o mesmo tem por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou parte do mercado nacional.

Antes de mais importa esclarecer que um comportamento tem por objecto impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência se, à luz dos objectivos prosseguidos pelas regras de concorrência, demonstra um elevado potencial anticoncorrencial, avaliado a partir da gravidade atribuída à restrição e à experiência sedimentada no que respeita à respectiva produção de efeitos negativos.

Por seu turno, a concorrência ter-se-á por impedida se for eliminada; falseada, se uma ou mais empresas forem colocadas em situação de desigualdade em resultado da prática proibida e restringida se algum dos parâmetros de concorrência (preço, qualidade, quantidade, variedade, tecnologia, inovação, condições de venda ou pós-venda, publicidade, etc.) for afectado negativamente ¹⁷.

Releva ainda chamar à colação algumas noções de mercado e de concorrência.

O mercado, como bem define o Prof. Fernando Araújo é "... a interacção do conjunto de vendedores e compradores, actuais e potenciais, que se interessam pela transacção de determinado produto ou factor de produção" ¹⁸.

¹⁷ Miguel Mendes Pereira, op. cit., p. 97.

¹⁸ Introdução à Economia, Almedina, pág. 144.

Quanto à concorrência, esta em sentido amplo, pode dizer-se que: "...designa a competição entre dois sujeitos económicos ou sectores económicos, com o fito de produzir ou comprar nas melhores condições. Ou seja, com menores custos de produção a mais baixo preço de venda" ¹⁹.

Num extremo, podemos ter um mercado de concorrência perfeita em que nenhum comprador ou vendedor dispõe de poder de mercado, transaccionam operando sem conluio ou domínio entre eles.

Noutro extremo, temos situações em que o poder de mercado se manifesta através da formação de preços, mas pela vontade de um único agente ou de um grupo restrito de agentes.

Não passando pelos extremos, surge a ideia da concorrência possível, aceitando-se que a concorrência possa ser sacrificada se determinados interesses superiores o exigirem.

A ideia de concorrência eficaz ou praticável ("workable competition") foi uma noção formulada pelo economista americano John Maurice Clark. Esta "não exclui a desigualdade das firmas nem a influência assimétrica das unidades dominantes. Esta estabelece-se entre empresas de dimensões diferentes, com custos e horizontes diferentes que praticam políticas diferentes; tende ao progresso por um aperfeiçoamento dos métodos de produção, por uma diferenciação crescente da qualidade e dos tipos de produtos e pelo desenvolvimento de novos produtos; permite, por fim a difusão dos benefícios devidos a este progresso em favor dos consumidores através da diminuição dos preços" ("Toward a concept of workable competition", American Economic Review, pág. 241).

É esta ideia de concorrência eficaz que podemos considerar plasmada tanto a nível comunitário, como a nível nacional, sendo a concorrência não entendida como um objectivo em si mesmo, aceitando-se que a mesma, tal como se referiu, possa ser sacrificada se interesses superiores assim o exigirem (não obstante a proibição de determinados comportamentos, em certas circunstâncias devidamente justificadas, esses comportamentos podem ser autorizados cfr. art. 81º n.º 3 do Tratado, art. 5º Decreto-Lei n.º371/93 e 5º Lei 18.03).

¹⁹ António José da Silva Robalo Cordeiro, As coligações de empresas e os direitos português e comunitário da concorrência – Universidade Lusíada, Lisboa 1994, pág. 19.

Quanto ao direito de defesa da concorrência, o mesmo tem como função, numa noção muito linear, a preservação das estruturas concorrenciais do mercado, contra o comportamento dos agentes económicos presentes nesse mercado.

Assentes estas noções vejamos:

A existência de uma posição dominante não é, em si mesma, anti-concorrencial. Se o domínio resulta do normal funcionamento do mercado no qual determinada empresa se destaca em virtude de ter um modelo de gestão mais racional e eficaz, não se prevalecendo da posição de domínio que tem para falsear a concorrência, impondo aos seus concorrentes condições que lhe são desfavoráveis e ou que se destinam apenas a fortalecer a sua posição de domínio e que na prática eliminem a concorrência, então temos o mercado a funcionar e não há lugar à intervenção do direito da concorrência. A existência de uma posição dominante não é, pois, em si mesma, condenável.

Sucedem que é relativamente fácil para uma empresa dominante impor-se não pelo seu "mérito" mas pela sua "força", ao que não é estranho o facto de grande parte das empresas dominantes em sectores chaves da economia serem empresas que, até há algum tempo atrás, detinham monopólios legais. Daí que seja defendido pela jurisprudência comunitária que as empresas dominantes têm uma responsabilidade acrescida na preservação da concorrência:

"... se a verificação da existência de uma posição dominante não acarreta por si mesma nenhuma censura em relação à empresa em causa, impõe-lhe porém, independentemente das causas dessa posição, a responsabilidade especial de não atentar, pelo seu comportamento, contra uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum. Do mesmo modo, se a existência de uma posição dominante não priva uma empresa nessa posição do direito de preservar os seus interesses comerciais próprios quando estes estiverem ameaçados, e, se essa empresa tem a faculdade, em termos razoáveis, de praticar os actos que julgue adequados à protecção dos seus interesses, esses comportamentos já não são, porém, admissíveis quando têm como objectivo reforçar essa posição dominante e abusar dela" (Ac. Irish Sugar)²⁰.

Para que se verifique um abuso não é necessário que a empresa tenha tido a intenção de o praticar, basta que o mesmo seja susceptível de provocar ou provoque efectivamente um dano concorrencial nos clientes, parceiros comerciais, concorrentes ou na estrutura do mercado ²¹.

Neste contexto importa ter presente que a PTC adquiriu a propriedade da rede básica de telecomunicações em contrato cuja minuta foi aprovada – juntamente com a

²⁰ Ac. do TPI de 7 de Outubro de 1999, Proc. T-228/97.

²¹ - Miguel Mendes Pereira, Lei da Concorrência Anotada, pág.160.

minuta da alteração do contrato de concessão do serviço público de telecomunicações – pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 147/2002, de 26 de Dezembro. Por outro lado, nos termos das Bases de Concessão do serviço público de telecomunicações aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro, e do n.º 3 do art. 12.º da Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto, os circuitos alugados fazem parte integrante da rede básica de telecomunicações, estando a PTC, face ao carácter essencial deste serviço, sujeita, por força da concessão, à obrigação de disponibilização, em todo o território nacional, de circuitos alugados necessários à prestação de serviços de telecomunicações de uso público.

No caso dos autos, a AdC imputa à arguida a prática de uma contra-ordenação por considerar verificada factualidade subsumível aos artigos 6º, n.º1 e 2 e 4º, n.º1 c) e e) da Lei 18/03.

Está concretamente em causa apurar se tal tarifário aplica, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes e consubstancia uma forma de limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos.

