



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Igual ao citius

RELATÓRIO

1. **FIDELIDADE – SOCIEDADE GESTORA DE ORGANISMOS DE INVESTIMENTO COLETIVO, S.A.** (doravante também “Fidelidade SGOIC”) veio impugnar judicialmente a decisão proferida pela Autoridade da Concorrência (doravante “AdC”) no processo de contraordenação n.º 1/2020 que a condenou pela prática de uma contraordenação consubstanciada na realização de uma operação de concentração, antes de uma Decisão de Não Oposição da AdC, prevista e punida pelo n.º 1 do artigo 37.º, n.º 1 do artigo 40.º, alínea f) do n.º 1 do artigo 68.º, e n.º 2 do artigo 69.º, todos da Lei da Concorrência, na coima no montante de € 300.000 (trezentos mil euros).
2. A Recorrente formulou as seguintes pretensões:
 - a. Deve ser declarada a nulidade dos autos, por omissão de pronúncia da Autoridade da Concorrência, a propósito da arguição tempestiva de vícios apresentada pela Visada aos autos, em 23.08.2021, nos termos conjugados dos artigos 120.º, n.º 2, alínea d), 379.º, n.º 1, alínea c), ambos do Código de Processo Penal, aplicáveis *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, e 58.º, ambos do Regime Geral das Contraordenações, por sua vez aplicável por força do artigo 59.º, n.º 2, da Lei da Concorrência; caso ainda não se entenda, deve ser declarada irregularidade, com os mesmos fundamentos, nos termos do artigo 379.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal, por referência ao artigo 123.º, n.º 1, também do Código de Processo Penal, aplicáveis *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações, por sua vez aplicável *ex vi* artigo 59.º, n.º 2, da Lei da Concorrência; se assim não se entender,
 - b. Deve ser declarada a nulidade da Decisão recorrida, por falta de fundamentação da sanção aplicada, nos termos conjugados dos artigos 58.º, n.º 1, alínea c), do Regime Geral das Contraordenações, e artigos 374.º, n.º 2, e 379.º, n.º 1, alínea a), ambos do Código de Processo Penal, aplicáveis *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do Regime



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Geral das Contraordenações, por sua vez aplicável por força do artigo 59.º, n.º 2, da Lei da Concorrência; caso assim não se entenda, deve ser declarada irregularidade, com os mesmos fundamentos, nos termos dos artigos 58.º, n.º 1, alínea c), do Regime Geral das Contraordenações, 374.º, n.º 2, e 379.º, n.º 1, alínea a), ambos do Código de Processo Penal, por referência ao artigo 123.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, todos aplicáveis *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações, por sua vez aplicável por força do artigo 59.º, n.º 2, da Lei da Concorrência; caso assim não se entenda,

- c. Deve o presente Recurso ser julgado procedente, por provado, devendo igualmente ser reconhecidas e declaradas as inconstitucionalidades normativas acima suscitadas e, em consequência, deve ser absolvida a Visada da prática da contraordenação que lhe é imputada em sede de Decisão recorrida, por não se encontrarem preenchidos os elementos constitutivos do tipo contraordenacional imputado; subsidiariamente,
 - d. Deve a sanção aplicada ser objeto de revisão pelo Tribunal e substituída por sanção de admoestação, nos termos do artigo 51.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações, aplicável *ex vi* artigo 59.º, n.º 2, da Lei da Concorrência; ou, caso o Tribunal entenda que deve ter lugar a aplicação de uma coima, deve pelo menos a coima aplicada à Visada ser reduzida para uma medida concreta substancialmente inferior ao valor arbitrado pela Autoridade da Concorrência, fixando-se a coima em valor muito próximo do seu limite mínimo.
3. A AdC juntou alegações nas quais pugnou pela manutenção da decisão recorrida.
 4. Procedeu-se à realização da audiência de julgamento, com observâncias das formalidades legais.
 5. Antes da leitura comunicou-se uma alteração não substancial de factos, nos termos e para os efeitos do artigo 358.º, n.º 1, do Código de Processo Penal



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail. tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

(CPP), *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), nada tendo sido requerido.

QUESTÕES PRÉVIAS:

Primeira questão prévia - omissão de pronúncia da AdC relativamente à arguição de vícios tempestivamente apresentada pela Visada:

6. **Alega a Recorrente que** a “Decisão proferida pela AdC não concretiza: (i) qual ou quais o(s) volumes de negócios tidos em conta pela AdC para efeitos de fixação do limite máximo da sanção aplicável, nos termos do artigo 69.º, n.º 2, da LdC; (ii) qual o limite máximo de coima aplicável, considerando a imputação da infração a título de negligência e concomitante redução para metade do limite máximo aplicável”.
7. Devido a tais alegadas lacunas, esclarece a Visada que “suscitou tempestivamente perante a AdC o vício de nulidade (ou, caso assim não se entendesse, de irregularidade) da Decisão dos autos, mediante Requerimento autónomo apresentado em 23.08.2021. Porém, até à data da interposição do presente Recurso de Impugnação Judicial, a AdC não se pronunciou, sob qualquer forma, quanto aos vícios da Decisão condenatória tempestivamente arguidos nos autos”.
8. Considera a Recorrente que “uma vez que, quando foi apresentado o referido Requerimento de arguição de vícios, em 23.08.2021, se encontrava pendente prazo para interposição de recurso de impugnação judicial, a AdC deveria ter-se pronunciado sobre essa arguição de vícios, pois era a essa entidade que estava ainda atribuída, naquele momento, competência para apreciar a questão. Após a prolação de uma decisão administrativa condenatória e até eventualmente ser interposto recurso de impugnação judicial dessa decisão, a autoridade administrativa conserva a titularidade dos autos e mantém, na sua esfera, os poderes de cognição e de apreciação das questões que são suscitadas perante si. Invocado tempestivamente o vício, deveria a AdC ter promovido a correção e supressão das lacunas e insuficiências da Decisão, ou pelo menos pronunciar-se sobre a referida arguição, o



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

que não fez, assim incorrendo em nova omissão de pronúncia que inquina os presentes autos, prejudicando inclusive os direitos de defesa da Visada, que fica sem saber a posição da AdC a propósito do vício que foi, devida e tempestivamente, arguido”.

9. Pelas razões expostas, defende a Recorrente que a “AdC omitiu pronúncia sobre questão que deveria ter conhecido e apreciado, o que configura omissão de pronúncia, nos termos da conjugação dos artigos 379.º, n.º 1, alínea c), do CPP, aplicável ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, por sua vez aplicável por força do artigo 59.º, n.º 2, da LdC, o que tem como consequência a nulidade dos autos, nos termos conjugados dos artigos 120.º, n.º 2, alínea d), e 379.º, n.º 1, alínea c), do CPP, aplicáveis ex vi artigos 41.º, n.º 1, e 58.º, ambos do RGCO, aplicáveis ex vi artigo 59.º, n.º 2, da LdC”.
10. Subsidiariamente, acrescenta que caso assim não se entenda, “a mesma omissão de pronúncia sempre será fundamento, com os mesmos motivos, para configurar uma irregularidade, nos termos dos artigos 379.º, n.º 1, alínea c), do CPP, por referência ao artigo 123.º, n.º 1, do CPP, aplicáveis ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, por sua vez aplicável por força do disposto no artigo 59.º, n.º 2, da LdC, o que se invoca para todos os efeitos legais”.
11. Por fim, sustenta que a “norma que resulta da conjugação dos artigos 120.º, n.º 2, alínea d), e 379.º, n.º 1, alínea c), do CPP, aplicáveis ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, por sua vez aplicável por força do disposto no artigo 59.º, n.º 2, da LdC, bem como do artigo 58.º do RGCO, aplicável ex vi artigo 59.º, n.º 2, da LdC, interpretada e aplicada no sentido de que pode uma autoridade administrativa, após prolação de decisão administrativa condenatória, não se pronunciar sobre vício de nulidade daquela decisão tempestivamente invocado pelo arguido perante a mesma autoridade administrativa, é, nessa interpretação, materialmente inconstitucional, por violação dos artigos 2.º, 20.º, n.º 1 e n.º 4, 32.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 10, todos da CRP, inconstitucionalidade que se deixa expressamente invocada, para todos os efeitos legais”.
12. **A AdC, nas suas alegações**, pugna pela improcedência desta questão prévia,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pq. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

porquanto, em síntese, “respondeu ao requerimento da Recorrente de arguição de nulidade e/ou irregularidade com a referência S-AdC/2021/3227, pelo que inexistiu sempre qualquer omissão de pronúncia, mesmo na forma como a Recorrente configurou a sua interação processual com a AdC”.

13. Mais acrescenta “no que respeita à alegação da Recorrente constante do ponto 46 do seu Recurso, no sentido de que apenas por dever de cautela de patrocínio interpôs recurso de impugnação tendo em conta a ausência de pronúncia da AdC, não pode deixar de se exercer o confronto com o teor do seu requerimento de 23.08.2021 de arguição de nulidade e/ou irregularidade, nos termos do qual é a própria Fidelidade SGOIC que expõe e requer a nulidade da decisão, “sem prejuízo de eventual e ulterior exercício de direitos de defesa e contraditório de que é titular, designadamente nos termos do artigo 32.º n.º 10 da CRP e do artigo 87.º da Lei da Concorrência (...)”.
14. Considera a AdC que “do requerimento resulta patente que a Recorrente está perfeitamente consciente da natureza do recurso de impugnação de decisão final e dos plenos poderes de jurisdição do Tribunal da Concorrência que acautelariam sempre os seus direitos de defesa e que o facto de a AdC ter respondido ao requerimento posteriormente à impugnação judicial apresentada pela Recorrente, em nada belisca os seus direitos de defesa, uma vez que – reitera-se - conforme é referido na decisão final da AdC, de acordo com o artigo 88.º da Lei da Concorrência o Tribunal conhece com plena jurisdição dos recursos interpostos de decisões finais da AdC, pelo que é nesta sede recursória que tais eventuais invalidades devem ser conhecidas, inexistindo, portanto, qualquer omissão de pronúncia a ser apreciada”.
15. **Cumpram-se e decidir.**
16. Com relevo para a presente decisão extraem-se dos autos os seguintes atos processuais:
 - a. A Recorrente em 23.08.2021 apresentou o requerimento dirigido à AdC,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

cuja cópia consta a fls. 2355 e ss. (ref.^a 330665), dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, na qual invocou a nulidade da decisão impugnada por falta de fundamentação da sanção aplicada ou, subsidiariamente, a sua irregularidade, pedindo, entre o mais, à AdC que reconhecesse tal vício e declarasse a nulidade ou irregularidade da decisão com as concomitantes consequências legais.

- b. A AdC respondeu ao requerimento da Recorrente de arguição de nulidade e/ou irregularidade com a referência S-AdC/2021/3227, notificado a esta em 05.11.2021.

17. Expostos os atos processuais relevantes importa conjugá-los com as normas legais pertinentes.
18. Na base da questão suscitada está a alegação por parte da Recorrente de que a decisão impugnada “não concretiza: (i) qual ou quais o(s) volumes de negócios tidos em conta pela AdC para efeitos de fixação do limite máximo da sanção aplicável, nos termos do artigo 69.º, n.º 2, da LdC; (ii) qual o limite máximo de coima aplicável, considerando a imputação da infração a título de negligência e concomitante redução para metade do limite máximo aplicável”.
19. A considerar-se que a decisão impugnada tinha de esclarecer os pontos assinalados e a constatar-se que não o fez então a decisão teria violado o disposto no artigo 58.º, n.º 1, alínea c), do RGCO, *ex vi* artigo 13.º, da LdC.
20. A violação do artigo 58.º, n.º 1, do RGCO, consubstancia uma nulidade sanável, por força do artigo 379.º, n.º 1, do CPP, *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, que se considera ser aplicável ao processo contraordenacional pelo seguinte conjunto de razões: em primeiro lugar, não há na LdC, nem no RGCO nenhuma norma expressa que regule o regime aplicável aos vícios da decisão final; em segundo lugar, trata-se de matéria que carece de regulação



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

legal, pelo que se verifica uma lacuna; em terceiro lugar, também não existe nos referidos diplomas qualquer norma paralela suscetível de ser aplicada por analogia; em quarto lugar, o CPP é o diploma de aplicação subsidiária com as devidas adaptações, sempre que se ajuste à natureza, teleologia e especificidades próprias do direito das contraordenações; em quinto lugar, a razão de ser da exigência de fundamentação da decisão administrativa condenatória não é diversa da teleologia imanente à fundamentação da sentença penal, designadamente garantir ao arguido "um incontornável direito a conhecer as razões do sancionamento"¹, pelo que o artigo 379.º, n.º 1, do CPP, se ajusta à natureza, teleologia e especificidades próprias do direito das contraordenações.

21. Caracterizado o possível vício invocado pela Recorrente como uma nulidade somos reconduzidos ao disposto no artigo 379.º, n.º 2, do CPP, cujo teor é o seguinte: *"As nulidades da sentença devem ser arguidas ou conhecidas em recurso, devendo o tribunal supri-las, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 4 do artigo 414.º"*.
22. O preceito transcrito tem gerado alguma controvérsia e divergência na sua aplicação, sendo exemplo disso os Acórdãos proferidos pelo Tribunal da Relação do Porto de 20.09.2006, processo n.º 0545566, do Tribunal da Relação de Coimbra de 21.10.2009, processo n.º 161/06.5GCSAT.C1, e de 06.05.2009, processo n.º 601/08.9GAVGS.C1, e do Tribunal da Relação de Lisboa de 07.09.2010, processo n.º 1511/04.PBSXL.L1-5². Contudo, o dissenso gira em torno das questões de saber se a possibilidade de reparação é também aplicável às sentenças e em que termos é que a mesma se processa. Temas que não estão em discussão nos presentes autos. Já a questão

¹ ANTÓNIO DE OLIVEIRA MENDES E JOSÉ DOS SANTOS CABRAL, *Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*, Almedina, 2009, p. 193.

² *In* www.dgsi.pt.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

primeira relativa ao momento processualmente adequado e oportuno para a arguição das nulidades da sentença parece existir consenso, no sentido de que a norma impõe que essa arguição seja feita no recurso. Mesmo o primeiro acórdão referido, que adota a posição mais restritiva quanto ao âmbito de aplicação do artigo 379.º, n.º 2, do CPP no que respeita à possibilidade de reparação dos vícios da sentença, negando-a, considera que o preceito, ainda assim, tem utilidade porque veio “resolver uma dúvida com que a jurisprudência se debatia relativa ao momento até quando podiam ser arguidas as nulidades da sentença, o prazo era o do art.º 120º ou podiam ser arguidas em recurso?”.

23. Por conseguinte, temos por certo que no processo penal as nulidades da sentença devem ser arguidas no recurso, por força do citado artigo 379.º, n.º 2, do CPP. Resta saber se esta norma é aplicável ao presente processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência. A resposta é afirmativa, pelas mesmas primeiras quatro razões que acima se apresentaram para justificar a aplicação subsidiária do artigo 379.º, n.º 1, do CPP e à qual se acrescenta uma última, relacionada com a teleologia do preceito.
24. Assim, importa começar por esclarecer que a razão de ser da norma não está no princípio do esgotamento do poder jurisdicional, pois este princípio também é aplicável aos despachos ou decisões interlocutórias (cf. artigo 613.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, *ex vi* artigo 4.º, do CPP, e 41.º, n.º 1, do RGCO), em relação aos quais não existe uma norma como o artigo 379.º, n.º 2, do CPP.
25. Na verdade, a sua justificação é de índole mais prática e torna-se patente se tivermos presente a evolução que ocorreu sobre este tema no processo civil. No Código de Processo Civil de 1939 o regime de arguição das nulidades da sentença previa que “o tribunal superior, para o qual fosse interposto recurso



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

*da decisão, só podia tomar conhecimento das nulidades mediante prévia arguição delas no tribunal a quo*³. Este regime deixou de vigorar no Código de Processo Civil de 1961, com o "*fim de eliminar o abuso que se generalizou de arguir as pretensas nulidades da sentença ou do acórdão, no mero intuito de atrasar o andamento do processo ou protelar o trânsito da decisão*"⁴. É justamente disto que se trata também em relação ao regime previsto no artigo 379.º, n.º 2, do CPP, pois a arguição das nulidades perante o Tribunal *a quo* é permeável ao enovelamento do processo impulsionado por motivações dilatórias.

26. Ora, o processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência não tem mecanismos próprios para evitar os referidos abusos. Para além disso, não é um problema sem impacto neste tipo de processos, antes pelo contrário. Efetivamente, o processo de contraordenação está sujeito a prazos de prescrição mais curtos (cf. artigo 27.º, do RGCO, e artigo 74.º, da LdC). Por conseguinte, se há processo em que existe interesse em evitar expedientes dilatórios após a prolação da decisão final é o processo de contraordenação. E com isto não se está evidentemente a afirmar que seja o caso. A análise da questão coloca-se em termos gerais, uma vez que a solução plasmada no artigo 379.º, n.º 2, do CPP não está dependente de uma apreciação casuística.
27. Nada do que se afirmou é afastado pelo facto do processo de contraordenação ainda se encontrar perante a AdC quando foi apresentado o requerimento. O mesmo acontece nos recursos judiciais até o processo ser remetido para o Tribunal superior.
28. A análise exposta demonstra que a teleologia do artigo 379.º, n.º 2, do CPP, se ajusta perfeitamente à "*estrutura, funcionamento, valores e fins do*

³ ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA E SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, p. 692.

⁴ *Idem*, p. 692.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

*processo de contra-ordenação*⁵, pelo que é aplicável *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, da LdC.