Para este efeito ter-se-á em conta que o art.4º, n.º1, al. e) considera abusiva a aplicação de condições diferentes a prestações equivalentes, proibindo a discriminação que pode ter lugar relativamente a concorrentes da empresa dominantes ou a clientes.

A arguida entende que o enquadramento da AdC tem como pressuposto que serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC nos mercados grossistas de segmentos terminais e de segmentos de trânsito consubstancia uma infra-estrutura essencial, pois tem um reflexo directo na oferta destes serviços no mercado retalhista, bem como para a oferta de outros serviços de comunicações electrónicas pelos operadores concorrentes das empresas do Grupo PT e por outro lado, o serviço grossista de aluguer de circuitos da PTC não tem alternativas efectivas no mercado nacional, ficando os operadores concorrentes dependentes da sua contratação à arguida para a oferta de serviços nos vários mercados retalhistas de comunicações electrónicas, pelo que, parte significativa da concorrência nos mercados retalhistas depende das condições definidas pela PTC nos mercados grossistas de circuitos alugados.

Analisemos.

Começamos por apreciar os factos apurados à luz da questão suscitada pela arguida.



70

Nesta sede importa apurar se a rede da PTC é uma infra-estrutura essencial. Para se poder concluir estar em causa uma infra-estrutura essencial teremos que ter assente que só a infra-estrutura em causa permite a utilização dos circuitos para a oferta de serviços nos vários mercados retalhistas de comunicações electrónicas, ou seja, que só pela infra-estrutura da PTC é possível assegurar tais serviços, quer por não ser viável a sua replicação em termos economicamente razoáveis, quer por não haver outra infra-estrutura apta a garantir esses serviços a nível nacional.

Ficou provado que em Portugal, a generalidade dos circuitos alugados oferecidos no mercado de retalho pelas empresas do Grupo PT e pelos outros operadores são suportados na oferta grossista de circuitos alugados da PTC.

Quanto aos mercados grossistas, a PTC é a única empresa do Grupo PT que disponibiliza o serviço de aluguer de circuitos a outros operadores e prestadores de serviços de comunicações electrónicas.

Relativamente ao mercado de retalho, o Grupo PT oferece serviços de aluguer de circuitos através da PTC e através da PT Prime. Na prestação do serviço de aluguer de circuitos no mercado de retalho a PTC recorre à sua infra-estrutura de rede e a PT Prime recorre à oferta grossista da PTC.

Para além da PTC e da PT Prime, entre Março de 2003 e Março de 2004, estavam presentes nos mercados de circuitos alugados a Vodafone, a ONI, a Sonaecom – SGPS, S.A. (Sonaecom), a Jazztel Portugal – Serviços de Telecomunicações, S.A. (Jazztel), a KPN Eurorings B.V. (KPN), a COLT PORTUGAL (COLT), a TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. (TMN), a RENTELECOM – Comunicações, S.A. (RENTElecom), a REFER TELECOM – Serviços de Telecomunicações, S.A. (ReferTelecom) e a Cabovisão, Televisão por Cabo S.A. (Cabovisão).

As redes de transporte da ONI e da Novis Telecom, S.A. (Novis), cobrem as cidades “mais importantes” do território continental através de fibra óptica, sendo que existem redes metropolitanas de acesso em fibra óptica (MAN) nestas cidades.

A ReferTelecom, a RENTElecom e a Cabovisão são detentores de extensa infra-estrutura de fibra óptica que cobrem sobretudo as principais ligações entre cidades nacionais.

A rede de transmissão dos restantes operadores está sobretudo presente nos grandes centros urbanos (nomeadamente em Lisboa e no Porto).

Ficou ainda assente que a rede de circuitos alugados da PTC foi construída numa altura em que o sector das telecomunicações era um monopólio público e tem um âmbito nacional. Logo é manifesta a inviabilidade, para qualquer operador, de replicar toda a rede básica de telecomunicações da PTC e ficar em condições de concorrer no mercado.

Fica, pois, demonstrada a essencialidade da rede da PTC no caso concreto em causa nos autos.

Apreciada esta questão retornemos à questão da discriminação.

Com especial relevo neste âmbito temos a questão dos descontos previstos no tarifário.

Antes de mais há que ter presente que, para avaliar se se verifica uma discriminação, deve indagar-se se o desconto reflecte alguma poupança por parte da empresa dominante no fornecimento ao cliente que dele beneficia e se, nessa medida, contribui para a sua eficiência. Importa também verificar se as normas que enformam os descontos são objectivas e não discriminatórias. Ademais, há que examinar a margem de escolha deixada ao cliente pelos descontos e o grau de probabilidade de o cliente se abastecer junto de concorrentes da empresa dominante. Finalmente haverá que analisar os possíveis danos resultantes dos descontos que se façam sentir na esfera dos concorrentes da empresa dominante e os efeitos que possam ter na manutenção ou reforço da posição da empresa em causa ²².

Na decisão, a arguida é acusada de abusar da sua posição dominante ao aprovar e aplicar o tarifário de circuitos alugados em vigor entre 1 de Março de 2003 e 7 de Março de 2004 que, nos termos daquela decisão:

i. Evoluía de forma não linear (por degraus sucessivamente maiores) demonstrando tratamento desigual de situações idênticas;

ii. Previa escalões desadequados à realidade portuguesa e que só beneficiava alguns parceiros, designadamente às empresas do Grupo PT, designadamente à PT Prime, mas também à TMN;

iii. Aplicava, sem justificação económica, a certas empresas com volumes de facturação mais elevados (e, designadamente, as empresas retalhistas do Grupo PT) taxas médias de desconto muito superiores àquelas de que podiam beneficiar as empresas concorrentes;

²² Miguel Mendes Pereira, Lei da Concorrência Anotada, pág.169.

iv. Traduzia relações entre os descontos auferidos e as respectivas facturações de mais do dobro para as empresas do Grupo PT do que para as restantes;

v. Denotava um efeito assimétrico decorrente da transição do sistema de descontos anterior para este, especificamente pelo facto de, perante a redução generalizada dos volumes de facturação e do total de descontos, determinadas empresas (no caso, a PT Prime) serem proporcionalmente muito menos afectadas que outras por esta diminuição, fazendo variar assim (positivamente) a sua posição relativa face estas;

vi. Previa um desconto (desconto SDH) cujas condições implicavam que uma só empresa (PT Prime), de acordo com os dados de facturação do ano imediatamente anterior, estava em condições de reunir os requisitos exigíveis para poder vir a beneficiar dele;

vii. Não era economicamente justificado; e,

viii. Previa prémios de permanência para a manutenção do aluguer de circuitos nas circunstâncias descritas nos parágrafos anteriores e que os operadores alternativos aos do Grupo PT apenas mantinham para procurar auferir, neste aspecto, das mesmas condições que os operadores retalhistas do Grupo PT, podendo assim concorrer nos vários mercados retalhistas, fazendo-o, todavia, com prejuízo do desenvolvimento de rede própria e, nestes termos, prescindindo de concorrer efectivamente nos mercados grossistas de circuitos alugados.