29. Isto significa que não há omissão de pronúncia, porque a AdC não tinha o dever de se pronunciar sobre o requerimento apresentado, nem podia fazê-lo por falta de competência para o efeito, a não ser para eventualmente suprir o vício. Por conseguinte, a pronúncia da AdC é nula, por força dos artigos 119.º, alínea e), do CPP, devidamente adaptado e *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, da LdC. Nulidade essa que afeta apenas tal ato não tendo qualquer repercussão nos atos subsequentes (artigo 122.º, n.º 1, do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, da LdC).
30. Por fim, quanto à questão de inconstitucionalidade invocada pela Recorrente "a norma que resulta da conjugação dos artigos 120.º, n.º 2, alínea d), e 379.º, n.º 1, alínea c), do CPP, aplicáveis *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, por sua vez aplicável por força do disposto no artigo 59.º, n.º 2, da LdC, bem como do artigo 58.º do RGCO, aplicável *ex vi* artigo 59.º, n.º 2, da LdC, interpretada e aplicada no sentido de que pode uma autoridade administrativa, após prolação de decisão administrativa condenatória, não se pronunciar sobre vício de nulidade daquela decisão tempestivamente invocado pelo arguido perante a mesma autoridade administrativa", não é materialmente inconstitucional, nem viola os artigos 2.º, 20.º, n.º 1 e n.º 4, 32.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 10, todos da CRP, porque o visado pode suscitar a questão perante um Tribunal independente com poderes de plena jurisdição.
31. **Em face de todo o exposto, improcede esta questão prévia e declara-se a nulidade da pronúncia da AdC de que consta no ofício com a referência S-AdC/2021/3227.**

*

⁵ ANTÓNIO DE OLIVEIRA MENDES E JOSÉ DOS SANTOS CABRAL, ob. cit., p. 112.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Segunda questão prévia - a nulidade da Decisão da AdC por falta de fundamentação da determinação da medida da coima aplicada:

32. **Alega a Recorrente** que “no presente caso, para além de não saber o limite máximo de coima aplicável, correspondente a 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à Decisão, a Visada também não sabe, porque a Decisão omite, qual o limite máximo verdadeiramente aplicável, considerando a imputação da prática da alegada infração a título de negligência”.
33. Consequentemente, defende a Visada que “não tem como apreciar e aferir a adequação e proporcionalidade da coima concretamente aplicada ou sequer sindicar o procedimento metodológico prosseguido pela AdC”, pois a “Decisão em apreço não logra sequer identificar e concretizar qual o volume de negócios considerado para efeitos de determinação do limite máximo de coima aplicável, nos termos do artigo 69.º, n.º 2, da LdC”, verificando-se que no “§ 288 da Decisão, são mencionados três distintos volumes de negócios (volume de negócios da Visada realizado em 2020; volume de negócios do “Grupo Fidelidade” em 2020; e volume de negócios do Fundo Saudeinveste, em 2018), sem que a AdC especifique qual desses volumes de negócios foi considerado para efeitos de fixação do limite máximo aplicável e porquê”.
34. Considera a Recorrente que “esta omissão é tão mais grave se considerarmos que o volume de negócios da Visada, em 2020, era de € 2.177.345,25, pelo que 10% desse volume de negócios (limite máximo aplicável em caso de imputação dolosa) corresponde sensivelmente a € 217.734,53, o que já seria manifestamente inferior ao montante concreto da coima aplicada. Caso a AdC considerasse, por qualquer motivo, que o volume de negócios aplicável, no presente caso, não seria (apenas) o volume de negócios realizado pela Visada propriamente dita, em 2020, sempre deveria resultar do texto da Decisão qual o entendimento adotado e fundamentar essa posição, o que não sucede in casu”.
35. Sustenta a Visada que “nos termos do artigo 58.º, n.º 1, do RGCO, aplicável ex vi artigo 59.º, n.º 2, da LdC, a decisão de autoridade administrativa que aplique uma coima deve ser necessariamente fundamentada — exigência particularmente relevante em matéria de medida



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

da sanção aplicada, caso contrário será impossível proceder-se à sindicância do iter metodológico prosseguido pela autoridade administrativa, no caso concreto, seja sindicância pelo sujeito jurídico visado, seja sindicância jurisdicional da graduação dos valores fixada na Decisão". Mais acrescenta que as "exigências de fundamentação da Decisão impunham que a AdC concretizasse (i) qual o volume de negócios considerado para efeitos de determinação do limite máximo de coima aplicável; (ii) concretamente indicasse esse limite máximo; (iii) a que se seguiria a determinação e indicação do limite máximo aplicável em caso de negligência; e, no presente caso, nenhuma destas exigências foi cumprida pela AdC, pelo que a Visada não tem como sindicat até que ponto os critérios que influenciam a medida da coima (nomeadamente o que consta dos §§306, 308, 309, 310 e 315) foram devidamente valorados e contribuíram para a determinação da medida da coima concreta".

36. Pelas razões expostas, considera a Recorrente que a "AdC violou, por isso, os princípios de transparência, objetividade e segurança jurídica a que está vinculada, em face da Lei, com prejuízo para o exercício dos direitos de defesa de que é titular a Visada, sendo nula a Decisão recorrida, por falta de fundamentação da sanção aplicada, e assim deve ser declarada, nos termos conjugados dos artigos 58.º, n.º 1, alínea c), do RGCO e artigos 374.º, n.º 2, e 379.º, n.º 1, alínea a), ambos do CPP, aplicáveis ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, por sua vez aplicável por força do artigo 59.º, n.º 2, da LdC, o que se invoca para todos os efeitos legais."
37. Caso assim não se entenda, sustenta a Recorrente que "a falta de fundamentação da Decisão recorrida, pelos mesmos motivos, sempre consubstanciará uma irregularidade, nos termos dos artigos 58.º, n.º 1, alínea c), do RGCO, 374.º, n.º 2, e 379.º, n.º 1, alínea a), ambos do CPP, por referência ao artigo 123.º, n.º 1, do CPP, todos aplicáveis ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, por sua vez aplicável por força do artigo 59.º, n.º 2, da LdC, o que se invoca para todos os efeitos legais".
38. Por fim, considera que a "norma que resulta da conjugação dos artigos 58.º, n.º 1, alínea c), e 374.º, n.º 2, e 379.º, n.º 1, alínea a), do CPP, bem como dos artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 59.º, n.º 2, e 69.º, da LdC, interpretada e aplicada no sentido de que não é



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

obrigatório, na decisão final proferida em processo contraordenacional por violação das normas do direito da concorrência, indicar e fundamentar qual o volume de negócios considerado para efeitos de determinação do limite máximo de coima aplicável e de que não é obrigatório indicar esse limite máximo de coima aplicável no caso concreto, é, nessa interpretação, materialmente inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 2.º 20.º, n.º 1 e n.º 4, e 32.º, n.º 1, n.º 5 e n.º 10, da CRP, inconstitucionalidade que, desde já, se invoca para todos os efeitos legais”.

39. **A AdC, nas suas alegações**, pugna pela improcedência desta questão prévia, por entender que “não se verifica qualquer falta de fundamentação no que respeita à escolha e medida da coima aplicada à Recorrente no presente processo, inexistindo qualquer nulidade ou irregularidade de que cumpra conhecer, designadamente nos termos do disposto no artigo 379.º, n.º 1, al. a) e, bem assim, dos artigos 118.º, 119.º, 120.º e 123.º todos do CPP”.
40. Mais acrescenta que no “§293 da Decisão refere-se expressamente que, nos termos do n.º 1 do artigo 69.º da Lei da Concorrência, a coima aplicável não pode exceder 10% do volume de negócios realizado pela Recorrente, no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade, ou seja, o exercício relativo ao ano de 2020” e “de seguida, refere-se claramente, no parágrafo §294, que a Recorrente atuou com, pelo menos, negligência e que, nessa medida, pode ser sancionada até metade dos montantes correspondentes ao limite máximo da coima”.
41. Da conjugação destes parágrafos considera que “resulta necessariamente o seguinte: se o limite máximo da coima – tal como referido no parágrafo §293 – é 10% do volume de negócios realizado pela empresa infratora; metade do mesmo – tal como referido no parágrafo §294 – implica que o limite máximo da coima aplicável corresponda a 5% do referido volume de negócios” e que face ao exposto” a Decisão confere de forma clara e inequívoca os elementos necessários à compreensão da ponderação dos critérios e balizas utilizados pela Autoridade na determinação da coima aplicável”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

42. Mais acrescenta que “por razões de transparência e completude, refere os três volumes de negócios enunciados pela Recorrente, a saber: o volume de negócios do grupo onde a Recorrente se encontra inserida no ano de referência para a aplicação da coima (ano anterior à Decisão, i.e., o ano de 2020), o volume de negócios da Fidelidade SGOil, considerada individualmente, também no ano anterior à Decisão, e o volume de negócios do Fundo Saudeinveste em 2018, ano em que a operação de concentração ocorreu” e que tal “como é expressamente referido no parágrafo §293, a coima aplica-se por referência ao volume de negócios da Recorrente. Por sua vez, o volume de negócios da Recorrente, que é a mesma entidade jurídica que a Notificante no processo de controlo de concentrações respetivo, é calculado de acordo com o artigo 39.º, que tem por base a noção de empresa estabelecida no n.º 2 do artigo 3.º, todos da Lei da Concorrência. Desta forma, o volume de negócios considerado para efeitos de determinação da coima, corresponde, por imposição legal, ao volume de negócios do grupo Fidelidade realizado em 2020, valor que é expressamente mencionado na Decisão, e que a Recorrente não pode desconhecer. Mais a AdC, na sua Decisão, precisou ainda que o volume de negócios a ter em conta seria o volume de negócios da Recorrente em Portugal, a circunstância, aliás, que mais a beneficiaria, nos termos que se referem no ponto seguinte”.
43. Sublinha ainda que as “informações que sustentam os motivos de facto e de direito utilizados na fundamentação da determinação da medida abstrata e concreta da coima, confere à Requerente os elementos necessários à apreensão e compreensão da ponderação dos critérios utilizados pela Autoridade na determinação da coima aplicada, pelo que se entende que foram assegurados, na Decisão, os princípios e a metodologia constantes do artigo 69.º da Lei da Concorrência, estando cabalmente cumprido o dever de fundamentação da Autoridade, por referência à medida concreta das coimas aplicadas na Decisão, verificando-se o necessário grau de certeza jurídica, previsibilidade e transparência na atuação sancionatória da Autoridade. Aliás, “basta atentar à integralidade do recurso da Recorrente para se concluir que a mesma apreendeu, compreendeu e defendeu-se em toda a linha da decisão sancionatória da AdC”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

44. Cumpre apreciar e decidir.

45. A questão suscitada pela Recorrente diz respeito aos requisitos da decisão administrativa. Requisitos esses que estão consagrados no artigo 58.º, do RGCO, nos seguintes termos: "*1 - A decisão que aplica a coima ou as sanções acessórias deve conter: a) A identificação dos arguidos; b) A descrição dos factos imputados, com indicação das provas obtidas; c) A indicação das normas segundo as quais se pune e a fundamentação da decisão; d) A coima e as sanções acessórias*".
46. Quanto ao grau de exigência no cumprimento deste requisito de fundamentação considera-se que a mesma será suficiente se, por um lado, possibilitar ao arguido "*um juízo de oportunidade sobre a conveniência da impugnação judicial*" e, por outro lado, "*permitir ao tribunal conhecer o processo lógico de formação da decisão administrativa*"⁶. Trata-se, no essencial, das funções de legitimação interna e externa da fundamentação a que alude o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de janeiro de 2007, processo n.º 06P2829 e cujo sumário, relativo a esta parte, é o seguinte: "*A fundamentação da decisão deve exercer, também aqui, uma função de legitimação – interna, para permitir aos interessados conhecer, mais do que reconstituir, os motivos da decisão e o procedimento lógico que determinou a decisão em vista da formulação pelos interessados de um juízo sobre a oportunidade e a viabilidade os motivos para uma eventual impugnação -, e externa, para possibilitar o controlo, por quem nisso tiver interesse, sobre as razões da decisão*".
47. A violação do artigo 58.º, n.º 1, do RGCO, consubstancia uma nulidade sanável, por força do artigo 379.º, n.º 1, do CPP, *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do

⁶ ANTÓNIO DE OLIVEIRA MENDES e JOSÉ DOS SANTOS CABRAL, *Notas ao Regime Geral das Contraordenações e Coimas*, Almedina, 3.ª edição, p. 194.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

RGCO, que se considera ser aplicável ao processo contraordenacional pelas razões expostas na primeira questão prévia, que aqui se dão por integralmente reproduzidas. Justifica-se apenas uma nota adicional face à alegação da AdC no sentido de não ser aplicável o disposto no artigo 379.º, n.º 1, alínea a), do CPP, no essencial porque uma decisão de um processo de contraordenação não é equiparável a uma sentença penal.

48. Vejamos. O artigo 379.º, n.º 1, alínea a), do CPP, prevê na sua estatuição normativa a violação das normas que regulam a fundamentação da sentença penal, designadamente o n.º 2 e na alínea b) do n.º 3 do artigo 374.º. Estes preceitos não são efetivamente aplicáveis ao processo contraordenacional, uma vez que os requisitos da decisão estão definidos no referido artigo 58.º, n.º 1, do RGCO, de forma completa. Deste ponto de vista pode-se afirmar que a decisão contraordenacional não é equiparável a uma sentença penal, pois estão sujeitas a normas diferentes quanto à definição do seu conteúdo. Contudo, isso não obsta à aplicação do artigo 379.º, n.º 1, alínea a), do CPP, ao processo contraordenacional, uma vez que o preceito não é aplicado diretamente e integralmente, mas com as devidas adaptações – cf. artigo 41.º, n.º 1, do RGCO. Tais adaptações, no caso, reconduzem-se à conjugação do seu texto com a violação do estatuído no artigo 58.º, n.º 1, do RGCO, uma vez que é esta norma, no processo de contraordenação, que cumpre a mesma função dos citados n.º 2 e na alínea b) do n.º 3 do artigo 374.º, do CPP.
49. Quanto ao mais que a AdC alega, designadamente a autonomia do processo contraordenacional e a “força e valência da própria decisão condenatória” reitera-se que, mesmo havendo diferenças entre a decisão contraordenacional e a sentença penal, o dever de fundamentação num caso e no outro cumpre, no essencial, as mesmas funções, já identificadas, pelo que se justifica que o regime aplicável ao vício decorrente da violação deste dever seja o mesmo.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

50. Fazendo a aplicação destes parâmetros normativos ao caso concreto considera-se que a Recorrente tem razão no sentido de que a decisão impugnada padece efetivamente das omissões assinaladas, pois a AdC indica três volumes de negócios, no § 288, designadamente o volume de negócios realizado por si em Portugal em 2020, o volume de negócios do Grupo Fidelidade, realizado em Portugal no ano de 2020 e o volume do Fundo Saudeinveste no último exercício anterior à operação (i.e., ano de 2018) e realizado em Portugal. Contudo, a AdC não esclarece qual dos volumes de negócios considerou para determinar o limite máximo da coima aplicável nos termos e para os efeitos dos artigos 69.º, n.º 2, da LdC, e 17.º, n.º 4, do RGCO.
51. É certo que, tal com a AdC alega, o volume do Fundo Saudeinveste não obedece ao critério previsto no artigo 69.º, n.º 2, da LdC, uma vez que diz respeito ao ano de 2018 e não ao ano imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência (que data de 19.08.2021). É exato também que a coima concretamente aplicada (€ 300.000) excede 5% do volume de negócios da Recorrente no ano de 2020 (€ 108.867,26), o que violaria as normas *supra* indicadas. Contudo, daí não resulta suprida a referida lacuna, pois ter-se-ia de assumir que a AdC não comete falhas ou erros. Só assumindo esta premissa é que seria possível, por via de um raciocínio de exclusão de partes, concluir que o volume de negócios considerado foi o do Grupo Fidelidade. Ora, essa premissa não pode ser assumida, porque qualquer ação humana, por melhores e mais competentes que sejam as pessoas que a executam, é passível de falhas.
52. Em todo o caso, mesmo que assim se não entendesse continuaria a existir uma lacuna na decisão impugnada relacionada com a aplicação do artigo 69.º, n.º 2, da LdC, consubstanciada no facto da AdC não esclarecer porque é que considerou o volume de negócios do Grupo Fidelidade, sendo certo que não presta esse esclarecimento nem de forma expressa, nem de forma



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

implícita. Efetivamente, esse esclarecimento não se infere das entrelinhas da decisão, inclusive porque a AdC indicou três volumes de negócios.

53. Alega esta Autoridade que o fez por razões de transparência e completude. Numa decisão contraordenacional, a transparência e a completude não são fins em si mesmos. São parâmetros instrumentais que devem ser respeitados se for necessário para que a decisão impugnada cumpra as funções assinaladas. Seria o caso se a decisão impugnada contivesse menções aos referidos volumes que permitissem concluir que os mesmos foram considerados e ponderados para determinados efeitos. Contudo, a única referência que a decisão efetua em relação aos aludidos volumes é a sua menção no § 288, conjuntamente com o volume de negócios do Grupo Fidelidade e a seguir a um parágrafo no qual refere que “Para efeitos de determinação, em concreto, do limite máximo da coima aplicável à Visada, importa aferir do volume de negócios por esta gerado, no último ano, em Portugal” (§ 287).
54. Constatadas as falhas é indubitável que as mesmas violam o disposto no artigo 58.º, n.º 1, alínea c), do RGCO, pois afetam a inteligibilidade da decisão no que respeita à determinação da medida concreta da coima, pois, conforme bem assinala a Visada, “para que fosse possível sindicar até que ponto [os critérios de determinação da medida da coima] foram devidamente valorados e contribuíram verdadeiramente para a determinação da medida da coima seria necessário conhecer qual o limite máximo aplicável — desconhecendo esse limite, não é possível perceber se a AdC veio a concluir pela aplicação de uma coima particularmente desproporcionada e onerosa, ou não, em face desses critérios. Por outras palavras: não é possível perceber se foi aplicada uma coima pesada (ou muito pesada), ou não, e muito menos se a coima se afigura adequada e/ou proporcional (no cenário meramente hipotético em que se admitisse a necessidade de sancionamento da Visada, o que não se concede)”.
55. Por via do exposto, conclui-se que a decisão impugnada padece da nulidade



Processo: 328/21.6YUSTR
Referência: 360336

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

invocada pela Recorrente.

56. Contudo, tal nulidade é sanável, conforme referido. A sanção ocorre, entre o mais, quando o participante processual interessado se tiver prevalecido de faculdade a cujo exercício o ato anulável se dirigia, nos termos do artigo 121.º, n.º 1, alínea c), do CPP, *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do RGCO e 13.º, da LdC. Isto verifica-se quando o sujeito respetivo não se limita a arguir o vício, abarcando, no recurso de impugnação, os aspetos de facto ou de direito omitidos na decisão. É este o entendimento da norma exarado pelo Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de fixação de jurisprudência nº 1/2003, publicado no Diário da República I série nº 21, de 25.01.2003, a propósito da violação do artigo 50.º, do RGCO, e que, por identidade de razões, se aplica à violação do artigo 58.º, do RGCO. Justifica-se que assim seja em nome do princípio da economia processual, pois a declaração de nulidade teria um valor meramente formal, sem qualquer utilidade do ponto de vista substantivo, uma vez que o sujeito processual afetado conseguiu exercer e exerceu o seu direito de defesa em relação aos pontos omitidos.
57. Ora, no caso, a Recorrente pronunciou-se efetivamente sobre os referidos pontos, designadamente nos artigos 463.º a 472.º do recurso de impugnação, pelo que a nulidade verificada se mostra sanada.
58. Uma palavra final para a questão de inconstitucionalidade material invocada pela Recorrente apenas para esclarecer que a mesma se mostra prejudicada, uma vez que não se adotou, na resolução da questão, a interpretação sancionada pela Visada.
- 59. Em face do exposto, julgo improcedente esta questão prévia.**
- ★
60. No artigo 151.º do recurso de impugnação, a Recorrente exarou o seguinte:



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

"No mais, e no que respeita à matéria de facto, a Visada dá aqui por reproduzidas as alegações de facto que constam da sua pronúncia à Nota de Ilícitude". Esta remissão para a pronúncia à Nota de Ilícitude não significa que tenham de se considerar os fundamentos aí estribados que a Recorrente não repetiu no recurso de impugnação. Não têm, não sendo válida esta forma de alegação.

61. Não é que não se admita a alegação por remissão em nenhuma circunstância. Há variadas situações em que a mesma se pode justificar à luz do "*princípio da simplificação da forma, contido no art.131 n.º1 do CPC, enquanto emanção do princípio da economia processual*"⁷ (aplicável aos autos por via das disposições remissivas contidas nos artigos 4.º, do CPP e 41.º, n.º 1, do RGCO), nomeadamente quando está em causa um facto que corresponde ao conteúdo de um documento extenso, e a remissão não deixa qualquer dúvida quanto ao âmbito da alegação. Ou quando o documento para o qual se remete não contém um texto, mas uma imagem. Ora, esse princípio já não se aplica quando está em causa a própria alegação dos fundamentos da pretensão respetiva. Efetivamente, neste caso, a peça processual que acolhe a alegação é, por definição, o local onde a mesma deve ser exarada de forma completa e auto suficiente, sob pena de dispersão da alegação por várias peças processuais, o que compromete e afeta a sua apreensão e compreensão, com impacto sequencial no exercício do contraditório pelos demais sujeitos processuais e no exercício por parte do Tribunal dos poderes-deveres relacionados com a delimitação do objeto do processo para efeitos de prova e de decisão.
62. Estas asserções, que têm aplicação geral e transversal a qualquer peça processual, assumem especial pertinência quando estão em causa recursos, que, por imposição legal, têm de conter alegações e conclusões, sob pena de

⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16.06.2015, processo n.º 324/09.1TBSRT.C2, in www.dgsi.pt.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

rejeição, conforme sucede no caso – cf. artigos 59.º, n.º 3, e 63.º, n.º 1, ambos do RGCO. Efetivamente, nestes casos – conforme se esclarece no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16.06.2015, processo n.º 324/09.1TBSRT.C2, a propósito dos recursos em processos civis, mas que, por identidade de razões, se aplica aos presentes autos – a *"alegação por remissão não pode assentar no princípio da simplificação da forma, contido no art.131 n.º1 do CPC, enquanto emanação do princípio da economia processual"*. E não pode porque, como acrescenta o mesmo Aresto, a *"simplificação das formalidades dos actos processuais é aferida segundo um critério funcional, significando que a forma deve ser a que nos termos mais simples melhor corresponda ao fim que pretende atingir. Contudo, ressalva-se a hipótese de a lei prever uma forma específica para o acto, tendo em conta a sua própria natureza e finalidade. Ora, no caso dos recursos, a obrigatoriedade das alegações e conclusões revela uma exigência específica, de tal modo que a lei fulmina a sua omissão com a não admissibilidade do recurso"* e *"compreende-se que assim seja, visto que a parte terá que justificar a sua pretensão recursiva, expondo os respectivos fundamentos"*.

63. Na mesma linha, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 29.02.1996, processo n.º 088056, que a *"alegação de recurso e respectivas conclusões constituem uma peça única e autónoma, não sendo curial nela fazer remissões ou dar por reproduzido o que se terá dito em qualquer outra peça (articulada ou alegação de recurso), ainda que constante do mesmo processo"*. Em moldes similares, exarou-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.09.2006, processo nº 06A1986, que a *"alegação de recurso, culminando com as respectivas conclusões, tem de ser auto-suficiente, não se compadecendo com a remissão para outra peça, designadamente a alegação produzida em recurso antes julgado"*⁸.

⁸ Ambos os Acórdãos podem ser consultados in www.dgsi.pt.



Processo: 328/21.6YUSTR
Referência: 360336

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

64. Por conseguinte, apenas serão considerados os fundamentos alegados no recurso de impugnação.

*

65. Não há mais questões prévias, nulidades ou exceções que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO:

66. Com relevo para a presente decisão ficaram provados os seguintes factos:
- a. O Fundo de Investimento Imobiliário Fechado Saudeinveste (doravante "Fundo Saudeinveste") foi constituído em dezembro de 2002, com uma duração inicial de 10 anos, prorrogável por igual período de tempo, uma ou mais vezes, mediante decisão favorável da respetiva Assembleia de Participantes.
 - b. As unidades de participação eram detidas por sociedades completamente detidas, direta ou indiretamente, pelo Grupo Fidelidade, em particular pela Fidelidade – Companhia de Seguros, S.A., sociedade-mãe da aqui visada Fidelidade SGOIC, a saber: (i) Fidelidade – Companhia de Seguros, S.A. (81.817 UPs, correspondentes a 98,85% do capital); (ii) Fundo de Pensões Fidelidade (500 UPs, correspondentes a 0,60% do capital); (iii) Fundo de Pensões Pessoal da Mundial Confiança (250 UPs, correspondentes a 0,30% do capital); e (iv) Fidelidade Assistência – Companhia de Seguros, S.A. (200 UPs, correspondentes a 0,25% do capital).
 - c. O Grupo Fidelidade, de que a Fidelidade SGOIC faz parte, desenvolve atividades no setor segurador e ressegurador, em Portugal e no



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

estrangeiro, comercializando nomeadamente seguros do ramo Vida (risco, anuidades e financeiro) e produtos de investimento associados e no ramo Não Vida, comercializa produtos como o seguro automóvel, de acidentes de trabalho, saúde, multiriscos habitação e apólices para cobertura de outras tipologias de risco.

- d. O Grupo Fidelidade integra ainda participações em empresas de serviços conexos, com destaque para a Luz Saúde, grupo que atua na prestação de cuidados de saúde em Portugal.
- e. O Fundo Saudeinveste é proprietário de um conjunto de imóveis nos quais estão instaladas unidades hospitalares ou clínicas detidas e residências assistidas com cuidados continuados explorados por entidades do setor privado, ao abrigo de contratos de arrendamento de longa duração.
- f. Tal conjunto de imóveis integra os edifícios onde funcionam as seguintes unidades de cuidados de saúde: (i) Hospital Lusíadas Lisboa; (ii) Hospital Lusíadas Porto (Boavista); (iii) Hospital Lusíadas Albufeira; (iv) Clínica Boavista; (v) Hospital da Luz Torres de Lisboa; e (vi) Hospital de S. Gonçalo (Lagos).
- g. O Hospital Lusíadas Lisboa, o Hospital Lusíadas Porto e o Hospital Lusíadas Albufeira são explorados por sociedades que integram o conhecido “grupo Lusíadas”, concorrente da Luz Saúde.
- h. Até 1 de outubro de 2018, a gestão dos Fundos Saudeinveste e Fundo de Investimento Imobiliário Fechado Bonança I (atualmente denominado “Fundo IMOFID”), coube à Fundger, empresa pertencente ao grupo CGD e independente do Grupo Fidelidade.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- i. Em 10 de julho de 2018, a Assembleia de Participantes dos Fundos Saudeinveste e IMOFID deliberou aprovar a substituição da Fundger, enquanto sociedade gestora dos Fundos, pela Fidelidade SGOIC, sociedade gestora entretanto constituída.
- j. Em 12 de julho de 2018, a Fidelidade SGOIC assinou a Declaração de Aceitação, nos termos da qual *"aceitou desempenhar as referidas funções, com efeitos a partir da obtenção das necessárias autorizações regulatórias para o efeito"*.
- k. Esta substituição da sociedade gestora dos Fundos produziu efeitos a 1 de outubro de 2018, data na qual a Fidelidade SGOIC veio a assumir a gestão dos Fundos, após ter recolhido autorizações do Banco de Portugal e da CMVM.
- l. Em 2018 o Grupo Fidelidade realizou, em Portugal, um volume de negócios de €1570,3 milhões, enquanto o Fundo Saudeinveste e o Fundo IMOFID realizaram, respetivamente, um volume de negócios de cerca de €11,33 e de € 0,35 milhões.
- m. De acordo com a informação constante no Formulário de Notificação da operação Ccent. 9/2019 – Fidelidade SGOII/Saudeinveste*IMOFID que foi apresentado pela Visada, a Fidelidade SGOIC, enquanto sociedade gestora do Fundo Saudeinveste, *"desenvolve atividades relacionadas com a gestão do património imobiliário deste, nomeadamente, aquisição, exploração, construção, arrendamento, transação e valorização de bens imóveis e demais ativos suscetíveis de integrar o património do fundo, podendo ainda comprar, vender, subscrever ou trocar quaisquer valores mobiliários, salvas as restrições impostas por lei e pelo respetivo Regulamento de Gestão"*.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- n. Em concreto, a Fidelidade SGOIC, enquanto sociedade gestora do Fundo Saudeinveste, encarregava-se da gestão dos contratos de arrendamento de longa duração relativos à carteira de imóveis que são propriedade do Fundo Saudeinveste *supra* identificados.
- o. No dia 30.10.2018, [REDACTED] do Grupo Lusíadas, remeteu a [REDACTED] e [REDACTED] Administradores da Fidelidade SGOIC uma mensagem de correio eletrónico, na qual constava, entre o mais, o seguinte: *"existem constrangimentos concorrenciais claros e significativos, quando consideramos que um dos mais próximos concorrentes pertencentes ao grupo Fidelidade/Fosun, na justa medida que nos limita a liberdade de partilhar a nossa estratégia de expansão, alteração ou modificação do perfil assistencial das unidades e, em última análise, pode sempre proporcionar uma dúvida sobre uma qualquer decisão não favorável ao Grupo Lusíadas Saúde"*.
- p. No dia 14 de novembro de 2018, [REDACTED] Presidente do Conselho de Administração do Grupo Lusíadas, enviou um e-mail a [REDACTED] Presidente do Conselho de Administração do Grupo Fidelidade, alertando para que *"tudo indica que a alteração da sociedade gestora do Fundo Saudeinveste configura uma operação de concentração passível de ser notificada e analisada pela AdC, caso se encontrem preenchidos os critérios legais. Não temos conhecimento de que tal notificação tenha ocorrido"*.
- q. A sociedade-mãe da Visada deu-lhe de imediato conhecimento desta alegação.
- r. Na sequência desta informação, a Visada, através do seus ilustres



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Mandatários, contactou telefonicamente a AdC (em particular com o responsável máximo do seu departamento de controlo de concentrações, Senhor Prof. [REDACTED], no dia 21.11.2018), a fim de dilucidar se, no entendimento daquela entidade, uma mera alteração da sociedade gestora de um fundo imobiliário, naquelas particulares circunstâncias, poderia ser considerada como uma alteração de controlo sobre uma empresa e, por conseguinte, poder configurar uma operação de concentração a necessitar de aprovação pela AdC.

- s. Nesse contacto, os ilustres Mandatários da Visada identificaram de imediato e sem reservas as entidades envolvidas e transmitiram que iriam apresentar um pedido de avaliação prévia.
- t. No dia 23.11.2018 (sexta-feira), o ilustre Mandatário da Visada, Dr. [REDACTED], enviou ao cuidado do Prof. [REDACTED] e do Dr. [REDACTED], respetivamente diretor e vice-diretor do Departamento de Controlo de Concentrações da AdC, o email cuja cópia consta a fls. 2366 (ref.ª 330655), com o seguinte teor:
"Infelizmente, foi-nos impossível durante a tarde de hoje obter a totalidade dos dados de facto e a validação da nossa cliente para os termos do escrito que combinámos transmitir-vos por esta via. Estaremos seguramente em condições de o enviar durante o fim de semana ou nas primeiras horas de segunda-feira".
- u. Na sequência dos contactos precedentes, a Visada, em 26 de novembro de 2018, apresentou um Pedido de Avaliação Prévia à AdC, questionando a AdC no sentido de saber se a referida transação poderia ser considerada uma operação de concentração, nos termos e para os efeitos do artigo 36.º da Lei da Concorrência, argumentando que a transação não deveria ser considerada uma operação de concentração.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- v. Em 14 de fevereiro de 2019, a AdC respondeu a este pedido, informando que *"... considera, nesta fase e com base nas informações transmitidas, não ser de excluir que a operação em análise se encontre sujeita à obrigação de notificação prévia, atendendo a que no presente caso a alteração de entidade gestora do fundo Saudeinveste é suscetível de configurar uma operação de concentração de empresas nos termos do artigo 36.º da Lei da Concorrência..."*.
- w. A Fidelidade SGOIC apresentou a notificação da referida operação em 21 de fevereiro de 2019, cinco dias úteis após a resposta da AdC ao Pedido de Avaliação Prévia.
- x. No Formulário de Notificação, a Fidelidade SGOIC argumentou que a transação em causa não deveria ser considerada uma operação de concentração nos termos e para os efeitos do artigo 36.º da Lei da Concorrência, alegando que só apresentava a notificação por precaução, atendendo a que mantinha fundadas dúvidas sobre se uma alteração na gestão dos Fundos configurava, efetivamente, uma alteração de controlo e por conseguinte uma operação de concentração.
- y. A referida notificação deu origem ao procedimento de controlo de concentrações Ccent. 9/2019 – Fidelidade SGOII / Saudeinveste*IMOFID.
- z. O referido procedimento Ccent. 9/2019 – Fidelidade SGOII / Saudeinveste*IMOFID foi objeto de uma Decisão de passagem a investigação aprofundada em 5 de julho de 2019, na qual em resposta às reservas apresentadas pela então Notificante, a AdC analisou a questão da existência de uma operação de concentração, concluindo que, no caso concreto, a referida substituição de entidade gestora dos Fundos configurava uma operação de concentração de empresas nos



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

termos e para os efeitos do artigo 36.º da Lei da Concorrência, e que tal é consentâneo com a sua prática decisória anterior.

- aa. No decurso do procedimento de controlo e em 29.07.2019, a Visada apresentou junto da AdC o requerimento cuja cópia se mostra junta a fls. 2120 a 2121, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, no qual exarou, entre o mais, o seguinte: *"(...) no seguimento da reunião realizada com V. Exas. no passado dia 24.07.2019, vimos confirmar perante a Autoridade da Concorrência ("AdC") que a Fidelidade SGOII pretende: (i) Desistir do processo de transferência, para a Notificante, da gestão do Fundo Saudeinveste, relativamente ao qual pretende que a gestão retorne, no mais curto prazo possível, à Fundger – Sociedade Gestora de Fundos de Investimento Imobiliário, S.A. ("Fundger"), assim se restabelecendo a situação que prevalecia antes da execução da concentração notificada; (...) De qualquer forma, e de modo a excluir qualquer incerteza sobre estas medidas e atos e assegurar a sua correção e adequação na implementação do restabelecimento da situação anteriormente prevalecente (no que ao fundo saudeinveste se reporta), a Notificante desde já requer, à cautela, que: a) lhe seja expressamente concedida pela AdC a derrogação prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 4º da LdC, tendo em vista permitir-lhe a. contactar com a Fundger para acordar com esta a retoma da gestão do Fundo Saudeinveste, e b. instruir e dar entrada do processo de autorização para substituição de entidade gestora junto da CMVM nos termos legalmente previstos; e ainda b. lhe seja expressamente confirmado pela AdC que a execução daqueles atos e de outros que sejam preparatórios ou acessórios da (re)transferência da gestão do Fundo Saudeinveste para a Fundger, nas circunstâncias concretas em que a Notificante se propõe realizá-la, a. por um lado, não constitui uma violação da obrigação de suspensão constante do artigo 40.º, n.º 1, da LdC e, por*



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

consequente, não é suscetível de ser enquadrada no tipo legal previsto na alínea f) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei da Concorrência; b. por outro lado, não se configura como uma operação de concentração obrigatoriamente sujeita a notificação prévia, nos termos do artigo 37.º, n.º 1, da LdC".