Analisemos.

O tarifário em causa incorporava uma estrutura de descontos relativa aos circuitos com débito até 34 Mbps nos seguintes termos:

Escalão de facturação bruta mensal	% de desconto	Facturação líquida mensal
Escalão A: igual ou superior a 19.951.916 €	32,0%	[13.567.303 €; +∞[
Escalão B: [12.469.947 €; 19.951.916 €[26,5%	[9.165.411 €; 14.664.658 €[
Escalão C: [7.481.968 €; 12.469.947 €[21,5%	[5.873.345 €; 9.788.908 €[
Escalão D: [3.990.383 €; 7.481.968 €[17,0%	[3.312.018 €; 6.210.033 €[
Escalão E: [1.995.192 €; 3.990.383 €[13,0%	[1.735.817 €; 3.471.632 €[
Escalão F: [748.197 €; 1.995.192 €[9,5%	[677.118 €; 1.805.648 €[
Escalão G: [249.399 €; 748.197 €[6,5%	[233.188 €; 699.563 €[
Escalão H: [99.760 €; 249.399 €[4,0%	[95.770 €; 239.422 €[

O mesmo tarifário previa descontos para circuitos de alto débito, ou seja, 45Mbps, 155Mbps, 622Mbps e 2,5Gbps, nos seguintes termos:

Volume de facturação anual	% de desconto
igual ou superior a 25.000.000 €	10 %
[0€; 25.000.000 €[0 %

Esquemáticamente o tarifário em análise previa, assim, os seguintes descontos:

Desconto de facturação aplicável aos circuitos até 34Mbps (em vigor entre 01/03/2003 e 07/03/2004)				Desconto de facturação aplicável aos circuitos >34Mbps (em vigor até 7 de Março de 2004)			
Escalação	Volume de facturação mensal (após atribuição do prémio de permanência)		% de desconto	Escalação	Volume de facturação mensal equivalente		% de desconto
	Limite inferior (inclusive)	Limite superior (inclusive)			Limite inferior (inclusive)	Limite superior (inclusive)	
I	€ 0,00	€ 99.759,99	0,00%	B	€ 0,00	€ 2.083.333,33	0,00%
H	€ 99.760,00	€ 249.398,99	4,00%				
G	€ 249.399,00	€ 748.196,99	6,50%				
F	€ 748.197,00	€ 1.995.191,99	9,50%				
E	€ 1.995.192,00	€ 3.990.383,99	13,00%				
D	€ 3.990.384,00	€ 7.481.968,99	17,00%	A	€ 2.083.333,34	10,00%	
C	€ 7.481.969,00	€ 12.469.947,99	21,50%				
B	€ 12.469.948,00	€ 19.951.915,99	26,50%				
A	€ 19.951.916,00		32,00%				

Para efeitos do cálculo da percentagem de desconto de facturação era considerada a facturação dos circuitos com débito até 34 Mbps e a facturação dos circuitos de alto débito ou circuitos com débito de 45 Mbps, 155 Mbps, 622 Mbps e 2,5 Gbps, mas a percentagem de desconto apurada incidia apenas sobre a facturação dos circuitos com débito até 34 Mbps.

Era ainda aplicável um prémio de permanência, nos seguintes termos:

Facturação anual do circuito líquida de desconto de facturação	% de desconto
1.º ANO	2,0%
2.º ANO	4,0%
3.º ANO	6,0%
4.º ANO	8,0%
5.º ANO	10,0%

Em Junho de 2003 passou também a ser aplicada a «solução de transporte de capacidade», essencialmente a operadores com redes de grande capilaridade nacional e com necessidades de débitos elevados na mesma rota.

Esta solução aplicava-se, essencialmente, a operadores de redes de comunicações móveis, sendo que apenas a Vodafone contratou com a PTC esta «solução», em Setembro de 2003, com efeitos reportados a Março de 2003.

Considerando os factos agora elencados podemos verificar que a taxa de desconto mensal relativa aos circuitos com débito até 34 Mbps variava em função da facturação, correspondendo taxas de desconto mais elevadas a volumes de facturação mais elevados,

sendo aplicáveis as taxas de desconto, consoante o cliente tivesse uma facturação total que coubesse num escalão de desconto superior ou inferior.

Verifica-se ainda que os operadores que utilizassem circuitos com débito até 34Mbps e também circuitos SDH podiam beneficiar de uma taxa de desconto superior, pois estes últimos circuitos também eram contabilizados para o apuramento da facturação a considerar para efeito de aplicação da tabela de descontos.

Nos termos do mesmo tarifário, beneficiava ainda de um desconto adicional, designada prémio de permanência, consubstanciado num crédito sobre a mensalidade do circuito, a atribuir circuito a circuito, nos 12 meses do ano seguinte a que respeitasse, no pressuposto de que o circuito permanecia instalado nesse período.

A AdC defende que tal tabela de descontos redundava no tratamento desigual de prestações equivalentes pois, o mesmo volume de facturação beneficia de uma percentagem de desconto mais ou menos elevada conforme o volume total de facturação do cliente em causa, o que poderia ser evitado, designadamente pela adopção de um tarifário em que as taxas de desconto fossem aplicadas de forma incremental, o que permitiria aplicar exactamente a mesma taxa de desconto às quantidades contidas em cada escalão, independentemente da dimensão total da facturação do cliente.

Argumenta também que por aplicação daquele tarifário, quando se passa de um determinado escalão de desconto para o escalão de desconto imediatamente superior a facturação líquida diminui. Assim, para pequenos aumentos do volume de produção e conseqüente aumento, ainda que reduzido, do custo total de produção, a redução da facturação líquida, aquando de um salto de escalão, implica uma clara diminuição do lucro da empresa. Ou seja, por via da política de descontos adoptada, um aumento do nível de produção tem como efeito uma diminuição do lucro da empresa, não justificável do ponto de vista da racionalidade económica.

Adita a AdC que, de acordo com a teoria económica, a indústria das comunicações electrónicas se caracteriza pela existência de economias de escala, em que as poupanças de custo obtidas resultam da totalidade da capacidade instalada e não da capacidade instalada para dar resposta a uma solicitação de um determinado cliente individualmente considerado, pelo que não pode justificar o desenho do sistema de descontos em apreço.

A arguida defende que não aplicou condições desiguais a prestações equivalentes. Limitou-se a aplicar descontos de quantidade a quem comprava mais, ou seja, a praticar condições desiguais a prestações não equivalentes, pois uma prestação de menos de €99.760 não é equivalente a uma de €249.398, da mesma maneira que comprar circuitos no valor de €10 depois de ter adquirido €500.000 não é o mesmo que só ter adquirido €10, ou que tê-los adquirido depois de ter comprado apenas €50.000.

Explica que, quando uma empresa implementa um sistema de descontos de quantidade visa, primeiramente, conceder um incentivo à compra do seu produto ou serviço, aumentando assim as vendas.