- bb. No dia 20.08.2019, a AdC proferiu a decisão relativa ao requerimento precedente, cuja cópia consta a fls. 2122 e verso, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, tendo concedido a derrogação requerida.
- cc. Em 09 de outubro de 2019, a Visada apresentou um requerimento no procedimento de controlo, cuja cópia consta a fls. 6400 a 6402, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, no qual exarou, entre o mais, o seguinte: "*a Fidelidade SGOLL aqui reitera que, nos termos e para os efeitos do artigo 46.º da LdC, desiste do procedimento em curso, tendo já acordado com a Fundger os termos e condições do reinício do seu mandato de gestão do fundo Saudeinveste e tendo-a ainda alertado para o facto de, no entender da AdC, esse reinício estar dependente da sua não oposição, ao abrigo dos artigos 36.º e segs. da LdC. A Notificante informa por estar via a AdC de que a Fidelidade e restantes detentores da totalidade das unidades de participação no fundo Saunde investe aprovarão a deliberação de retoma de gestão do fundo pela Fundger, logo que lhes seja comunicado por esta que obteve da AdC uma deliberação, expressa ou tácita, de não oposição ou de inaplicabilidade do procedimento".*
- dd. Na sequência deste pedido, a AdC proferiu em 05.11.2019 decisão de extinção do procedimento, cuja cópia consta a fls. 6495 a 6497, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- ee. Em 25.11.2019, por a AdC entender que substituição da Visada na gestão do Fundo Saudeinveste pela Fundger consubstanciava uma operação de concentração sujeita a notificação prévia, em 25.11.2019 foi formulado o pedido, tendo a AdC deliberado, em 23.12.2019, não se opor à referida operação.
- ff. Em 24.01.2020, foi deliberado pela Assembleia de Participantes do Fundo Saudeinveste substituir a Visada pela Caixa Gestão de Ativos – Sociedade Gestora de Ativos de Investimento, S.A. (que sucedeu à Fundger), tendo a mesma aceite o mandato.
- gg. Em 09.03.2020, a Visada requereu junto da CMVM autorização para ser substituída pela Caixa Gestão de Ativos – Sociedade Gestora de Ativos de Investimento, S.A na gestão do Fundo Saudeinveste.
- hh. Por deliberação de 28.05.2020, a CMVM autorizou a referida substituição.
- ii. A Visada assumiu e desempenhou as funções de sociedade gestora do Fundo Saudeinveste desde 01.10.2018 e até 21.02.2019 sem ter efetuado a notificação prévia junto da AdC e manteve-se em tais funções após 21.02.2019 e até 09.03.2020 (data do pedido de autorização apresentado junto da CMVM para efeitos de substituição da Visada pela Caixa Gestão de Ativos – Sociedade Gestora de Ativos de Investimento, S.A) sem decisão de não oposição da AdC por falta de cuidado na observância das normas legais aplicáveis, cuidado esse de que era capaz, sendo que até à tomada de conhecimento do email de 14 de novembro de 2018 *supra* referido a Visada não representou como possível que a substituição da Fundger por si enquanto sociedade gestora do Fundo Saudeinveste pudesse consubstanciar uma operação



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

de concentração sujeita a procedimento de controlo por parte da AdC, tendo passado a colocar tal possibilidade depois de ter tomado conhecimento do referido email, não se conformando com a mesma.

- jj. Após a referida notificação pela Fidelidade SGOIC e publicação do respetivo anúncio em 1 de março de 2019, nos termos do n.º 2 do artigo 47.º da Lei da Concorrência, o Grupo Lusíadas constituiu-se como terceiro interessado, tendo apresentado, no decurso do referido procedimento de controlo de concentrações, Observações Preliminares, Observações Complementares e Observações em sede de Audiência Prévia.
- kk. A partir de 21 de fevereiro de 2019 a Visada limitou-se à prática de atos de gestão corrente, essencialmente à perceção das rendas devidas pelos arrendatários, não tendo adotado quaisquer medidas de natureza estrutural relativamente à exploração dos imóveis em causa.
- ll. Durante o procedimento de controlo de concentrações, a Visada requereu à AdC quatro pedidos de derrogações ao cumprimento desta obrigação de suspensão.
- mm. O primeiro, no dia 19.06.2019, tendo em vista a possibilidade de autorizar um conjunto de obras solicitadas pelo grupo Lusíadas (obras de ampliação do Bloco D – Ala Norte, Edifício 1, do Hospital dos Lusíadas Lisboa, com vista à construção de Bloco de Partos e Neonatologia no piso 2 do imóvel).
- nn. O segundo no âmbito do procedimento de desistência e descrito *supra* na alínea aa).
- oo. O terceiro, no dia 25.11.2019, com respeito à negociação, a pedido do



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

grupo HPA, dos termos da relação contratual relativa ao imóvel onde estava instalado o Hospital de São Gonçalo (Lagos).

- pp. E o quarto, também no dia 25.11.2019, a fim de negociar e concretizar a alienação, pelo Fundo Saudeinveste ao Fundo IMOFID, do imóvel em que se encontrava instalado o Hospital da Luz - Torres de Lisboa.
- qq. A AdC deferiu os primeiros três pedidos da Visada e indeferiu o último.
- rr. Os contratos de arrendamento referidos na alínea e) eram pré-existent ao exercício de funções pela Visada e não sofreram qualquer alteração com a operação realizada.
- ss. A duração remanescente de tais contratos a seguir a 1.10.2018 variava entre 7 (no caso do Hospital de S. Gonçalo em Lagos, que permanecerá em vigor até 1.12.2025) e 13 anos (nos casos do Hospital e Clínica da Boavista no Porto, cujos contratos permanecerão em vigor, respetivamente, até 1.07.2031 e 31.07.2031).
- tt. Na decisão de passagem a investigação aprofundada em 5 de julho de 2019 proferida no procedimento Ccent. 9/2019 – Fidelidade SGOII / Saudeinveste*IMOFID a AdC exarou, entre o mais, o seguinte: *"...até poderíamos assumir que, no horizonte temporal de longo prazo (i.e., após o término dos atuais contratos de arrendamento), a operação de concentração não teria qualquer impacto jusconcorrencial de natureza vertical, uma vez que os atuais arrendatários dos imóveis teriam, eventualmente, outras alternativas aos imóveis do Fundo Saudeinveste, designadamente a construção de raiz de um novo hospital..."* (cf. § 71 daquela decisão).
- uu. Mais exarou o seguinte: *"A capacidade da Fidelidade, enquanto senhorio*



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

do Grupo Lusíadas e do Grupo HPA Saúde – concorrentes da sua participada Luz Saúde na prestação de cuidados hospitalares –, se opor à adequada extensão do prazo contratual poderá resultar, designadamente, na impossibilidade de realização das obras de expansão – i.e., se as mesmas não puderem ser devidamente rentabilizadas e amortizadas no prazo contratual remanescente – e, dessa forma, resulta no entrave à capacidade de expansão do Grupo Lusíadas e do Grupo HPA Saúde.” (cf. § 77 daquela decisão).

- vv. O aumento da volumetria de um imóvel (desde que permitido pelos planos de pormenor e regras de urbanização aplicáveis), associado por exemplo a obras a desenvolver pelo grupo Lusíadas, poderia ser do interesse da Visada uma vez que o acréscimo de metros quadrados redundaria numa valorização do prédio em causa.
- ww. Os rendimentos de serviços e comissões registados pela Visada em 2020 totalizaram € 2.177.345,25.
- xx. O volume de negócios do Grupo Fidelidade, realizado em Portugal no ano de 2020, correspondeu a €1.582.615.340.
- yy. No ano de 2020, a Visada tinha um ativo no total de € 1.249.418,60 e um capital próprio no montante de € 848.881,95 e obteve um resultado líquido do exercício no montante de € 345.745,9.
- zz. A Visada não tem antecedentes contraordenacionais desta natureza.
- aaa. A Visada decidiu apresentar primeiro o pedido de avaliação prévia para evitar o pagamento da taxa devida pela notificação prévia e manteve a operação de concentração (até ao momento em que decidiu revertê-la) porque já estava realizada.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- bbb. A Visada não ocultou a operação de concentração dos arrendatários dos imóveis *supra* referidos antes da sua realização e envolveu, desde o início de 2018, os arrendatários de alguns dos imóveis do Fundo Saudeinveste.
- ccc. A Visada assumiu uma postura colaborante durante o processo.
- ddd. Até à notificação prévia apresentada pela Recorrente a AdC não tinha decidido nenhum procedimento de controlo que tivesse por objeto a substituição de uma sociedade gestora de um Fundo.
- eee. Nos processos Ccent. 34/2013 – Explorer III/Grupo Endutex; Processo Ccent. 24/2013 – ECS /Gásriba; Ccent. n.º 8/2014 OxyCapital / Piedade Investimentos; processo Ccent. 56/2015–Socigene*Fundo Revitalizar Centro*Banif Portugal Crescimento*Cofihold / Trevipapel que dizem respeito a procedimentos de controlo a envolverem fundos a gestão dos ativos detidos/adquiridos pelos fundos intervenientes foi imputada pela AdC à respetiva entidade gestora e não aos detentores das unidades de participação, sendo que nos procedimentos Ccent. 43/2017 – Oxycapital Mezzanine / Lingote; e Ccent. 19/2018 – Fundo SC1*Fundos Inter-Risco / Stay Hotels SGPS a AdC considerou o Fundo como adquirente.
- fff. A Visada foi inscrita no registo comercial em 12.02.2018.
- ggg. A Visada não revela sentido crítico pleno da sua conduta.
- hhh. O Regulamento de gestão do fundo Saudeinveste estipulava, à data dos factos, que competia, em especial, à entidade responsável pela gestão dos respetivos Fundos Saudeinveste e IMOFID: "*Selecionar os valores*



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

que devem integrar o património do Fundo, nomeadamente quanto às aplicações em instrumentos financeiros autorizados e no mercado de bens imóveis, de acordo com os condicionalismos legais e do presente Regulamento"; "Celebrar os negócios jurídicos e realizar todas as operações necessárias à execução da política de investimentos e exercer os direitos, direta e indiretamente relacionados com os valores do Fundo"; "Tomar as decisões necessárias no âmbito da política de distribuição de resultados do Fundo e efetuar as operações adequadas à respetiva execução"; e "Controlar e supervisionar as atividades inerentes à gestão dos ativos do Fundo, nomeadamente o desenvolvimento dos projetos de reabilitação, de promoção imobiliária ou outros, nas suas respetivas fases".

*

67. Não se provou que:

a. O pedido de avaliação prévia apresentado pela Visada foi acordado com



*

68. Tudo o mais que tenha sido alegado e não conste nos factos provados e não provados é matéria de direito, de natureza irrelevante ou conclusiva.

*

69. Para apuramento dos factos provados e não provados foram tidos em consideração os meios de prova produzidos na fase de impugnação judicial e também os elementos recolhidos na fase organicamente administrativa, salientando-se que no "processo contraordenacional não vigora o princípio da imediação, na sua versão rígida", pelo que "a prova produzida na fase administrativa mantém a sua validade na fase judicial"⁹. Pelas mesmas razões, ou seja, "por força da versão flexível do princípio da imediação consagrada no

⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações*, Universidade Católica Editora, pág. 291, anotação ao art. 72º.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

artigo 68.º, n.º 1, do RGCO¹⁰, a “confissão nos articulados pode ser valorada pela autoridade administrativa ou pelo juiz”¹¹, podendo também o Tribunal valorar as declarações prestadas pelo arguido e bem assim os depoimentos prestados pelas testemunhas na fase organicamente administrativa¹².

70. Na admissão e valoração destes meios de prova foram levadas em conta, quando necessário, as normas legais relativas à admissibilidade dos meios de prova no processo de contraordenação (cf. artigo 42.º, do RGCO) e no processo penal, aplicáveis subsidiariamente e com as devidas adaptações (cf. artigo 41.º, n.º 1, do RGCO), bem como o princípio geral da livre apreciação da prova (cf. artigo 127.º, do CPP, *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do RGCO).
71. Duas notas complementares se impõem antes de se enunciar, em pormenor, os fundamentos da convicção do Tribunal.
72. Em primeiro lugar, a não referência, na motivação, a qualquer meio de prova produzido e admitido significa que o mesmo não foi considerado relevante, designadamente por não fornecer qualquer contributo para o apuramento dos factos
73. Em segundo lugar, para evitar constantes repetições, esclarece-se também que sempre que seja efetuada referência a um meio de prova para sustentar a convicção relativamente a um facto, sem específica alusão às razões pelas quais o mesmo mereceu credibilidade, significa que tal meio de prova foi considerado credível no que respeita à demonstração do facto em causa, designadamente por ter aptidão para o efeito, não apresentar qualquer sinal de inveracidade ou manipulação, não se mostrar incompatível com padrões

¹⁰ *Idem*, pág. 279.

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*, págs. 283, 291 e 292.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

de normalidade e razoabilidade e não ter sido contrariado, de todo ou de forma minimamente consistente, por qualquer outro meio de prova. Em pormenor:

74. Os factos relativos à caracterização do Fundo Saudeinveste – **alíneas a) e b) dos factos provados** – foram extraídos do Regulamento do Fundo, cuja cópia consta a fls. 16 a 27, e da ata n.º 12, cuja cópia consta a fls. 28 e verso.
75. Os factos respeitantes à caracterização do Grupo Fidelidade – **alíneas c) e d) dos factos provados** – resultaram do formulário de notificação da operação de concentração, que consta a fls. 39 a 118.
76. Os factos que dizem respeito aos imóveis do Fundo Saudeinveste e à gestão pela Fundger – **alíneas e) a g) dos factos provados** – foram extraídos do Regulamento do Fundo, cuja cópia consta a fls. 16 a 27, e do formulário de notificação da operação de concentração, que consta a fls. 39 a 118.
77. A factualidade relativa à substituição da Fundger pela Visada – **alíneas h) a k) dos factos provados** – resultou da ata n.º 12, de fls. 28 e verso, da declaração de aceitação de fls. 30, da Deliberação da CMVM de fls. 427 verso e ss. e do formulário de notificação da operação de concentração, que consta a fls. 39 a 118.
78. Os factos respeitantes ao volume de negócios realizado pelo Grupo Fidelidade e pelos Fundos geridos pela Visada – **alínea l) dos factos provados** – foram extraídos do formulário de notificação da operação de concentração, que consta a fls. 39 a 118. Impõe-se uma pequena nota: na decisão impugnada constava que a Visada tinha realizado em 2018 um volume de negócios de €1570,3 milhões (cf. § 70). Contudo, em rigor foi o Grupo Fidelidade quem realizou tal volume de negócios (cf. fls. 45), tendo-se efetuado esta correção.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

79. Os factos relativos à atividade exercida pela Visada, enquanto sociedade gestora dos Fundos – **alíneas m) e n) dos factos provados** – foram extraídos do formulário de notificação da operação de concentração, que consta a fls. 39 a 118.
80. Quanto às mensagens de correio eletrónico remetidas pelo Grupo Lusíadas – **alíneas o) e p) dos factos provados** – as mesmas resultaram das cópias respetivas, que constam a fls. 393 verso e 395, e da própria alegação da Recorrente, ao ter admitido que a sociedade-mãe lhe deu conhecimento imediato do email de 14 de novembro de 2018 (cf. artigo 163.º do recurso de impugnação).
81. Os factos respeitantes ao contacto telefónico – **alíneas r) e s)** – foram confirmados por [REDACTED], interlocutor da conversa e Diretor do Departamento de Controlo de Concentrações da AdC, não tendo apresentado qualquer sinal de estar a faltar à verdade, tendo merecido credibilidade.
82. Os factos relativos ao email subsequente à referida conversa telefónica – **alínea t) dos factos provados** – resultaram da cópia do mesmo junta pela Visada com o recurso de impugnação, que consta a fls. 2366 (documento n.º 2 junto com o recurso de impugnação, ref.ª 330655).
83. A factualidade respeitante ao pedido de avaliação prévia – **alíneas u) e v) dos factos provados** – foi extraída da cópia do pedido respetivo e da cópia da decisão da AdC, juntas a fls. 8 a 15 e 36 e verso respetivamente.
84. Os factos que dizem respeito ao pedido de notificação prévia – **alíneas w) e x) dos factos provados** – estão documentados na cópia do respetivo pedido, que consta a fls. 39 a 67.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

85. Os factos relativos ao procedimento de controlo e à decisão de passagem a investigação aprofundada – **alíneas y), z), tt) e uu)** – resultaram da cópia desta decisão, que consta a fls. 323 a 348.
86. Os factos respeitantes à cessação da operação de concentração – **alíneas aa) a hh) dos factos provados** – foram extraídos das cópias dos seguintes documentos: requerimento de 29.07.2019, de fls. 2120 e 2121; da decisão da AdC de 20.09.2019, de fls. 2122 e verso; requerimento de desistência de fls. 6400 a 6402; da decisão de extinção de fls. 6495 a 6497; da decisão de autorização da CMVM (que também faz referência ao procedimento de controlo junto da AdC), de fls. 1663 a 1673; e ata n.º 13, de fls. 1677.
87. Quanto aos factos consubstanciadores do elemento subjetivo – **alínea ii) dos factos provados** – alegou a Recorrente que a “assunção de funções de gestão do Fundo Saudeinveste pela Visada produziu efeitos em 1.10.2018, sendo que a primeira vez que a Fidelidade SGOIC recebeu qualquer indicação de que a substituição de gestora do fundo poderia constituir uma concentração de empresas foi em 14.11.2018., através do e-mail referido e transcrito no § 56 da Decisão impugnada” e no “seguimento desse e-mail, a Visada contactou telefonicamente o Diretor do Departamento de Controlo de Concentrações da AdC em 21.11.2018 para dilucidar se a mera alteração da sociedade gestora de um fundo imobiliário poderia configurar uma concentração de empresas, tendo submetido um pedido de Avaliação Prévia à AdC no dia 21.11.2018”.
88. Mais esclarece que a “AdC apenas respondeu a este pedido da Visada quase três meses depois, em 14.02.2019, tendo-o feito de forma inconclusiva e limitando-se a afirmar “não poder excluir” que a alteração em causa configurasse uma concentração; após o que a Visada, por prudência, submeteu à AdC uma notificação completa em formulário regular no dia 21.02.2019”.
89. Pelas razões expostas, a Recorrente defende que dos “100 dias que mediam entre 14.11.2018 e a apresentação da notificação em 21.02.2020, 81 dias (81%)



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

correspondem ao tempo que a AdC demorou a responder ao pedido de Avaliação Prévia da Visada, não sendo imputável a esta qualquer parcela desse tempo”, salientando ainda que *“cumpriu escrupulosamente com a obrigação de suspensão que para si decorria do artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC, tendo apresentado quatro pedidos de derrogação à AdC durante o decurso do procedimento de controlo de concentrações que correu termos sob o n.º Ccent. 9/2019 – Fidelidade SGOLL / Saudeinveste * IMOFID, em 19.06.2019, 29.07.2019 e 25.11.2019”*.