Em contrapartida, como a empresa factura mais, a um preço unitário inferior, transfere proveitos crescentes para o cliente à medida que as suas compras aumentam, pois é esse o propósito dos descontos de quantidade. Portanto, a distribuição das empresas pelos escalões de facturação resulta do contributo que cada uma destas dá para a obtenção de economias de escala. Assim, e como é expectável no âmbito de um sistema de descontos de quantidade, os maiores escalões de desconto visam recompensar as empresas que para eles mais contribuem em virtude dos maiores volumes de compras efectuado.

No entanto, a ao contrário do defendido pela AdC, os descontos “crescem” a um ritmo decrescente, ou seja, o aumento das taxas de desconto é sucessivamente menor, tal como são sucessivamente menores os decréscimos do custo médio na curva típica da indústria de telecomunicações.

Ora, um sistema de descontos de quantidade incremental perderia o essencial do incentivo a comprar mais. Por outro lado, tal solução existiria uma taxa de desconto média diferente para cada valor de facturação, sendo que essa taxa de desconto não seria conhecida à partida, mas obtida mediante cálculo. Tratar-se-ia, portanto, de um sistema mais complexo e menos transparente, que não correspondia ao que o ICP-ANACOM pretendia.

Argumenta também que, em concreto, muito dificilmente, tem lugar uma diminuição da facturação líquida e do lucro da empresa em resultado do aumento do nível de produção, como defende a AdC, pois o volume de facturação, não cresce Euro a Euro, já que não existem circuitos cujo preço mensal seja 1 Euro, pelo que a passagem de um escalão para o imediatamente inferior ou superior não se faz no limiar do escalão.

Que dizer?

A propósito desta questão não podemos deixar de notar que a atribuição de descontos de quantidade é uma prática comum, que funciona como um incentivo à aquisição de bens ou produtos e como um meio de fidelizar o cliente.

Do ponto de vista da empresa, o cliente que mais adquire confere-lhe confiança na manutenção da relação económica e na sustentabilidade da sua actividade.

A AdC admite que faz parte da própria essência de um sistema de descontos de quantidade que os maiores compradores de um produto ou serviço beneficiem de preços médios unitários menores ou, de outra forma, de taxas médias de desconto superiores aos adquirentes menos importantes desse produto ou serviço, não se podendo daí inferir que um sistema de descontos seja discriminatório. No entanto, considera que o tarifário em apreço, porque permite aplicar ao mesmo volume de facturação percentagem de descontos diferente, consubstancia uma discriminação e um tratamento desigual de prestações idênticas, legalmente inadmissível.

Afigura-se-nos que o ponto de partida da AdC não este correcto.

Afirmar que constitui um tratamento desigual atribuir a um cliente cuja facturação é de €2.000.000,00 desconto diferente do desconto conferido a um cliente cuja facturação é de €249.500,00 não parece ser um raciocínio correcto.

Parece-nos óbvio que estamos perante realidades diversas, pois não podemos olvidar que falamos de um tarifário que contém descontos, mas também contém preços para os serviços subjacentes. Portanto, não podemos analisar o tarifário desligado do objectivo que move qualquer empresa – o lucro. Naturalmente, numa perspectiva económica, para qualquer vendedor não é indiferentes que o seu cliente adquira 1.000 ou 100, já que manter uma relação económica que mensalmente garante consumos de 1.000, é substancialmente diferente daquela que apenas garante consumos de 100. Para a empresa, o primeiro cliente perspectiva uma segurança na manutenção e rentabilidade do seu negócio que o segundo não representa. Nessa medida, ao primeiro o vendedor poderá fazer um desconto, mas ao segundo, muito provavelmente, não o fará.

Nesta análise não podemos deixar de chamar à colação a questão de saber se aquele tarifário é economicamente justificável.

A AdC defende que o tarifário em apreço não tem explicação em termos económicos, pois o sistema de descontos em causa e, em particular, a sua evolução em escada por degraus sucessivamente maiores é contrária àquela que seria expectável numa indústria em que os custos fixos são elevados e os custos marginais próximos de zero,



pelo que, à medida que a quantidade produzida aumenta, os decréscimos observados nos custos médios são sucessivamente menores.

Diz ainda que as primeiras quantidades contratadas por um determinado cliente geram exactamente os mesmos benefícios que as primeiras quantidades contratadas por outro qualquer cliente, independentemente do total contratado por cada um deles.

Enquadrando a questão a propósito das economias de escala e ganhos de eficiência, tenhamos por certas as premissas de tal raciocínio (que a indústria das telecomunicações se caracteriza por custos fixos elevados e custos marginais próximos de zero), já que não são contrariadas pela arguida.

No entanto, a arguida rebate o argumento que a evolução em escada dos descontos, por degraus sucessivamente maiores é contrária àquela que seria expectável no ramo de actividade da arguida. Ademais, demonstra que a aplicação do sistema de descontos conduz a uma situação em que o aumento das taxas de desconto é sucessivamente menor e compatível com os decréscimos do custo médio na curva típica da indústria de telecomunicações, sendo que, do nosso ponto de vista, a AdC não logrou demonstrar o contrário.

Acresce que, ainda que seja teoricamente correcto dizer que as primeiras quantidades contratadas por um determinado cliente geram exactamente os mesmos benefícios que as primeiras quantidades contratadas por outro qualquer cliente, parece olvidar-se que do ponto de vista do fornecedor do serviço apenas a partir de determinada quantidade produzida e adquirida se justifica atribuir um desconto, pois a margem de lucro de venda do total já justifica para o prestador do serviço reduzir o preço praticado. É o que economicamente se chama de “limiar de rentabilidade” e que permite justificar a atribuição de descontos, pois a partir desse ponto os custos fixos e variáveis já estão assegurados.

Ora, não foi comprovado que a relação entre os valores de facturação e a percentagem de descontos previstos em tal tarifário fere esse limiar de rentabilidade. E não nos parece que a invocada diminuição da “facturação líquida” (não em sentido próprio, pois tal equivaleria a dizer facturação sem impostos) aquando da mudança de escalão, possa servir de argumento para contrariar esta análise.

De facto, desde logo, fica por demonstrar a expressão dessa “descontinuidade” na actividade económica da arguida, podendo admitir-se que haverá mais clientes nos intervalos médio e superior de cada escalão do que no limiar do mesmo.

Mas ainda que se aborde a questão apenas em termos teóricos, sempre se diga que o argumento é falível pois, em face dos dados de que dispomos e que nos foram apresentados, parece que tal circunstância se verificará em qualquer tarifário que preveja descontos em função do volume de facturação, como é, aliás, o agora em vigor. E tal circunstância nunca impediu, como não impede, que o modelo seja adoptado, pois é uma prática comum em termos económicos e de técnica empresarial e, dizemos nós, comprovadamente eficaz, clara e segura.

Acresce que, como a própria AdC afirma, só a quantificação dos custos de produção e das poupanças / ganhos de eficiência, permitiria concluir que os limites e taxas de desconto aplicáveis no tarifário que vigorou entre 1 de Março de 2003 e 7 de Março de 2004 não têm justificação económica.

Mas, e ao contrário do que a mesma defende, há que ter presente que é a AdC que imputa à arguida a prática de uma contra-ordenação, pelo que é à AdC que cabe demonstrar que o tarifário que lhe merece censura não tem justificação ao nível do negócio da arguida, e que a sua elaboração, aprovação e vigência apenas podem ser explicadas ao nível de uma prática anti-concorrencial.

No entanto, o que verificamos é que, neste particular, a AdC não logrou demonstrar, com base nas teorias económicas aplicadas ao mercado relevante e ao negócio da arguida, que o tarifário é economicamente desajustado.

Doutro prisma, a AdC coloca ainda à discussão a circunstância de nenhuma empresa atingir o escalão mais elevado de desconto e os escalões B, C e D só serem alcançados pelas empresas do Grupo PT, designadamente a PT Prime e a TMN, o que demonstra a inadequação do tarifário em apreço, sendo que PTC não apresentou qualquer justificação para a definição dos escalões de desconto nestes termos.

Ademais, de acordo com os dados de facturação mensal do ano imediatamente anterior à entrada em vigor do tarifário em análise (período entre 1 de Março de 2002 e 28 de Fevereiro de 2003) era possível estimar que, com a aplicação do novo tarifário, nenhuma empresa beneficiaria do escalão máximo de desconto; que a PT Prime seria a única empresa a beneficiar do escalão B; que a PT Prime e a TMN seriam as únicas entidades beneficiárias do escalão C e que só a partir do escalão E outras entidades que não as do Grupo PT, poderiam beneficiar de desconto.

A arguida contrapõe que os preços propostos aquando da 1ª versão do tarifário eram superiores aos que vieram a ser aplicados e que havia fortes expectativas de crescimento da facturação dos outros operadores, decorrente da evolução da estrutura e dimensão dos parques de circuitos face ao eminente lançamento dos serviços e redes de UMTS, sendo expectável que operadores móveis exteriores ao Grupo PT (ONIWAY, OPTIMUS e VODAFONE) viessem a aceder aos escalões de desconto mais elevados.

A AdC acrescenta que, em resultado da aplicação do tarifário em análise, em termos médios, as empresas do Grupo PT beneficiavam de taxas de desconto de facturação para circuitos com débito até 34 Mbps mais elevadas, relativamente às demais empresas, sendo a PT Prime a única beneficiária do desconto de facturação para os circuitos de alto débito e que, embora os volumes de facturação e total de descontos tenham diminuído para todas as empresas durante a vigência do tarifário aplicável entre 1 de Março de 2003 e 7 de Março de 2004, a introdução do tarifário em análise teve um efeito assimétrico, tendo a PT Prime sido a empresa menos afectada pela diminuição de descontos como resultado da redução do volume de facturação.

A arguida evidencia que o Grupo PT tinha um desconto médio de 17,2% e uma facturação de € 208.081.092, enquanto os concorrentes tinham um desconto médio de 9% e a facturação de € 76.385.757, ou seja, cerca de um terço.

Por outro lado, a PT Prime com uma facturação de €146.197.062, tinha um desconto médio de 18,8%; a ONI, com um sexto da facturação - €22.115.236 - tinha um desconto de 9,8%; a TMN, com uma facturação de €61.811.641, tinha um desconto médio de 13,5% e a Vodafone, com uma facturação de €19.006.150, tinha um desconto médio de 10,2%.

Acresce que, em virtude da redução dos preços brutos em Março de 2003, a facturação bruta anual da ONI decresceu 26% de um ano para o seguinte (para um parque que se manteve praticamente constante), enquanto que a da PT Prime decresceu apenas 16% tendo o parque da PT Prime sofrido uma redução de 682 circuitos. Por essa razão o desconto absoluto auferido pela ONI (77,6%) terá sofrido uma redução superior à redução do desconto da PT Prime (55,6%).

Relativamente ao desconto decorrente da utilização de circuitos SDH, o mesmo foi concebido para funcionar como incentivo para que os operadores optassem por construir as suas redes com recurso a esses circuitos, pelo que estabelecer o patamar de

descontos a um nível baixo de facturação não configuraria um incentivo adequado ao desenvolvimento de novas redes com base neste tipo de circuitos.

Analisemos.

Em termos de mercado, a aplicação do tarifário teve o seguinte reflexo:

Escalões	% desc.	Empresas em cada escalão
Escalão A	32,0%	-
Escalão B	26,5%	PT PRIME
Escalão C	21,5%	PT PRIME; TMN
Escalão D	17,0%	TMN
Escalão E	13,0%	Outro operador
Escalão F	9,5%	Outro operador
Escalão G	6,5%	Outro operador
Escalão H	4,0%	Outro operador

Por aplicação do tarifário em análise as efectivas percentagens de descontos de facturação para os circuitos com débito até 34 Mbps foram:

Empresa	Fact. T6 + SDH	Desc. T6	Taxa média desc. (T6)
Outro Operador			1,7%
Outro Operador			6,5%
Outro Operador			3,1%
Outro Operador			3,5%
ONI	22.115.236 €	2.171.464 €	9,8%
Outro Operador			10,1%
PT PRIME	146.197.062 €	27.515.480 €	18,8%
TMN	61.811.641 €	8.326.384 €	13,5%
UUNET PORTUGAL	1.077.691 €	8.088 €	0,8%
Outros Operadores			0,0%
VODAFONE	19.006.150 €	1.938.238 €	10,2%
PT PRIME+TMN	208.008.702 €	35.841.864 €	17,2%
GRUPO PT	208.081.092 €	35.841.864 €	17,2%
Total s/ GRUPO PT	76.385.757 €	6.848.348 €	9,0%
Total	284.466.849 €	42.690.212 €	15,0%

Fact. T6 + SDH: somatório da facturação mensal dos circuitos nacionais e da parte nacional dos circuitos internacionais com débito até 34 Mbps e dos circuitos SDH, incluindo instalações, mensalidades e acertos efectuados no respectivo mês, relativos a instalações e mensalidades de meses anteriores, ou seja, somatório das colunas "Fact T6" e "Fact SDH", para o período entre 01.03.2003 e 29.02.2004.

Desc. T6: somatório do desconto de facturação mensal aplicável aos circuitos com débito até 34 Mbps, ou seja, somatório da coluna "Desc Fact", para o período entre 01.03.2003 e 29.02.2004.

Taxa média desc. (T6): [Desc. T6]/[Fact. T6 + SDH].