90. Mais acrescenta que “apesar da imputação a título de negligência, a Decisão não concretiza se a Visada atuou com negligência consciente ou inconsciente, o que seria relevante para efeitos de determinação da medida concreta da coima” e no “limite, atenta a factualidade em causa nos autos, apenas se poderá concluir que a Visada agiu com negligência inconsciente, nos termos do artigo 15.º do CP, aplicável ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, por sua vez aplicável por força do artigo 59.º, n.º 2, da LdC, pois a Visada nem sequer representou como possível que a sua conduta pudesse consubstanciar a prática de um ilícito contraordenacional”.
91. Acrescenta que “apenas procedeu à notificação à AdC da substituição da entidade gestora dos Fundos, em 21.02.2019, porque, uma semana antes, em 14.02.2019, a AdC havia finalmente respondido ao pedido de Avaliação Prévia apresentado pela Visada em 26.11.2018, manifestando dúvidas relativamente ao enquadramento da operação em causa, pelo que a Visada, de modo diligente, considerou que deveria proceder à notificação da operação à AdC. Mesmo quando apresentou o pedido de Avaliação Prévia, no seguimento de e-mail recebido em 14.11.2018 e proveniente de responsável do grupo Lusiadas, a Visada ainda não concebia ou representava que aquela substituição da entidade gestora dos Fundos se enquadrasse nos artigos 37.º e seguintes da LdC. Até 14.02.2019, quando recebeu a resposta ao pedido de Avaliação Prévia, a Visada nunca representou que aquela operação pudesse constituir uma operação de concentração, para efeitos do artigo 37.º da LdC”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

92. Salienta ainda que a “somar a isso, não existe, na prática decisória da AdC nem na prática decisória da Comissão Europeia, registo de qualquer concentração notificada a essas Autoridades que tenha envolvido a mera substituição de sociedade gestora de um ou mais fundos (nomeadamente imobiliários), sem se verificar qualquer negócio jurídico translativo da propriedade de participações sociais ou de ativos. O caráter inédito e sui generis da operação em causa, que a distingue dos parâmetros recorrentes de operações de concentração, afasta liminarmente a ideia de que seria suficiente o conhecimento das normas legais aplicáveis para que a Visada representasse como possível que a operação em causa constituía uma operação de concentração sujeita a notificação prévia”.
93. Acrescenta também que “não existe também prova de que a Visada, em momento anterior a 14.02.2019, tenha realizado uma análise jusconcorrencial que conduzisse à conclusão de que a operação em causa constituiria ou poderia constituir uma concentração de empresas” e que na “preparação e concretização da operação, a Visada não evidenciou qualquer intencionalidade de ocultar a operação em causa, muito menos da AdC, tanto mais que até as entidades do Grupo Lusíadas arrendatárias de alguns imóveis do Fundo Saudeinveste foram envolvidas no processo de alteração da entidade gestora do fundo desde o seu momento inicial, em janeiro de 2018”.
94. Por fim, esclarece que, “à data dos factos, não tinha sido sancionada ou sequer alertada pela AdC ou outra autoridade relativamente a hipotéticos comportamentos relativos a regras de controlo de operações”.
95. **Por sua vez, a AdC defende, nas suas alegações,** que “foi na sequência do aviso ou eventual ameaça do Grupo Lusíadas - que poderia em teoria resultar numa queixa junto da AdC -, que a Recorrente encetou contactos com a AdC, dando conta da existência da presente operação de concentração já realizada, tendo para o efeito primeiramente contactado o Diretor do Departamento de Controlo de Concentrações da AdC, tal como relata, e de seguida, em 23.11.2018, efetuado um pedido de avaliação prévia extemporâneo (recorde-se que este procedimento é destinado para transações projetadas, antes de terem sido já realizadas)”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

96. Acrescenta que a “Recorrente tinha obrigação de não realizar a operação antes da Decisão de não oposição da AdC. E não foi o que sucedeu. Ao invés, recorreu a vários expedientes processuais, formais e informais prévios, até finalmente ter submetido a notificação da operação de concentração em 21.02.2019. Quando o fez, a mesma foi alvo de uma investigação aprofundada, porque não resultou claro da primeira fase de investigação que a operação não suscitasse problemas jusconcorrenciais”.
97. Esclarece que o facto “de a operação ser notificada depois de realizada, em violação manifesta da Lei da concorrência, não implica, nem poderia implicar, que a AdC não cumprisse a sua obrigação administrativa de analisar os efeitos na concorrência da operação em causa e de utilizar os prazos legais ao seu dispor para esse efeito ou, como parece pretender a Recorrente, ter uma qualquer obrigação de “apressar” a sua análise em prol de uma empresa faltosa e em detrimento da concorrência. Por outro lado, o facto de a Recorrente ter suspenso o controlo durante a análise da operação de concentração, nos termos da alínea a) do n.º 4 artigo 40.º, e de ter solicitado derrogações, nos termos da alínea b) do n.º 4 artigo 40.º, constitui tão-somente o cumprimento de uma obrigação legal e a utilização de uma exceção legal, que possibilita a gestão de assuntos inadiáveis pela empresa infratora. Estes mecanismos estão ambos previstos na Lei da Concorrência exatamente para casos como este, em que a operação é realizada ilegalmente”.
98. Mais acrescenta resultar da “Decisão detalhadamente por que razão, tendo a AdC em sede de NI imputado a infração a título de dolo, considerou, em sede de decisão final, que apesar da gravidade da infração a Recorrente poderá ter atuado a título de negligência, tendo em conta a defesa apresentada na PNI. A AdC entendeu que, independentemente da sua intenção não dolosa, a Visada tinha a obrigação de ter agido diligentemente, com o cuidado que lhe era (medianamente) exigido, pois tinha os meios necessários ao seu dispor para equacionar que aquela transação configuraria uma operação de concentração na aceção do artigo 36.º da Lei da Concorrência e por conseguinte ser notificável ao abrigo do artigo 37.º do mesmo diploma, e mesmo assim, preferiu conformar-se e omitir a conduta devida”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail. tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

99. Mais afirma não ter “dúvidas de que a Recorrente atuou de forma negligente, com a falta de cuidado objetivamente exigida para uma empresa inserida num Grupo multinacional, dotada de meios para o exigível aconselhamento jurídico que se requer sempre que existe um investimento ou uma transação como a dos presentes autos” e que “no caso dos presentes autos, não se pode considerar que a Recorrente tenha usado de uma conduta que qualquer empresa da sua envergadura, com presença em diversos mercados geográficos, medianamente prudente em condições iguais, no sentido de ter recorrido à AdC para, pelo menos utilizando este procedimento administrativo de avaliação prévia, confirmar se a operação de concentração seria notificável”.
100. Defende que no “caso em apreço estamos perante uma efetiva negligência consciente, nos termos previstos no artº 15º al. a) do Código Penal, porquanto a Recorrente, ainda que (i) tendo à sua disposição todos os meios necessários para ser conhecedora das regras da concorrência, e (ii) sabendo da existência de um procedimento administrativo de avaliação prévia de operações de concentração, por clara falta de cuidado optou por não recorrer ao mesmo e não proceder à notificação da operação, mesmo sendo previsível que da sua conduta poderia resultar um possível dano à concorrência, como de resto se equacionou em sede de decisão de passagem a investigação aprofundada da operação notificada posteriormente”.
101. Para a AdC a “Visada, ora Recorrente, tinha a obrigação de conhecer os elementos do tipo, especialmente quando a AdC já tem uma extensa prática decisória em que se considera que são as entidades gestoras que controlam os fundos, tendo baseado toda a análise das suas operações de concentração nesta premissa, incluindo no que diz respeito aos critérios de notificabilidade”, frisando que “a Fidelidade SGOIC não deveria desconhecer o entendimento da AdC quanto à imputação de controlo nestes casos, o que levaria, necessariamente, à consequência de uma alteração da sociedade gestora implicar ipso iure uma alteração do controlo dos fundos” e que “se dúvidas existissem sobre a questão da existência ou não de uma operação de concentração para efeitos do referido artigo 36.º, o que não se concede, a Fidelidade SGOIC, reitere-se sempre poderia ter recorrido ao Procedimento de Avaliação Prévia antes de ter implementado a operação, e não só a posteriori, como fez.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Assim, todas as dúvidas sobre a operação poderiam e deveriam ter sido colocadas à AdC antes de a operação ser realizada”.

102. Reitera que “não se olvidar que a Recorrente recorreu a este procedimento de Avaliação Prévia depois da implementação da operação, o que demonstra que era conhecedora deste procedimento e que apenas não o fez por falta de cuidado exigível para uma empresa inserida num Grupo presente em diversos países e com diversos negócios, assessorados, crê-se, com os assessores jurídicos, económicos e financeiros necessários para uma boa conduta na sociedade. Sucede que a Fidelidade SGOIC não seguiu este procedimento e assim, desde 1 de outubro de 2018, adquiriu o controlo sobre os referidos Fundos”.
103. Esclarece ainda que há que “ter em conta que empresas do Grupo Fidelidade já por, pelo menos, mais duas vezes foram alvo do escrutínio da AdC em sede de controlo de operações de concentração¹³, o que demonstra, em particular, a falta de zelo acrescida com que tratou esta transação” e defende que “para efeitos de qualificação da negligência e atenta a factualidade que integra os presentes autos, configura-se a negligência como grosseira até, *“porquanto estamos perante um comportamento que ultrapassou claramente a simples falta de cuidado, que segundo as circunstâncias estava obrigado, evidenciando uma conduta insensata, irreflectida, esquecendo elementares precauções exigidas pela prudência e ignorando que”* uma transação como estas poderia ser objeto de um procedimento de avaliação prévia antes mesmo de ser notificada à AdC formalmente”.
104. Conclui que a “Visada agiu de forma livre, consciente e voluntária, sabendo ou devendo saber que a conduta que lhe é imputada é proibida por lei, tendo ainda assim realizado todos os atos necessários à sua verificação”.
105. Vejamos.
106. A possibilidade da Recorrente ter atuado de forma intencional, o que só teria enquadramento possível no domínio da factualidade corporizadora do dolo,

¹³ Ccent. 26/2014 – Fidelidade / Espírito Santo e Ccent. 28/218 – Apollo Capital Management / Portefólio Imobiliário da Fidelidade. Acessível em www.concorrenca.pt



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

é uma hipótese já arredada pela AdC em moldes que se consideram acertados (cf. § 228 a 232) e em relação à qual não se justifica tecer mais considerações, impondo-se esta referência apenas e só porque a Visada reiterou não ter agido de forma intencional.

107. Quanto à negligência, a Recorrente tem razão no sentido de que a decisão não esclarece se se trata de negligência consciente ou inconsciente. Parece apontar no sentido da negligência consciente, ao afirmar que a Visada atuou de forma consciente (§ 245). Contudo, não é inequívoca. Em todo o caso, essa falta de clareza não tem repercussões processuais, uma vez que a Visada não invocou qualquer nulidade, defendeu-se de mérito e o Tribunal dispõe de poderes de plena jurisdição.
108. Quanto aos fundamentos da convicção alcançada e começando pela representação dos factos, admite-se como possível que a Visada, até à receção do email de 14 de novembro de 2018, remetido pelo Grupo Lusíadas, não tenha representado como possível que o exercício das funções de sociedade gestora em causa consubstanciasse uma operação de concentração sujeita a notificação prévia junto da AdC. Conclui-se nestes termos por duas razões.
109. Em primeiro lugar, não há nenhuma evidência probatória em sentido contrário, não sendo o caso do email de 30.10.2018 remetido pelo Grupo Lusíadas, uma vez que o mesmo alude apenas a *constrangimentos concorrenciais*, sem fazer específica referência à possibilidade de se tratar de uma operação de concentração. Esta referência surge apenas no email de 14.11.2018.
110. Em segundo lugar, a operação de concentração em causa não corresponde, efetivamente, aos casos mais comuns que têm sido objeto do procedimento de controlo previsto na LdC. Isso mesmo resultou do depoimento prestado



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

por [REDACTED] Assim, a testemunha questionada no sentido de definir o que é uma operação de concentração de empresas para efeitos de notificação prévia respondeu que *a maior parte dos casos envolve junções de empresas*, existindo também alguns que *implicam a aquisição de ativos* e que *essa é a ideia simples de uma operação de concentração e aquilo que normalmente acontece*. Ou seja, a testemunha ao definir o conceito socorreu-se dos casos mais típicos, aos quais não se reconduz a operação em causa. Para além disso, confirmou também que *o presente caso tem particularidades*, porque *não havia uma fusão, nem aquisição de ativos*.

111. Mas se é assim até 14.10.2018, já não pode ser assim a partir desta data. Efetivamente, o email remetido pelo Grupo Lusíadas, transcrito na alínea p) dos factos provados e de que a Visada teve conhecimento imediato através da sua sociedade-mãe (cf. alínea q) dos factos provados), referia expressamente que *"tudo indica que a alteração da sociedade gestora do Fundo Saudeinveste configura uma operação de concentração passível de ser notificada e analisada pela AdC, caso se encontrem preenchidos os critérios legais"*. Ao tomar conhecimento deste email, a Recorrente foi confrontada com a possibilidade referida. Por conseguinte, é totalmente inverosímil que, a partir dessa data, não tenha assumido essa hipótese no domínio das suas representações. Nem se compreende sequer como é que a Visada alegou, no recurso de impugnação, o contrário. E foi certamente a perceção da falta de razoabilidade e verosimilhança de tal alegação que conduziu a Recorrente a infletir na sua posição e a concluir e admitir, nas alegações orais em audiência de julgamento, que, a partir de 14.11.2018, passou a representar como possível que a operação em causa consubstanciava uma operação de concentração sujeita a notificação prévia junto da AdC.
112. A conduta da Recorrente subsequente à receção desse email – corporizada, primeiro, no contacto telefónico com a AdC, depois na apresentação do



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

pedido de avaliação prévia, na notificação subsequente, na suspensão do controlo nos termos do artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC, e na reversão da operação – é demonstrativa de que não se conformou com a referida possibilidade.

113. Quanto aos fundamentos da convicção alcançada sobre a falta de cuidado da Recorrente, a Visada pretende que os atos referidos no parágrafo precedente sejam considerados como demonstrativos de que atuou de forma diligente e zelosa e de que o período de tempo que a AdC demorou a decidir o pedido de avaliação prévia não lhe é imputável, acrescentando que após a notificação prévia nada mais podia fazer do que suspender os poderes de controlo nos termos do artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC. Na fundamentação de direito analisaremos as questões suscitadas quanto às implicações que têm sobre a verificação dos elementos objetivos relacionados com a determinação da duração da infração. Neste momento, o que se impõe é explicitar as razões pelas quais se conclui – divergindo em larga medida da Recorrente – que subjacente à sua atuação houve falta de cuidado.
114. Assim, resultou quer da alegação da Recorrente no recurso de impugnação, quer das declarações prestadas por [REDACTED] (administrador da Recorrente desde a sua constituição), quer da ausência de qualquer meio probatório minimamente consistente em sentido contrário, que não existiu qualquer elemento externo ou alheio à esfera de atuação e controlo da Recorrente que tivesse interferido com a conduta que adotou em cada momento. Por conseguinte, a falta de perceção inicial de que estava perante uma operação de concentração sujeita a notificação prévia e, em consequência, a falta de notificação prévia antes da sua realização, a manutenção da operação de concentração após a tomada de consciência dessa possibilidade e a opção pelo pedido de avaliação prévia e a convicção subsequente no sentido de que bastava o cumprimento do artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC foram da exclusiva responsabilidade da Recorrente.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Efetivamente, não houve induções em erro ou obstáculos ou constrangimentos externos que a tivessem impedido de perceber que a sua conduta não se mostrava conforme com as normas legais aplicáveis. Do que se tratou foi apenas e só daquilo que a mesma fez e/ou deixou de fazer em cada momento no que respeita à observância dessas normas.