A aplicação prática do desconto para os circuitos SDH, previsto no tarifário em apreciação é, designadamente:

Empresa	Fact. SDH	Desc. SDH
---------	-----------	-----------

Empresa	Fact. SDH	Desc. SDH
KPNQWEST PORTUGAL	229.776 €	-
NOVIS	16.500 €	-
OPTIMUS	7.750 €	-
PT PRIME	29.643.250 €	2.222.752 €
TMN	14.121.824 €	-
VODAFONE	2.480.899 €	-
Total	46.500.000 €	2.222.752 €

Por aplicação do tarifário em análise, as percentagens de descontos de facturação para os circuitos com débito até 34 Mbps e circuitos SDH foram:

Empresa	Fact. T6 + SDH	Desc. T6+SDH	Taxa média desc. (T6+SDH)
Outro operador			1,7%
Outro operador			6,5%
Outro operador			0,0%
Outro operador			3,1%
Outro operador			3,5%
Outro operador			9,8%
Outro operador			10,1%
PT PRIME			20,3%
TMN			13,5%
Outro operador			0,0%
Outro operador			0,8%
Outro operador			10,2%
PT PRIME+TMN			18,3%
GRUPO PT			18,3%
Total s/ GRUPO PT			9,0%
Total			15,8%

Há ainda que considerar que, no tarifário anterior ao aplicável entre 1.03.2003 e 7.03.2004, tinha aplicação um desconto de configuração estável, nos seguintes termos:

Escalaões de facturação trimestral (s/ IVA)		Prazo contratual			
		2 anos	3 anos	4 anos	5 anos
A3	igual ou superior a 2.493.989 €	16%	18%	21%	25%
A2	[1.246.995 €; 2.493.989 €[15%	17%	20%	24%
A1	[426.323 €; 1.246.995 €[13%	16%	19%	23%
B	[127.892 €; 426.323[11%	14%	17%	21%
C	[95.919 €; 127.892 €[10%	13%	16%	20%
D	[63.946 €; 95.919 €[8%	11%	14%	18%
E	[31.973 €; 63.946 €[6%	9%	12%	16%
F	[12.769 €; 31.973 €[5%	8%	11%	15%

Diga-se, para começar, que as circunstâncias agora a analisar redundam ainda, no prisma da AdC, na demonstração que o tarifário sob escrutínio implicava um tratamento desigual de situações idênticas.

Assim, a AdC sublinha que nenhuma empresa atingia o escalão mais elevado de desconto e os escalões B, C e D só eram expectavelmente, como foram, alcançados pelas empresas do Grupo PT, designadamente a PT Prime e a TMN, sendo que a arguida não demonstrou qualquer justificação para a definição dos escalões de desconto naqueles termos.

Quanto a esta questão não vemos que a mesma, isolada ou conjugadamente, denote qualquer tratamento desigual entre concorrentes.

Considerando o anterior tarifário aplicável, verificamos que o mesmo apresenta oito escalões, pelo que uma opção de continuidade afigura-se natural.

No que se refere aos concretos volumes de facturação previstos, temos que, apenas o primeiro se revelou “desadequado” (nas palavras da AdC) para a realidade nacional, no sentido de não ter sido alcançado por nenhum operador. Não olvidemos, contudo, que o tarifário em análise foi concebido para ter aplicação temporal indefinida, não tendo sido demonstrado que aquele escalão continuasse a não ser alcançado caso o tarifário ainda hoje se mantivesse em vigor, facto que a arguida não podia, naturalmente, prever.

Quanto à circunstância de apenas as empresas do grupo PT terem atingido os patamares de desconto (efectivo) mais elevados, se é certo que, com base nos dados do ano anterior ao da entrada em vigor de tal tarifário tal ocorrência fosse previsível, era também expectável o desenvolvimento das necessidades do mercado, em face do lançamento do UMTS e da TDT, com mais ou menos atraso. Dizer que a arguida conhecia os atrasos e como tal não podia esperar um desenvolvimento da facturação dos demais operadores compatível com os escalões de desconto por ela desenhados equivale a esquecer que, como já se realçou, o tarifário não foi elaborado para ter uma vida curta, mas numa perspectiva de futuro, dentro da qual o UMTS e a TDT eram realidades aguardadas.

Por conseguinte, não se afigura contra-ordenacionalmente imputável à arguida o facto de a realidade não ter correspondido às expectativas, nem o facto de os concorrentes das empresas do Grupo PT não terem facturações superiores às que se vieram a constatar.

Nesta medida, a argumentação da AdC nada demonstra.

A AdC acrescenta que, em resultado da aplicação do tarifário em análise as empresas do Grupo PT beneficiavam de taxas de desconto de facturação para circuitos com débito até 34 Mbps mais elevadas, relativamente às demais empresas, sendo a PT

Prime a única beneficiária do desconto de facturação para os circuitos de alto débito e que, embora os volumes de facturação e total de descontos tenham diminuído para todas as empresas durante a vigência do tarifário aplicável entre 1 de Março de 2003 e 7 de Março de 2004, a introdução do tarifário em análise teve um efeito assimétrico, tendo a PT Prime sido a empresa menos afectada pela diminuição de descontos como resultado da redução do volume de facturação.

A arguida rebate que o Grupo PT tinha um desconto médio de 17,2% e uma facturação de € 208.081.092, enquanto os concorrentes tinham um desconto médio de 9% e a facturação de € 76.385.757, ou seja, cerca de um terço.

Por outro lado, a PT Prime com uma facturação de €146.197.062, tinha um desconto médio de 18,8%; a ONI, com um sexto da facturação - €22.115.236 - tinha um desconto de 9,8%; a TMN, com uma facturação de €61.811.641, tinha um desconto médio de 13,5% e a Vodafone, com uma facturação de €19.006.150, tinha um desconto médio de 10,2%.

Acresce que, em virtude da redução dos preços brutos em Março de 2003, a facturação bruta anual da ONI decresceu 26% de um ano para o seguinte (para um parque que se manteve praticamente constante), enquanto que a da PT Prime decresceu apenas 16% tendo o parque da PT Prime sofrido uma redução de 682 circuitos. Por essa razão o desconto absoluto auferido pela ONI (77,6%) terá sofrido uma redução superior à redução do desconto da PT Prime (55,6%).

Analisado o gráfico que consta supra, verificamos, como notou a arguida, que o Grupo PT, para uma facturação de € 208.081.092, obteve um desconto médio de 17,2%. Os concorrentes, para uma facturação de € 76.385.757, obtiveram um desconto médio de 9%. Ou seja, a uma facturação de quase um terço da PT Prime correspondeu um desconto de metade do atribuído àquela.

Por outro lado, a PT Prime com uma facturação de €146.197.062, tinha um desconto médio de 18,8%; a ONI, com uma facturação de €22.115.236 tinha um desconto de 9,8%; a TMN, com uma facturação de €61.811.641, tinha um desconto médio de 13,5% e a Vodafone, com uma facturação de €19.006.150, tinha um desconto médio de 10,2%.

Portanto, também desta comparação resulta que a facturação da PT Prime, seis vezes superior à da ONI e da Vodafone, obteve um desconto duas vezes superior ao de qualquer uma delas. Bem assim, a facturação da TMN, cerca de três vezes superior à da

ONI e da Vodafone, obteve um desconto de 3% ou 4% (num universo de 13,5%) superior ao daquelas.