115. Esclarecida esta premissa essencial conclui-se que no momento inicial da realização da operação de concentração sem notificação prévia a Recorrente revelou falta de cuidado na observância das normas legais aplicáveis pelas razões que se passam a expor.
116. Assim, pese embora não se tratasse de uma operação de concentração típica, no sentido de mais comum, a verdade é que a mesma tinha alguns elementos de alarme do ponto de vista da concorrência. Efetivamente, o que estava em causa era a substituição da sociedade gestora de um Fundo que gere imóveis por outra sociedade pertencente a um Grupo que é concorrente dos arrendatários desses imóveis, ou seja, quem passaria a ter o poder de decisão sobre a execução dos contratos de arrendamento seria uma sociedade de um Grupo económico concorrente.
117. Dir-se-á, conforme o diz a Recorrente: mas as unidades de participação pertencem todas ao mesmo Grupo e assim se manteve enquanto a Visada exerceu as funções de sociedade gestora. É verdade. Contudo, este facto não afasta esses sinais de alarme porque quem gere efetivamente o Fundo, nos termos do regime legal aplicável que será analisado na fundamentação de direito e para a qual se remete, é a sociedade gestora e fá-lo com independência. Bastava a análise desse regime legal para se constatar que os poderes de decisão dos participantes, no que respeita à gestão dos ativos do Fundo, são muito limitados e que quem controla efetivamente o Fundo é a sociedade gestora.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

118. Dir-se-á ainda, conforme também o diz a Visada: seria de todo impossível para si interferir com os interesses dos arrendatários, uma vez que não pode alterar unilateralmente os contratos de arrendamento, que são de longa duração. Para além disso, no que respeita à possibilidade de colocar obstáculos à realização de obras pelos inquilinos (preocupação jusconcorrencial manifestada pela AdC na decisão de passagem a investigação aprofundada –cf. fls. 5575 e ss.), o aumento “da volumetria de um imóvel (desde que permitido pelos planos de pormenor e regras de urbanização aplicáveis), associado por exemplo a obras a desenvolver pelo grupo Lusíadas, seria do seu total interesse uma vez que o acréscimo de metros quadrados redundaria numa valorização do prédio em causa”. Estes argumentos também não são procedentes, pois mesmo que no final fosse de concluir que a operação em causa não era suscetível de criar entraves à concorrência uma breve análise ao regime legal aplicável permitiria à Recorrente perceber que a notificação prévia não está dependente desse requisito, pois é à AdC que cabe empreender essa análise.
119. Dir-se-á: mas essa convicção é reveladora de que a Visada agiu de forma bem intencionada, sem qualquer propósito de criar obstáculos aos seus concorrentes e foi isso que a impediu de perceber que estava perante uma operação de concentração que carecia de ser notificada. [REDACTED] foi questionado nesse sentido, tendo reiterado que nunca lhes ocorreu problemas de concorrência e que a lógica da substituição nunca foi essa. Mesmo que não se duvide da veracidade destes factos, tais argumentos não são procedentes, pois também não ocorreu certamente à Visada prejudicar os interesses dos participantes (inclusive pelo facto de fazerem parte do mesmo Grupo), mas ainda assim não se esqueceu de pedir autorização à CMVM, cuja análise substantiva pressupõe, no plano dos requisitos materiais, a “salvaguarda dos interesses dos participantes” (cf. deliberação da CMVM de fls. 427 e ss., em particular fls. 430 verso). É claro que esta autorização não suscitava, no caso, qualquer análise mais aprofundada. Contudo, o que se



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

pretende evidenciar é que uma operação desta natureza não depende evidentemente apenas da decisão inerente ao plano de negócios que se pretende cumprir. Qualquer pessoa coletiva da natureza, dimensão e recursos da Visada sabe que a operação tem de ser cuidadosamente analisada do ponto de vista da sua conformidade com a lei. Ora, das declarações de Manual Calvão foi possível inferir que a Recorrente tinha um departamento jurídico, não sendo plausível que esse departamento jurídico não fosse capaz de uma análise objetiva da operação, sem qualquer comprometimento com um plano de negócios ao qual é alheio.

120. Assim, o argumento da atuação bem intencionada, que até podia resultar em relação a uma pessoa singular em que tudo se funde na sua unidade interior, simplesmente não tem qualquer cabimento em relação a uma pessoa coletiva e perante uma operação que implicava várias dimensões de análise distintas e com o envolvimento necessário de pessoas singulares diferentes dentro da estrutura da Visada, que olham para essa operação de primas distintos, de forma a cobrir todos os pontos relevantes. Em suma, o referido argumento falece perante a complexidade inerente aos elementos indicados.
121. Poder-se-á ainda argumentar com o seguinte: o Grupo Lusíadas apenas colocou a possibilidade de se estar perante uma operação de concentração sujeita a notificação em 14.11.2019, sendo certo que, conforme resultou das declarações de [REDACTED] já sabia da mesma antes de 01.10.2018 e estaria particularmente desperto, enquanto concorrente, para as suas implicações jusconcorrenciais. Este argumento também não procede, pois tais factos não são a expressão concludente de que a perceção do Grupo Lusíadas em 14.11.2018 foi o culminar de um procedimento prévio de análise cuidadosa da operação do ponto de vista das suas implicações concorrenciais. Para além disso, o Grupo Lusíadas não tinha sobre si a pressão de garante da conformidade legal da operação, com possível



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município: Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

responsabilidade contraordenacional. O que necessariamente condiciona o tempo, interesse e recursos dispensados para a análise da questão. Por conseguinte, o facto do Grupo Lusíadas apenas ter adquirido a referida perceção em 14.11.2018 não significa que a mesma era inatingível em momento anterior por via de uma análise cuidadosa.

122. Para além da operação em si mesma envolver sinais de alarme também do direito europeu da concorrência e da prática decisória da AdC resultavam algumas indicações ou pistas no sentido de que o controlo de um Fundo cabe à sociedade gestora e que esse elemento é relevante em matéria de procedimentos de controlo de operações de concentração.
123. Assim, no que respeita ao direito europeu da concorrência constava na "Comunicação Consolidada da Comissão Europeia em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo de concentrações de empresas"¹⁴ ("Comunicação Consolidada da Comissão"), na análise de operações de concentração envolvendo fundos, o seguinte: "[o]s fundos de investimento são frequentemente criados juridicamente como sociedades em comandita simples, nas quais os investidores – detentores das unidades de participação – participam como comanditários e normalmente não exercem o controlo nem individual nem coletivamente. Os fundos de investimento adquirem habitualmente as ações e os direitos de voto que conferem controlo sobre as sociedades incluídas nas suas carteiras. Em função das circunstâncias, o controlo é normalmente exercido pela empresa de investimento que criou o fundo, uma vez que este é, por natureza, um mero instrumento de investimento. Em casos excecionais, o controlo pode ser exercido pelo próprio fundo."¹⁵ (sublinhado aditado).

¹⁴ JO C 95, 16.4.2008.

¹⁵ *Idem Ibid* §15.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

124. Quanto à prática decisória da AdC verifica-se que, tal como esta autoridade alega, há decisões de procedimentos de controlo a envolverem fundos cuja gestão dos ativos detidos/adquiridos pelos fundos intervenientes tem sido imputada pela AdC à respetiva entidade gestora e não aos detentores das unidades de participação. Foi isto que se verificou, por exemplo, nos seguintes casos: processo Ccent. 34/2013 – Explorer III/Grupo Endutex; Processo Ccent. 24/2013 – ECS /Gásriba; Ccent. n.º 8/2014 OxyCapital / Piedade Investimentos; processo Ccent. 56/2015–Socigene*Fundo Revitalizar Centro*Banif Portugal Crescimento*Cofihold / Trevipapel. É verdade que também há decisões que consideram o Fundo como sendo o adquirente – cf. Ccent. 43/2017 – Oxycapital Mezzanine / Lingote; e Ccent. 19/2018 – Fundo SC1*Fundos Inter-Risco / Stay Hotels SGPS. Contudo, essa divergência de procedimentos podia suscitar alguma dúvida, mas não eliminava a possibilidade dos elementos referidos serem relevantes.
125. Assim, por todas as razões expostas conclui-se que a Recorrente – naquele momento inicial em que realizou a operação de concentração sem notificação prévia e até 14.10.2018 – não foi suficientemente diligente na análise da operação de concentração e na sua regularidade e conformidade com a lei, não havendo dúvidas de que seria capaz de o fazer, tendo em conta a sua natureza (sociedade gestora de organismos de investimento coletivo e, por isso, sujeita a elevados padrões de exigência – cf. artigo 74.º, do Regime Jurídico dos Organismos de Investimento Coletivo), a sua dimensão e recursos.
126. Após a data indicada considera-se que a Recorrente continuou a não ser diligente. Assim, a Visada optou por manter a operação de concentração realizada e apresentar um pedido de avaliação prévia. E a este propósito importa esclarecer que essa opção foi da sua exclusiva responsabilidade. Justifica-se este esclarecimento porque a Recorrente no artigo 169.º do



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

recurso de impugnação parece sugerir ter existido um acordo entre si e o Diretor do Departamento de Controlo de Concentrações da AdC, [REDACTED]

[REDACTED] Tal acordo não existiu, conforme resultou do depoimento prestado por esta testemunha, não havendo razões para duvidar da sua credibilidade nesta parte. Daí que este facto tenha ficado por demonstrar – cf. **alínea a) dos factos não provados.**

127. A Visada procedeu nesses termos porque a operação já estava realizada e na expectativa de não ter de pagar, pelo menos, a taxa inerente ao procedimento de controlo, no valor de € 25.000,00, conforme se inferiu das declarações prestadas por [REDACTED].
128. Sucede que o pedido de avaliação prévia está legalmente configurado para esclarecer dúvidas antes da realização das operações de concentração. Efetivamente, é isso que resulta do artigo 37.º, n.º 5, da LdC, ao estipular que *"as operações de concentração projetadas podem ser objeto de avaliação prévia pela Autoridade da Concorrência, segundo procedimento estabelecido pela mesma"*. Operações de concentração projetadas são, por definição, operações não realizadas.
129. Para além disso, tal pedido foi regulamentado pela AdC através das Linhas de Orientação relativas a Avaliação Prévia em Controlo de Concentrações, tendo aí esclarecido o seguinte: "Prevê-se, assim, a possibilidade de as empresas, nos casos em que o considerem útil, cooperarem com os serviços competentes da Autoridade da Concorrência na análise dos aspetos legais, substantivos e procedimentais da operação, em momento prévio à notificação da mesma. Tal cooperação permite antecipar, na medida em que seja possível face aos elementos disponibilizados durante esta fase, a ponderação de eventuais questões que poderiam ser suscitadas no decurso do procedimento de controlo de concentrações, nomeadamente questões de índole jurisdicional e substantiva" (§ 3, sublinhado aditado).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pq. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

130. Daqui resulta que o pedido de avaliação prévia não era o procedimento legalmente adequado e que o facto da Recorrente ter adotado o mesmo foi da sua exclusiva responsabilidade, por ter analisado a questão sobrepondo os seus interesses económicos, designadamente o interesse em manter a operação e em não pagar a taxa devida, aos interesses protegidos pelo regime legal aplicável. O que é revelador de falta de cuidado na observância das normas legais aplicáveis, não havendo dúvidas de que seria capaz de o fazer, tendo em conta, conforme referido, a sua natureza, a sua dimensão e recursos.
131. Por fim, a Recorrente foi também pouco diligente quando decidiu manter a operação de concentração após a notificação prévia, confiando que ao dar cumprimento ao disposto no artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC, nada mais tinha de fazer. Ora, esta interpretação da lei não é a correta, conforme se explanará melhor na fundamentação de direito para a qual se remete e só uma análise das normas legais aplicáveis enviesada pela necessidade de proteção dos seus interesses, designadamente na manutenção da operação, uma vez que, conforme referiu [REDACTED], a operação já estava realizada, a impediu de perceber isso. O que é mais uma vez revelador de falta de cuidado na observância das normas legais aplicáveis, não havendo dúvidas de que seria capaz de o fazer, tendo em conta, conforme referido, a sua natureza, a sua dimensão e recursos.
132. E não se diga que a Visada foi influenciada pelo conteúdo da decisão do pedido de avaliação prévia, que era de teor dubitativo, na medida em que afirmou "*não ser de excluir que a operação em análise se encontre sujeita à obrigação de notificação prévia*" em vez de ter afirmado de forma perentória que se tratava de uma operação de concentração sujeita a notificação prévia. Este argumento não procede, pois o que importa é que a possibilidade de estar em causa uma operação de concentração não foi excluída.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

133. Foi devido a essa falta de cuidado na perceção, interpretação e aplicação do regime legal em causa por parte da Visada que a operação de concentração realizada se manteve até 09.03.2020, data na qual a Recorrente praticou o último ato necessário para a reversão da operação que dependia de si, designadamente o pedido de autorização apresentado junto da CMVM para efeitos de substituição da Visada pela Caixa Gestão de Ativos – Sociedade Gestora de Ativos de Investimento, S.A.
134. Importa, por fim, esclarecer que se infere do recurso de impugnação e das declarações prestadas por [REDACTED] que todos os atos e decisões praticados pela Recorrente foram-no em seu nome e no seu interesse por parte dos seus administradores, com a sua anuência ou, pelo menos, sem que os mesmos, tendo conhecimento deles, se tenham oposto.
135. Os factos relativos ao Grupo Lusíadas – **alínea jj) dos factos provados** – foram extraídos da cópia dos documentos referidos nesta alínea, que se mostram juntas a fls. 103 a 114, 115 a 285v e 286 a 322v.
136. A factualidade referente aos atos praticados pela Visada durante o procedimento de controlo – **alíneas kk) a qq) dos factos provados** – resultaram da cópia dos pedidos de derrogação e das decisões que constam a fls. 2119 a 2141 verso, das cópias das atas n.ºs 5 a 11 do Fundo, juntas a fls. 2367 a 2381, e das declarações prestadas por [REDACTED], não havendo razões para duvidar das mesmas nesta parte.
137. Os factos relativos aos contratos de arrendamento – **alíneas rr) e ss) dos factos provados** – foram extraídos da decisão de passagem a investigação aprofundada, especificamente § 58 e nota de rodapé 29, fls. 328.
138. Quanto aos factos referentes ao interesse da Recorrente na realização de obras – **alínea vv) dos factos provados** – a alegação da Recorrente em



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

relação a estes factos afirma que o aumento da volumetria do imóvel seria sempre do seu interesse. Contudo, não foi possível firmar uma convicção nesse sentido, mas apenas nos termos que constam nesta alínea, porque [REDACTED] afirmou que a realização de obras pelo inquilino seria do interesse da Visada se a ampliação tivesse valor imobiliário, a avaliar por peritos externos. Ora, o aumento da volumetria do imóvel, ainda que associado a obras a desenvolver pelo Grupo Lusiadas, pode assumir tantas configurações possíveis que não se pode concluir que implicaria sempre um aumento do valor do imóvel.

139. Os factos relativos ao volume de negócios da Visada e do Grupo Fidelidade em 2020 – **alíneas ww) e xx) dos factos provados** – foi extraído da informação prestada pela Recorrente, que consta a fls. 2117 e verso, não havendo razões para duvidar da sua credibilidade.
140. Os factos respeitantes ao ativo e capital próprio da Visada – **alínea yy) dos factos provados** – resultaram da declaração de IRC com a ref.^a 60095.
141. A ausência de antecedentes contraordenacionais – **alínea zz) dos factos provados** – considera-se demonstrada face à inexistência de elementos em sentido contrário.
142. Os factos relativos à motivação da Visada- **alínea aaa) dos factos provados** – foram extraídos das declarações de [REDACTED].
143. A não ocultação da operação – **alínea bbb) dos factos provados** – foi extraída das declarações de [REDACTED].
144. A postura colaborante da Visada – **alínea ccc) dos factos provados** – está refletida no processo.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- 145. Os factos relativos à prática decisória da AdC – **alíneas ddd) e eee) dos factos provados** – estão documentados na página eletrónica da AdC.
- 146. O registo da Visada – **alínea fff) dos factos provados** – está documentado na certidão junta aos autos com a ref.^a 60842.
- 147. A ausência de sentido crítico pleno da sua conduta- **alínea ggg) dos factos provados** – resulta da defesa apresentada.
- 148. Por fim, os factos relativos ao conteúdo do Regulamento do fundo – **alínea hhh) dos factos provados** – foram extraídos da cópia do Regulamento junta aos autos, a fls. 16 e ss.

FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO:

- 149. Há operações de concentração de empresas que estão sujeitas a um procedimento de controlo por parte da AdC, previsto e regulado no artigo 36.º e ss. da LdC. Este procedimento de controlo é um dos mecanismos que a AdC dispõe para assegurar o cumprimento da sua missão de garantir o respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência (cf. artigo 5.º, n.º 1, da LdC). E é um mecanismo muito importante, porque permite uma intervenção *ex ante*, sujeitando determinadas operações de concentração de empresas ao dever de notificação prévia.
- 150. Para que esse controlo se efetive e o sistema dele decorrente funcione a lei estipula, no artigo 40.º, n.º 1, da LdC, a proibição da realização de uma operação de concentração sujeita a notificação prévia antes de notificada ou, tendo-o sido, antes de decisão da Autoridade da Concorrência, expressa ou tácita, de não oposição e pune, por via da previsão normativa consagrada na alínea f), do n.º 1, do artigo 68.º da LdC, a violação dessa obrigação como contraordenação.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

151. Pode-se assim afirmar, fazendo uso das palavras da AdC, que “à semelhança do direito da União Europeia¹⁶ (doravante “direito da União”), o sistema nacional de controlo de concentrações, estabelecido na Lei da Concorrência¹⁷, tem como objetivo que a AdC exerça um controlo efetivo¹⁸ prévio de todas as concentrações de notificação obrigatória nos termos da Lei da Concorrência, sendo o sistema de notificação *ex-ante* e a não realização de operações antes de aprovadas pela AdC (a denominada obrigação de “*standstill*”) o pilar de todo o sistema e a garantia imprescindível para a sua eficácia”.
152. Da conjugação das normas referidas conclui-se que a referida contraordenação está dependente da verificação dos seguintes elementos objetivos: (i) a existência de uma operação de concentração de empresas; (ii) a sujeição dessa operação a notificação prévia; (iii) e a realização da operação antes da notificação prévia ou, tendo-o sido, antes de decisão da Autoridade da Concorrência.
153. Analisemos com mais detalhe cada um destes elementos.
154. Quanto à **existência de uma operação de concentração de empresas**, este elemento pressupõe, desde logo, que estejamos perante empresas, considerando-se como tal, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da LdC qualquer

¹⁶ Cf. Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, OJ L 24, 29.1.2004, p. 1–22 (“Regulamento das Concentrações”).

¹⁷ Ao contrário do estabelecido no Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO L 1, 4.1.2003, p. 1–25), as autoridades de concorrências nacionais não têm jurisdição para aplicar o Regulamento das Concentrações. A Comissão Europeia (“Comissão”) tem uma competência exclusiva nesta matéria e todas as operações de concentração que cumpram os critérios definidos no artigo 1.º do referido Regulamento deverão ser notificadas à Comissão, com a salvaguarda de certos casos de remessas para os Estados-Membros previstos nos artigos 4.º, 9.º e 22.º do referido Regulamento.