Em face destes cálculos apenas podemos concluir que os descontos mais elevados das empresas do Grupo PT têm apoio nas facturações mais elevadas destas empresas, o que não revela qualquer discriminação positiva para as mesmas.

Já no que se refere ao desconto decorrente da utilização dos circuitos SDH, se é certo que apenas a PT Prime alcançou montantes de facturação que permitiram dele beneficiar, nada impedia que outras concorrentes alcançassem valores idênticos, não podendo a arguida ser penalizada pelo facto do negócio de tais empresas não implicar uma utilização da sua rede equivalente à da PT Prime, sendo certo que a AdC não demonstrou que a atribuição deste desconto não tivesse justificação económica.

Finalmente quanto ao facto de a introdução do tarifário ter um efeito assimétrico, tendo a PT Prime sido a empresa menos afectada pela diminuição de descontos como resultado da redução do volume de facturação, diga-se que, mais uma vez, a AdC não demonstrou que essa relação facturação/desconto não teve por base um critério objectivo, transparente e economicamente compreensível, mormente a diminuição de utilização do parque de circuitos das PT pelos demais operadores.

Tudo visto, entendemos não ser possível, com base nos aludidos factos e argumentos, concluir que o tarifário aplicável entre 1 de Março de 2003 e 7 de Março de 2004, consubstanciou um tratamento desigual de prestações equivalentes.

Analisemos agora a conduta imputada à arguida do ponto de vista da limitação ou controle da produção, da distribuição, e do desenvolvimento técnico ou dos investimentos.

Neste contexto há que analisar com mais detalhe o prémio de permanência, pois parece ser com base na sua existência que é essencialmente defendida a prática anti-concorrencial em análise.

Como já referimos supra, o tarifário sob escrutínio prevê um prémio de permanência nos seguintes termos:

Facturação anual do circuito líquida de desconto de facturação	% de desconto
1.º ANO	2,0%
2.º ANO	4,0%
3.º ANO	6,0%
4.º ANO	8,0%

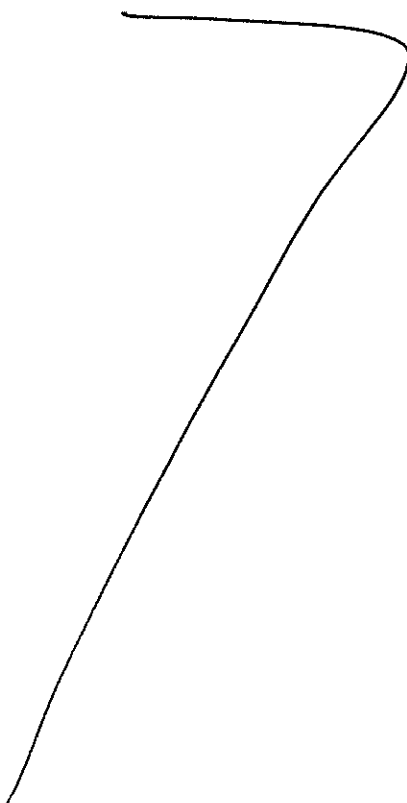
Facturação anual do circuito líquida de desconto de facturação	% de desconto
5.º ANO	10,0%

O referido prémio de permanência traduz-se num crédito sobre a mensalidade do circuito, a atribuir circuito a circuito, a ter lugar antes da aplicação do desconto de facturação, nos 12 meses do ano seguinte a que respeita, no pressuposto de que o circuito permanecia instalado nesse período.

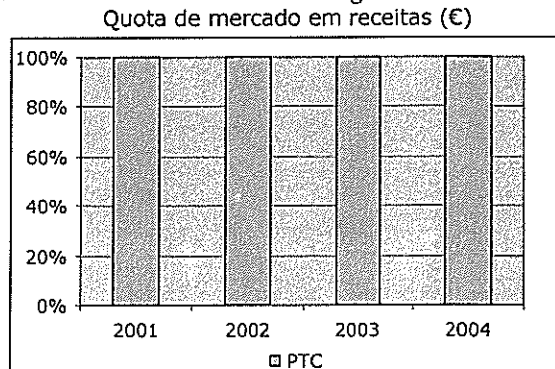
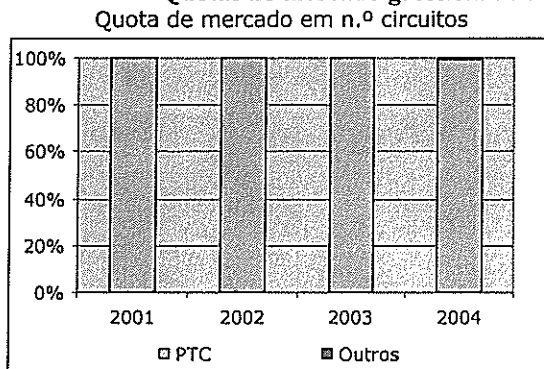
A AdC reconhece que o prémio de permanência se manteve no tarifário posterior ao que vigorou entre 1 de Março de 2003 e 7 de Março de 2004 e que prémios do mesmo tipo se aplicavam em diversos países europeus.

No entanto, entende que a atribuição de prémios de permanência pela PTC, baseados na manutenção de contratos por períodos muito alargados constitui um desincentivo ao investimento no desenvolvimento de rede própria (designadamente no âmbito dos segmentos de trânsito) por parte dos operadores alternativos e beneficia as empresas do Grupo PT, das quais aqueles operadores alternativos são concorrentes ao nível do retalho e potenciais concorrentes ao nível grossista e demonstra a aplicação pela arguida de condições desiguais a prestações equivalentes.

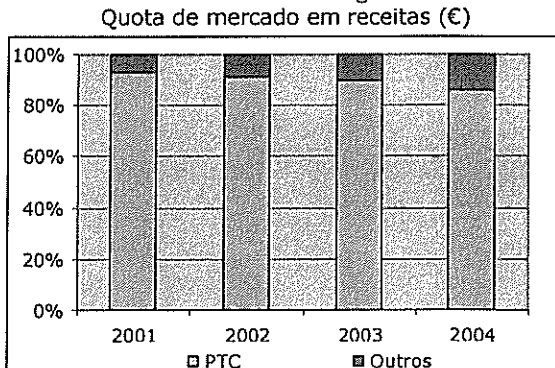
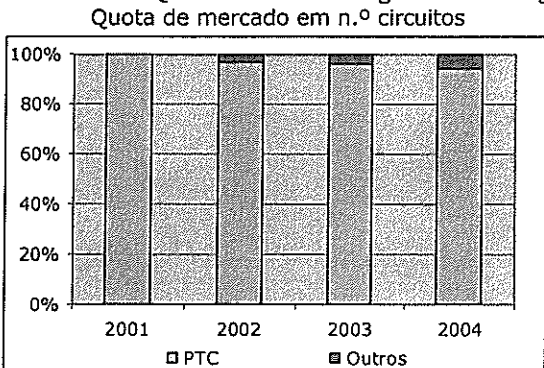
Para evidenciar esta posição a AdC apresenta os seguintes gráficos ilustrativos, dos quais retira que o tarifário em análise potenciou a manutenção da estrutura de mercado existente, designadamente ao contribuir para a permanência das quotas da PTC em valores próximos dos 100%:



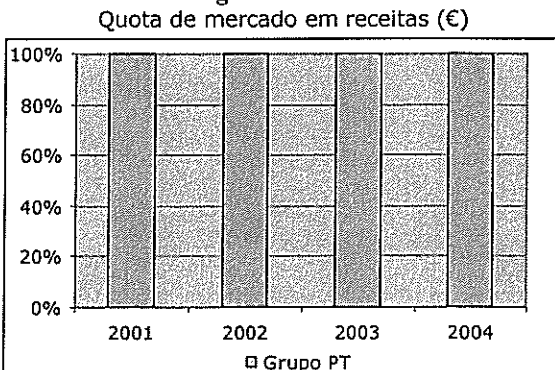
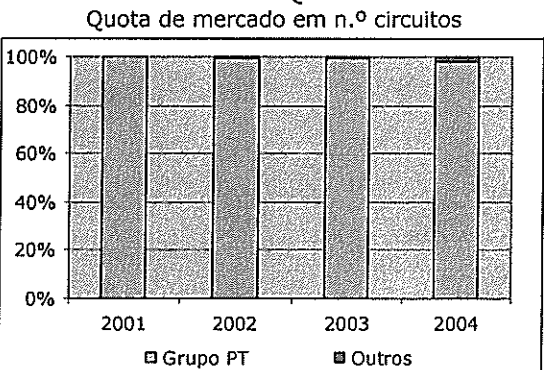
Quotas no mercado grossista de segmentos terminais de circuitos alugados



Quotas no mercado grossista de segmentos de trânsito de circuitos alugados



Quotas no mercado retalhista de circuitos alugados



A arguida argumenta que introduziu o prémio de permanência como forma de continuar a dar um desconto associado ao ciclo de vida de um circuito adjudicado à PTC, uma vez que eliminou os antigos descontos contratuais de que beneficiavam os operadores.

No entanto, este não vinculava os operadores, que poderiam solicitar a desmontagem dos circuitos quando bem entendessem, sem que por isso tivessem penalidades, o que lhes concedia uma total flexibilidade para a definição das suas estratégias de investimento em infra-estruturas.

Entende, por isso, que o prémio de originou uma melhoria nos incentivos concedidos aos operadores alternativos que recorriam à oferta de circuitos da Arguida.

A acrescentar, refere a arguida que a entrada em vigor do Tarifário de Março de 2003 conduziu a uma redução significativa dos preços líquidos dos circuitos alugados, que passaram a situar-se ao nível dos valores mais baixos praticados na União Europeia, e não influenciou posicionamento relativo dos principais operadores quando comparado com o tarifário anterior e com o tarifário posterior.

Relativamente a esta questão há que referir que o prémio de permanência tem uma justificação económica, pois visa incentivar a continuidade da relação com o cliente e garantir a recuperação dos custos associados ao fornecimento dos circuitos.

É certo que o mesmo favorece os operadores que optem por manter contratos com a PTC por períodos temporais mais elevados, sendo o máximo para contratos com duração igual ou superior a 5 anos.

A AdC considera que o mesmo beneficiava as empresas do grupo PT pois as demais, ou investiam em infra-estrutura própria ou mantinham-se clientes da PTC e beneficiavam deste desconto, sendo que por esta via ficava comprometido o desenvolvimento da sua rede e os investimentos.

Ora, se é certo que apenas continuando clientes da PTC, os demais operadores beneficiavam deste prémio, a verdade é que não vemos que isso os impedisse de expandir a rede própria.

Na verdade, enquanto não tivessem rede autónoma sempre teriam que utilizar outra existente e, sendo a da PTC, durante esse tempo teriam um preço para a utilização de circuitos em que seria atendido, além do mais, o tempo de permanência na utilização, como contrapartida da fidelidade do cliente e da segurança que o mesmo transmitia à arguida pela manutenção da relação contratual e dos proveitos dela decorrentes.

A não ser assim, um operador que utilizasse a rede da PT, independentemente de pretender ou não, em maior ou menor medida investir em rede própria, nenhum benefício teria.

No entanto, decidindo terminar tal relação contratual, nenhuma penalização sofreriam, pelo que não era o facto de se manterem na rede da PTC, beneficiando de preços mais apelativos, que os afastaria de realizar investimentos, sendo livres de se manter ou não como clientes da PTC.

Por outro lado, não ficou demonstrado, nem se afigura credível em termos abstractos que, se em termos estratégicos, qualquer operador tivesse por conveniente,

face ao seu negócio, expandir a sua rede, não o fizesse, apenas para beneficiar de maior desconto.

Assim, também não vemos que atribuir este prémio implicasse uma discriminação ou um tratamento desigual de prestações equivalentes, como parece pretender a AdC, pois qualquer operador que mantivesse uma relação, mais ou menos prolongada com a PTC, beneficiaria do prémio de permanência correspondente, em idênticas circunstâncias.

De igual modo, falece a conclusão que este prémio funcionou como um desincentivo ao investimento, nenhum facto concreto se tendo apurado que demonstre que fosse esse o efeito necessário ou efectivo da sua contemplação.

Do exposto concluímos que não foi demonstrado que o tarifário aprovado pela PTC e que vigorou entre 1 de Março de 2003 e 7 de Março de 2004 implicava um tratamento desigual de prestações equivalentes ou a limitação da produção, da distribuição, do desenvolvimento técnico e do investimento, constituindo exploração abusiva de uma posição dominante detida pela Recorrente nos mercados grossistas de circuitos alugados, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear e restringir a concorrência naqueles mercados e nos mercados que utilizam os circuitos alugados como *input* para a oferta de serviços de comunicações electrónicas.

Em conclusão, não tendo ficado provado o preenchimento de todos os elementos do tipo contra-ordenacional cuja prática vinha imputada à PTC, deverá a mesma ser absolvida.

*

DECISÃO

Face a todo o exposto, julgando totalmente procedente o recurso de impugnação interposto pela arguida **PT COMUNICAÇÕES, S.A.**, absolve a mesma da prática da contra-ordenação p. p. pelos arts. 6º, n.º 1 e n.º 2 e do art. 4º, n.º 1, alínea c) e alínea e) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e também nos termos das alíneas b) e c) do art. 82º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, que lhe era imputada.

Sem custas por não serem devidas.

Notifique e deposite.

*

Oportunamente cumpra o disposto no art. 70º, n.º 4, do Decreto - Lei n.º 433/82 de 27 de Outubro.



89

*

Lisboa, 29 de Fevereiro de 2012

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Cláudia', written over a horizontal line that extends to the right.