¹⁸ No mesmo sentido, ao nível do direito da União, *vide* acórdão de 7 de setembro de 2017, *Austria Asphalt*, C-248/16, EU:C:2017:643, n.º 21.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento. Por via desta definição legal e tal como a AdC sublinha, a “Lei da Concorrência consagra deste modo, no plano nacional, a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça quanto ao conceito de empresa¹⁹”.

155. O conceito de operação de concentração também encontra resposta na LdC, especificamente no artigo 36.º, da LdC, mostrando-se preenchido, entre o mais e no que ao caso importa, quando se verifica uma mudança duradoura de controlo sobre a totalidade ou parte de uma ou mais empresas, em resultado da aquisição, direta ou indireta, do controlo da totalidade ou de partes do capital social ou de elementos do ativo de uma ou de várias outras empresas, por uma ou mais empresas ou por uma ou mais pessoas que já detenham o controlo de, pelo menos, uma empresa – alínea b), do n.º 1, do artigo 36.º, da LdC.
156. Conforme preceitua o n.º 3, do artigo 36.º, da LdC o controlo decorre de qualquer ato, independentemente da forma que este assuma, que implique a possibilidade de exercer, com carácter duradouro, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa, nomeadamente a aquisição de direitos ou celebração de contratos que confirmam uma influência determinante na composição ou nas deliberações ou decisões dos órgãos de uma empresa (cf. alínea c), do n.º 3, do artigo 36.º, da LdC).

¹⁹ Cf. v.g. Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de junho de 1998, *Comissão c. Itália*, processo n.º C-35/96, Colet. 1998, p. 3851, §36; cf., igualmente, acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1991, *Höfner e Elser*, processo n.º C-41/90, Colet. 1991, p. 1979, §21; Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 1995, *Fédération française des sociétés d'assurances e o.*, processo n.º C-244/94, Colet. 1995, p. 4013, §14; Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 1997, *Job Centre*, processo n.º C-55/96, Colet. 1997, p. 7119, §21; Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 1993, *Poucet e Pistre*, processos apensos n.ºs C-159/91 e C-160/91, Colet. 1991, p. 637, §17.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

157. Tal como a AdC esclarece, em moldes que não merecem reparos, o “exercício (ou a possibilidade de exercício) de influência determinante verifica-se quando uma empresa adquire a possibilidade de determinar a estratégia comercial da outra (ou de ativos). Esta é normalmente estabelecida pela possibilidade de adoção (ou de bloqueio) de decisões sobre determinadas matérias, tais como o orçamento, plano de atividades, investimentos, gestão, etc., sendo relevante considerar estes direitos no contexto das atividades específicas das empresas e no caso concreto²⁰. Não é necessário que a entidade que detém o controlo disponha de todos os direitos supramencionados, podendo ser suficiente que detenha apenas alguns, senão mesmo um único direito. Tal dependerá do teor exato do próprio direito e da importância que se reveste no contexto das atividades da empresa em questão²¹”.
158. Importa ainda notar, tal como também salienta a AdC que, “nos termos do referido dispositivo legal, *basta que se alcance a simples possibilidade de exercer o controlo – não se requer o seu exercício efetivo* ou, sequer, a intenção de o obter através daquela operação de concentração²². Na mesma linha, o recente acórdão do Tribunal Geral da União Europeia no processo *Marine Harvest*, confirmou que “*nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 139/2004, o controlo decorre nomeadamente dos direitos que conferem a «possibilidade» de exercer uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa. O facto determinante é portanto a aquisição desse controlo no sentido formal e não o seu exercício efetivo*” (v., por analogia, acórdão de 12 de dezembro de 2012, *Electrabel/Comissão*, T-332/09, EU:T:2012:672, n.º 189).²³ (sublinhado da responsabilidade da AdC)”.

²⁰ Cf. a Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (doravante “Comunicação da Comissão”), §68.

²¹ *Ibid.*

²² Nesta mesma linha, a Comunicação da Comissão estabelece que “*o n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento das concentrações define o conceito de controlo como a possibilidade de exercer uma influência decisiva sobre uma empresa. Não é necessário demonstrar que essa influência decisiva é, ou será, efetivamente exercida, mas a possibilidade de exercer essa influência deve ser efetiva.*”

²³ Cf. Acórdão de 26 de outubro de 2017 no processo T-704/14, *Marine Harvest v. European Commission*, ECLI:EU:T:2017:753, §58. Este Acórdão foi recorrido para o TJUE (Processo C-10/18 P) que o confirmou em 4 de março de 2020.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pq. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

159. Salienta-se ainda que o controlo pode ser adquirido por via contratual, desde que, conforme se esclarece na Comunicação Consolidada da Comissão, invocada pela AdC, o contrato conduza *"a um controlo da gestão e dos recursos de outra empresa, análogo ao obtido pela aquisição de ações ou de elementos do ativo. Para além de preverem a transferência do controlo sobre a gestão e dos recursos, os contratos em questão devem caracterizar-se por uma duração bastante longa (excluindo geralmente a possibilidade de denúncia antecipada pela parte que concede os direitos contratuais). Só esses contratos podem contribuir para uma mudança estrutural no mercado"*²⁴.
160. Resulta, assim, das normas transcritas que o controlo pode ter por objeto, entre o mais, a aquisição de direitos que confiram uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa, podendo essa aquisição de direitos assumir qualquer expressão. Por conseguinte, as operações de concentração abrangidas pelas normas referidas não são apenas operações de reorganização societária. Também não existe nenhum elenco fechado de operações típicas. Adicionalmente, a qualificação de uma operação de concentração para os efeitos indicados não está dependente da prática decisória da AdC.
161. Consequentemente, no plano dos elementos objetivos da infração, é improcedente o argumento da Recorrente, para afastar a prática da infração, no sentido de que a "operação em causa revestiu-se de contornos muito especiais e atípicos que a afastam da configuração normal das operações de reorganização societária que constituem concentrações de empresas, tanto assim que em pelo menos 1082 processos de concentração até agora decididos pela AdC, nenhum incidiu sobre a substituição da sociedade gestora de um fundo de investimento, o que permite concluir pela necessária

²⁴ Cf. §18.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

atipicidade da operação realizada e consequente absolvição da Visada da prática da contraordenação por que vem condenada em sede de Decisão recorrida”.

162. Vejamos o que resulta da transposição dos parâmetros expostos para o caso concreto.
163. Não é objeto de controvérsia *in casu* a qualificação dos intervenientes na operação em causa como empresas, pois é evidente que o conceito se mostra preenchido, uma vez que, tal como a AdC refere, a “Fidelidade SGOIC e os Fundos Saudeinveste e IMOFID exercem uma atividade económica, através da qual colocam serviços e bens no mercado”.
164. Quanto à qualificação da operação objeto dos autos como uma operação de concentração não há razões para duvidar de que estejamos perante uma operação de concentração e para o efeito basta que se tenha presente o regime legal a que estão sujeitos os fundos de investimento imobiliário fechado. A lei aplicável é o Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo, aprovado pela Lei n.º 16/2015, de 24.02. Nos termos deste diploma, à luz da redação em vigor à data da realização da operação de concentração e atualmente, os fundos de investimento imobiliário fechado eram e continuam a ser organismos de investimento coletivo, especificamente organismos de investimento imobiliário, cujo património é representado por partes de conteúdo idêntico que asseguram aos seus titulares direitos iguais, sem valor nominal, que se designam unidades de participação (cf. artigo 7.º, n.º 1), cujos titulares são os participantes (cf. artigo 9.º, n.º 1).
165. Aos participantes apenas é admitido, em Assembleia, deliberar favoravelmente sobre a alteração significativa da política de investimento, da política de distribuição de rendimentos e do prazo de cálculo ou divulgação do valor das unidades de participação, nos termos definidos em regulamento



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

da CMVM (cf. artigo 61.º, n.º 1, alínea b)). Para além desta competência, a assembleia de participantes não é competente para se pronunciar sobre decisões concretas de investimento ou aprovar orientações ou recomendações sobre esta matéria (cf. artigo 61.º, n.º 2). Tais decisões são da responsabilidade de uma sociedade gestora, que age de modo independente e no exclusivo interesse dos participantes (cf. artigo 15.º), estando sujeita a determinadas regras de conduta (artigo 72.º-A).

166. Em coerência com o exposto, nos termos do artigo 9.º, n.º 4, do diploma, a subscrição das unidades de participação confere à entidade responsável pela gestão os poderes necessários para realizar os atos relativos à sua administração, que incluem, em termos mais concretos e entre o mais, as seguintes competências: gerir o investimento, praticando os atos e operações necessários à boa concretização da política de investimento, em especial a gestão do património, incluindo a seleção, aquisição e alienação dos ativos, cumprindo as formalidades necessárias para a sua válida e regular transmissão e o exercício dos direitos relacionados com os mesmos (cf. artigo 66.º, n.º 1, alínea a), i)); e, nos termos do artigo 66.º, n.º 2, (em conjugação com o artigo 2.º, n.º 1, alínea aa), ii), 2.º), administrar imóveis, gerir instalações e prestar outros serviços relacionados com a gestão do fundo e ativos.
167. Do regime exposto resulta, sem qualquer dúvida, que é a sociedade gestora quem controla os ativos do fundo, competindo-lhe todas as decisões estratégicas relacionadas com a sua gestão e administração, com exceção da matéria *supra* referida.
168. E isto não é uma originalidade nossa. Na verdade, conforme a AdC assinala, também a “Comunicação Consolidada da Comissão Europeia em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

relativo ao controlo de concentrações de empresas"²⁵ ("Comunicação Consolidada da Comissão"), na análise de operações de concentração envolvendo fundos, refere que "[o]s fundos de investimento são frequentemente criados juridicamente como sociedades em comandita simples, **nas quais os investidores – detentores das unidades de participação – participam como comanditários e normalmente não exercem o controlo nem individual nem coletivamente.** Os fundos de investimento adquirem habitualmente as ações e os direitos de voto que conferem controlo sobre as sociedades incluídas nas suas carteiras. Em função das circunstâncias, o controlo é normalmente exercido pela empresa de investimento que criou o fundo, uma vez que este é, por natureza, um mero instrumento de investimento"²⁶ (realce aditado).

169. Para além de todo o exposto, importa ainda ter presente que a subscrição das unidades de participação também implica a aceitação do disposto nos documentos constitutivos do organismo de investimento coletivo, por força do citado artigo 9.º, n.º 4. Um desses documentos é o regulamento de gestão, que, entre o mais, define de forma clara os direitos e obrigações dos participantes, da entidade gestora e do depositário e a política de investimentos (cf. artigo 159.º, n.º 1).
170. No caso, o regulamento de gestão do fundo Saudeinveste estipulava que competia, em especial, à entidade responsável pela gestão dos respetivos Fundos Saudeinveste e IMOFID:
- (i) "*Selecionar os valores que devem integrar o património do Fundo, nomeadamente quanto às aplicações em instrumentos financeiros autorizados e no mercado de bens imóveis, de acordo com os condicionalismos legais e do presente Regulamento*";

²⁵ JO C 95, 16.4.2008.

²⁶ *Idem Ibid* §15.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- (ii) "*Celebrar os negócios jurídicos e realizar todas as operações necessárias à execução da política de investimentos e exercer os direitos, direta e indiretamente relacionados com os valores do Fundo*";
- (iii) "*Tomar as decisões necessárias no âmbito da política de distribuição de resultados do Fundo e efetuar as operações adequadas à respetiva execução*"; e
- (iv) "*Controlar e supervisionar as atividades inerentes à gestão dos ativos do Fundo, nomeadamente o desenvolvimento dos projetos de reabilitação, de promoção imobiliária ou outros, nas suas respetivas fases*".²⁷

171. Assim, quer por força do regime legal aplicável, quer concomitantemente em virtude do regulamento do Fundo Saudeinveste a Visada, ao tornar-se sociedade gestora deste Fundo, adquiriu o controlo sobre os seus ativos, que incluem os imóveis onde funcionam as unidades hospitalares e clínicas, identificadas nos factos provados. E adquiriu esse controlo de forma duradoura, porque a assunção de tais funções não está sujeita a qualquer prazo.
172. Por conseguinte, mostra-se preenchido este primeiro elemento.
173. Quanto à **sujeição dessa operação a notificação prévia**, estipula o artigo 37.º, n.º 1, alínea c), da LdC que as operações de concentração de empresas estão sujeitas a notificação prévia quando o conjunto das empresas que participam na concentração tenha realizado em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior a 100 milhões de euros, líquidos dos impostos com este diretamente relacionados, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por pelo menos duas dessas empresas seja superior a cinco milhões de euros.
174. Nos termos do artigo 39.º, n.º 1, para o cálculo do volume de negócios de cada empresa em causa na concentração, ter-se-á em conta,

²⁷ Cf. fls. 100.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

cumulativamente, o volume de negócios: a) da empresa em causa na concentração; b) da empresa em que esta dispõe direta ou indiretamente de uma participação maioritária no capital, de mais de metade dos votos, da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização, do poder de gerir os respetivos negócios; c) das empresas que dispõem na empresa em causa, isoladamente ou em conjunto, dos direitos ou poderes enumerados no ponto precedente; d) das empresas nas quais qualquer das empresas referidas na alínea precedente disponha dos direitos ou poderes enumerados na alínea b); e) das empresas em que várias empresas referidas nas alíneas a) a d) dispõem em conjunto, entre elas ou com empresas terceiras, dos direitos ou poderes enumerados na alínea b).

175. Considerando estes parâmetros e o facto do Grupo Fidelidade, do qual faz parte a Visada, ter realizado, no ano de referência (ano de 2018), um volume de negócios de €1570,3 milhões e o Fundo Saudeinveste realizado, respetivamente, um volume de negócios de cerca de €11,33 e de € 0,35 milhões conclui-se pela verificação do disposto no artigo 37.º, n.º 1, alínea c), da LdC, pelo que este segundo elemento também se mostra preenchido.
176. No que respeita **à realização da operação antes da notificação prévia ou, tendo-o sido, antes de decisão da Autoridade da Concorrência expressa ou tácita, de não oposição**, constata-se que a lei prevê duas modalidades de conduta.
177. O caso não gera qualquer dissenso entre a Recorrente e a AdC quanto à verificação da primeira modalidade, que se extrai do mero confronto dos factos provados com o enunciado legal. Efetivamente, ficou demonstrado que a Visada, na sequência da deliberação de 10 de julho de 2018 e da aceitação de 12 de julho de 2018, começou a exercer as suas funções de sociedade



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pq. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

gestora dos Fundos em 01 de outubro de 2018, após a necessária autorização por parte da CMVM. Ora, a notificação prévia da operação aconteceu em 21.02.2019. Por conseguinte, é efetivamente indubitável que a operação se realizou antes da notificação prévia.

178. Contudo, a exata configuração da responsabilidade da Recorrente não se basta com a conclusão precedente. Os contornos do caso e as alegações da Visada obrigam à resolução das seguintes questões adicionais: saber se a conduta da Recorrente também se subsume à segunda modalidade referida; aferir se há uma só infração ou duas infrações, em concurso efetivo; e determinar a duração da ou das infrações.
179. Sobre os pontos referidos, considera a Recorrente que “o ilícito contraordenacional p. e p. pelo artigo 68.º, n.º 1, alínea f), da LdC se deve considerar consumado no momento em que ocorre uma determinada operação de concentração (sujeita a notificação prévia da AdC), sem que a AdC tenha sido previamente notificada dessa operação”, porque “apenas se encontra na disponibilidade de qualquer empresa proceder à notificação à AdC de uma potencial operação de concentração sujeita a notificação prévia, ao passo que a decisão de não oposição, se e quando vier a ser proferida pela AdC, é da exclusiva competência e responsabilidade desta Autoridade, não podendo vincular a empresa notificante”.
180. Mais acrescenta que a “própria Decisão faz recuar o momento inicial da prática do ilícito a 01.10.2018, quando produziu efeitos a deliberação da Assembleia de Participantes de substituição da entidade gestora dos Fundos. Por isso, qualquer putativo estado latente de antijuridicidade que tivesse resultado da ausência de notificação prévia da operação cessou em 21.02.2019, quando, voluntariamente, a Visada notificou a operação à Autoridade e suspendeu o controlo sobre os Fundos, momento que corresponderá à data limite para efeitos de consideração da consumação da alegada infração — independentemente de quaisquer putativos efeitos decorrentes da prática do alegado ilícito”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

181. Defende ainda que “mesmo antes de 21.02.2019, e seguramente depois dessa data, a Visada apenas praticou atos de gestão corrente e ordinária, suspendendo, em definitivo, o controlo que, na qualidade de gestora dos fundos, lhe caberia quanto aos imóveis detidos por estes — de que é exemplo a informação remetida pela Visada à AdC, em 19.06.2019, perguntando se determinada autorização solicitada pelo grupo Lusiadas para realização de obras de ampliação do edifício do Hospital Lusiadas Lisboa ainda seria ato de gestão corrente (além de outros exemplos que resultam dos Documentos n.º 12, n.º 13 e n.º 14 juntos à Pronúncia à Nota de Ilícitude). Tudo o que sucedeu posteriormente a 21.02.2019 — data em que a Visada, enquanto agente da prática do alegado facto, interrompeu o estado de antijuridicidade a que teria dado origem, cumprindo a obrigação inicialmente omitida — corresponde à normal tramitação do procedimento de controlo de concentrações, que é da exclusiva competência e responsabilidade da AdC e que nunca poderá ser imputado à Visada”.
182. Considera a Recorrente que “esta é a única solução compatível com a letra do artigo 40.º, n.º 4, da LdC, que reconhece que o sancionamento contraordenacional pelo ilícito do artigo 68.º, n.º 1, alínea f), do mesmo diploma não está dependente do período subsequente à retificação ou sanção da situação de facto que espoletou a prática do alegado ilícito, até que seja proferida decisão de não oposição da AdC à operação”.
183. Por fim, salienta que “a desistência da Visada da operação em causa em nada se deveu a preocupações ou riscos jusconcorrenciais, mas apenas e tão só ao facto de a intransigência da AdC ter implicado um aumento exponencial dos encargos regulatórios associados à concretização da mudança pretendida”.
184. **Por sua vez, defende a AdC, nas suas alegações**, que no “n.º 1 do artigo 68.º da Lei da Concorrência estão em causa duas circunstâncias diversas: por um lado, a realização da operação de concentração antes de sobre ela a AdC ter proferido decisão de não oposição (e tal pode ocorrer em momento anterior ou posterior à notificação prévia); por outro lado, a realização de operação de concentração proibida por decisão da AdC” e que a “realização de



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pq. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

uma operação de concentração antes de notificação prévia e de decisão de não oposição da AdC, é de tal forma importante para o modelo jus-concorrencial nacional, que o legislador a equipara, tratando no mesmo preceito legal, à realização de uma operação de concentração em desrespeito por uma decisão que proíba a concentração”.

185. Acrescenta que “o sistema português, ao contrário do Direito da União Europeia aplicado ao controlo de concentrações (“Regulamento das Concentrações”), não individualiza em preceitos distintos, a omissão de notificação, da realização da operação de concentração antes da decisão de não oposição da AdC. Já, o Regulamento das Concentrações individualiza a infração relativa à falta de notificação da operação de concentração e a infração relativa à realização de uma operação de concentração. Não existindo na atual lei portuguesa uma distinção das infrações, tal como ocorria na lei anterior (Lei n.º 18/2003) e, tal como referido, no Regulamento das Concentrações da UE, entendeu a AdC que o legislador pretendeu na atual lei englobar como uma única infração, quer a não notificação da operação de concentração, que implica sempre a realização de uma operação de concentração antes da decisão de não oposição, quer a realização de uma operação de concentração notificada mas sobre a qual ainda não foi proferida uma decisão de não oposição por parte da AdC. Daí que a AdC a tenha qualificado como uma infração única, permanente. Sucede que, no recente acórdão do processo Altice de 22 de setembro de 2021^[4], posterior à decisão de condenação da AdC, o Tribunal Geral distinguiu, pela primeira vez, estas duas infrações. Ainda que a AdC não tenha esse entendimento, ficará ao critério do Tribunal aferir se existe duas infrações in casu: a infração relativa à não notificação da operação de concentração qualificada como infração instantânea; e a não realização da operação de concentração qualificada como permanente, circunstância que, contudo, não impactará na ponderação da duração da infração”.
186. Salaria ainda que “relativamente a este tema da duração o Tribunal Geral, no mesmo acórdão, esclarece qual a duração das infrações, estabelecendo que a infração relativa ao n.º 1 do artigo 7.º (equivalente ao n.º 1 do artigo 40.º da Lei da Concorrência), dura desde a data

^[4] Acórdão do Tribunal Geral da UE de 22 de setembro de 2021, no processo T-425/18 - Altice, ECLI:EU:T:2021:607.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

da assinatura do contrato até à data da decisão de aprovação da Comissão. Com base neste acórdão, a infração da não realização de uma operação antes de uma decisão de não oposição da AdC prevista no artigo 40.º (artigo equivalente ao n.º 1 do artigo 7.º do Regulamento das Concentrações), não cessa com a notificação ou com a suspensão do controlo, mas antes com a decisão de não oposição, ao contrário do que alega a Recorrente".

187. Em face do exposto, conclui a AdC que "a Fidelidade SGOIC iniciou a infração em 01.10.2018 e que a mesma apenas cessou em 28.05.2020, data em que a gestão do Fundo passou para a Fundger. O que significa que é entendimento da AdC, que estamos perante uma infração permanente com início a 01.10.2018 e fim a 28.05.2020, tendo uma duração de 1 ano e 7 meses. Independentemente do iter lógico percorrido – se uma, se duas infrações – a duração do comportamento ilícito é invariavelmente o mesmo: 1 ano e 7 meses, conclusão que deverá ser confirmada por este Tribunal atenta a factualidade em apreço".
188. **Vejamos.**
189. Começando pela **primeira questão identificada – que consiste em saber se a conduta da Recorrente também se subsume à segunda modalidade referida** – constata-se que o artigo 40.º, n.º 1, da LdC consagra um dever de suspensão da concentração. Nos termos da norma este dever não cessa com a notificação prévia. O preceito é claro no sentido de que mesmo após a notificação mantém-se a proibição da realização da operação. Ora, este dever de suspensão subsequente à notificação prévia, consubstanciado na proibição da realização da operação, não é equivalente à suspensão dos direitos de voto prevista no artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC, que obriga a pessoa singular ou coletiva que adquiriu o controlo a não praticar atos que não se reconduzam à gestão normal da sociedade e a não alienar participações ou partes do ativo social da empresa adquirida após a notificação da operação e antes da decisão da AdC.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

190. Não há equivalência entre as duas situações, no essencial, pelas razões expostas pela AdC na sua resposta e que consistem no seguinte: "Também a suspensão do controlo obrigatória nos termos da alínea a) do n.º 4 do artigo 40.º, não significa que a empresa infratora tenha deixado de adquirir o controlo, simplesmente fica impedida pela Lei da Concorrência de o exercer. Mas em teoria, se o quiser exercer, poderia e teria a possibilidade (legal ou de facto) de o exercer em violação deste artigo".
191. É justamente disso que se trata. E para se perceber melhor este argumento é necessário ter presente que aquilo que está em causa, no dever de suspensão da concentração, não é a celebração da operação, no sentido de ser alcançado o acordo, mas a sua realização. É assim porque, nos termos do artigo 37.º, n.º 2, da LdC, as operações de concentração abrangidas devem ser notificadas à Autoridade da Concorrência após a conclusão do acordo e antes de realizadas. Ora, a realização da operação pressupõe que foram praticados todos os atos necessários para tornar possível, de direito e/ou de facto, o exercício do controlo, sendo certo que, conforme referido, basta a possibilidade de exercício do controlo, não sendo necessário o seu exercício efetivo. Por conseguinte, uma situação em que a operação já tenha sido acordada mas não realizada não é equivalente a uma operação que tenha sido realizada mas cujos direitos da empresa que adquiriu o controlo estão suspensos por força do citado artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC. Efetivamente, naquele primeiro caso, a empresa que pretende adquirir o controlo está num plano mais distanciado da possibilidade, de direito ou de facto, de o poder fazer, porque não está impedida apenas por uma obrigação de suspensão prevista na LdC, mas pela ausência de todas as demais condições necessárias.
192. Não havendo equivalência entre as duas situações não há razões para interpretações restritivas da lei, designadamente dos artigos 40.º, n.º 1, e 68.º, n.º 1, alínea f), ambos da LdC, no sentido de considerar que a segunda



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

modalidade de conduta, consubstanciada na proibição de realização da operação após a notificação prévia e antes da decisão da AdC, se aplica apenas – conforme defende a Recorrente – às “situações hipotéticas em que tenha lugar uma notificação prévia da operação à AdC, mas em que a própria operação de concentração consuma-se, ainda antes de a AdC se pronunciar sobre a mesma”. A Visada não o refere expressamente, mas nas entrelinhas desta alegação e em linha com todos os demais fundamentos da sua tese está o entendimento de que aquela segunda modalidade da conduta pressupõe que o momento de realização da operação de concentração seja posterior à notificação prévia. Ora, esta leitura das normas conduz, conforme referido, a uma interpretação restritiva da lei, pois o seu texto, a sua teleologia e a sua articulação sistemática com outras normas do diploma levam ao entendimento de que a segunda modalidade de conduta inclui as operações de concentração realizadas antes da notificação prévia, mas que se mantêm após este momento.

193. Assim, quanto à letra da lei, o artigo 40.º, n.º 1, da LdC, em nenhuma parte estipula que o dever de suspensão aí previsto após a notificação prévia apenas se aplica às operações cuja realização seja posterior àquele ato. Também o artigo 68.º, n.º 1, alínea f), da LdC, não contém essa limitação. Antes pelo contrário, pois ao punir “*a realização de operação de concentração de empresas antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição*” torna equivalentes todas as hipóteses referidas, ou seja, é indiferente para a previsão normativa transcrita que a realização da operação seja anterior ou posterior à notificação prévia.
194. Tal equivalência, em conjugação com o artigo 40.º, n.º 1, da LdC, que prevê o dever de suspensão quer antes, quer depois da notificação prévia, demonstram que o objetivo do legislador foi punir a realização de operações de concentração sujeitas a notificação prévia desde o momento da sua



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

realização – seja anterior ou posterior à notificação prévia – até à decisão da AdC, sem hiatos. O que não poderia deixar de ser se se considerar que o legislador consagrou as soluções mais acertadas (cf. artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil – CC). Efetivamente, que razão poderia existir e justificar que se punisse uma operação de concentração realizada antes da notificação prévia apenas até este momento? E punir, concomitantemente, operações de concentração realizadas após a notificação prévia e antes da decisão da AdC? Nenhuma, se se considerar a questão num plano dominado por parâmetros de racionalidade, pois, contrariamente àquilo que a Recorrente alega, a situação em que há realização da operação após a notificação prévia e antes da decisão da AdC não é substancialmente distinta, do ponto de vista dos interesses que se pretendem salvaguardar através do procedimento de controlo, da situação em que a operação de concentração se realizou antes da notificação prévia e se manteve após a mesma.

195. E não se invoque novamente o dever de suspensão previsto no artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC. Este argumento não colhe não só pelas razões já referidas, sustentadas na teleologia do dever previsto no artigo 40.º, n.º 1, da LdC e do dever consagrado no citado artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC, mas por outras razões igualmente decisivas, já não de natureza teleológica, mas sistemática.
196. Assim, a primeira razão consiste no seguinte: se o dever previsto no artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC anulasse o dever de suspensão consagrado no artigo 40.º, n.º 1, da LdC, então a segunda modalidade de conduta prevista nesta norma poderia nunca se verificar, pois assim que a operação se realizasse a empresa adquirente do controlo podia invocar a suspensão dos direitos de voto.
197. Em segundo lugar, o 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC não é uma norma permissiva



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

ou de autorização, ou seja, o preceito não autoriza a manutenção da realização da operação de concentração desde que cumpridas as obrigações aí previstas. É tanto é assim que o artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC, conforme a AdC salienta, ressalva a verificação da infração ao estipular, logo no início do preceito, "*sem prejuízo da sanção prevista na alínea f) do n.º 1 do artigo 68.º*". Para além desta ressalva, a norma refere ainda "*após a notificação de uma operação de concentração realizada em infração ao n.º 1*", ou seja, o próprio preceito classifica na sua previsão normativa as situações às quais se aplica como uma "*infração ao n.º 1*".

198. São também estes segmentos do artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC que impedem que se invoque como argumento que não pode ser sancionado quem atua em conformidade com a lei e que a empresa que age nos termos do preceito indicado está a proceder dessa forma. Este argumento não procede porque, conforme referido o artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC, não é uma norma de autorização ou que confira direitos. É uma norma que impõe uma obrigação. Obrigação essa que, em virtude de menção expressa do legislador, não anula a proibição consagrada no artigo 40.º, n.º 1, da LdC e a responsabilidade contraordenacional respetiva. Consequentemente, não tem razão a Recorrente quando afirma que após a notificação da operação de concentração nada mais podia fazer a não ser atuar em conformidade com o artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC. Na verdade, a Visada podia praticar os atos necessários para cessar, extinguir ou reverter a operação de concentração em causa. Só assim cessaria a violação em curso do disposto no artigo 40.º, n.º 1, da LdC.
199. Assim, respondendo diretamente à primeira questão identificada que consiste em saber se a conduta da Recorrente também se subsume à segunda modalidade referida, a resposta é afirmativa, pois a realização da operação de concentração manteve-se após a notificação prévia, uma vez que a Visada



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

continuou a ser a sociedade gestora dos Fundos, nas mesmas condições em que estava em 01.10.2018. Apenas praticou atos de gestão corrente, o que não é equivalente, conforme referido, ao cumprimento do dever de não realização da operação.

200. Passemos para a segunda questão: **aferrir se há uma só infração ou duas infrações, em concurso efetivo**. No direito europeu da concorrência, a resposta seria afirmativa, conforme esclarece a AdC. Vejamos porquê.
201. A matéria das operações de concentração está prevista no Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (doravante "Regulamento das concentrações comunitárias"). O diploma prevê no artigo 4.º, n.º 1, o dever de notificação prévia em moldes similares ao nosso artigo 37.º, n.º 2, da LdC. Por sua vez, o artigo 7.º, n.º 1, foca-se na suspensão da concentração, estipulando que uma concentração de dimensão comunitária não pode ter lugar nem antes de ser notificada nem antes de ter sido declarada compatível com o mercado comum por uma decisão tomada nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º, ou dos n.ºs 1 ou 2 do artigo 8.º, ou com base na presunção prevista no n.º 6 do artigo 10.º.
202. Quer a omissão do dever de notificação, quer a violação do referido dever de suspensão podem ser punidas com coimas pela Comissão, verificando-se que o regulamento distingue em duas alíneas diferentes do artigo 14.º, n.º 2, as hipóteses referidas. Assim, na alínea a) pune-se a omissão do dever de notificação e na alínea b) do mesmo preceito pune-se a realização da operação sem respeitar o artigo 7.º.
203. Com base nestas normas, o TJ entendeu, no Acórdão proferido em 04 de março de 2020, no processo C-10/18 P, Mowi ASA (anteriormente Marine



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Harvest ASA) contra a Comissão, e em sentido confirmativo do entendimento assumido pelo TG no Acórdão proferido em 26 de outubro de 2017, no mesmo caso (processo T-704/14) que a violação dos dois deveres consubstancia duas infrações distintas. Dito pelo Tribunal: "*o artigo 4.º, n.º 1, do referido regulamento prevê uma obrigação de agir, que consiste na obrigação de notificar uma concentração antes da sua realização e, por outro, o artigo 7.º, n.º 1, do mesmo regulamento prevê uma obrigação de não fazer, ou seja, de não realizar essa concentração antes da sua notificação e da sua autorização*" (§ 104).

204. Este entendimento foi reiterado pelo TG no Acórdão de 22 de setembro de 2021, processo T-425/18, em que eram partes a Altice Europe NV contra a Comissão, aí se exarando que "*o artigo 4.º, n.º 1, alínea b), e o artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do regulamento prosseguem objetivos autónomos no âmbito do sistema de «balcão único», referido no considerando 8 desse regulamento, e que essa primeira disposição prevê uma obrigação de fazer, que é instantânea, enquanto a segunda prevê uma obrigação de não fazer, que é continuada*" (§ 264).
205. Sucede que não existe total equivalência entre os regimes que possa colher, quanto a esta questão, contributos sustentados no paralelismo de previsões normativas similares.
206. Efetivamente, tal como salienta a AdC e decorre da breve referência acima exarada às normas pertinentes do Regulamento das concentrações comunitárias este diploma sanciona em duas normas distintas a omissão do dever de notificação e a violação do dever de suspensão – alíneas a) e b), do n.º 2, do artigo 14.º, do Regulamento. Ora, é em certa medida nesta previsão diferenciada do regime punitivo aplicável às duas condutas que se sustenta o entendimento da jurisprudência citada. Efetivamente, no Acórdão proferido



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

em 04 de março de 2020, no processo C-10/18 P, Mowi ASA, o Tribunal esclareceu que o entendimento de que existira uma única infração "*equivaleria a privar de qualquer efeito útil o artigo 14.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 139/2004*" (§ 110).

207. No nosso caso, o artigo 69.º, n.º 1, alínea f), da LdC, não faz qualquer distinção, resultando da norma, tal como já referido, uma equivalência entre as duas condutas. Mais do que isso: uma continuidade e unicidade reconduzidas à fórmula "*realização de uma operação de concentração de empresas antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição, em violação dos artigos 37.º e 38.º, do n.º 1 e da alínea a) do n.º 4 do artigo 40.º*".
208. É verdade que o artigo 40.º, n.º 1, da LdC, faz referência às duas modalidades de conduta identificadas. Contudo, fá-lo com um propósito clarificador, sem significar que havendo cumulação estejam presentes dois sentidos de ilicitude distintos. E não estão porque o artigo 69.º, n.º 1, alínea f), da LdC, conforme referido, unifica as condutas.
209. É certo que, tal com o TJ salienta no Acórdão supra indicado, é diferente a situação da empresa que "*cumpra a obrigação de notificação, mas não cumpra a obrigação de suspensão e, por outro, aquela em que esta empresa não cumpra estas duas obrigações*" (§ 109). Contudo, esta diferença deve ter o necessário reflexo e consequências na sanção aplicável.
210. Assim, respondendo à segunda questão: a resposta é negativa, existindo uma única infração.
211. Por fim, analisemos a **terceira questão - determinar a duração da ou das infrações**.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

212. Tal como a AdC esclarece o direito europeu da concorrência também problematizou esta questão. Assim, no citado Acórdão o TJ confirmou o entendimento do TG no sentido de que a *"violação do artigo 4.o, n.o 1, do Regulamento n.o 139/2004, que constitui uma infração instantânea, e a violação do artigo 7.o, n.o 1, do mesmo regulamento, que é uma infração contínua"* (§ 115). No mesmo sentido se pronunciou o TG no Acórdão Altice *versus* Comissão – cf. § 264.
213. Por sua vez, o TG, no Acórdão Mowí ASA, afirmou que a infração contínua *"tem o seu ponto de partida no preciso momento em que é cometida a infração ao artigo 4.o, n.o 1, do Regulamento n.o 139/2004"* (§ 352), ou seja, com a realização da operação, e que *"dura enquanto a operação não for declarada compatível com o mercado interno pela Comissão"* (§ 304)".
214. No Acórdão de 12 de dezembro de 2012, Electrabel/Comissão, T-332/09, o TG desenvolveu os fundamentos deste entendimento explicitando o seguinte: *"a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a atividade da empresa controlada prolonga-se necessariamente no tempo, entre a data de aquisição do controlo e o fim deste. Como a Comissão alegou corretamente, em resposta a uma questão escrita do Tribunal na qual este lhe pedia que precisasse a sua argumentação relativa ao caráter continuado da infração, a entidade que adquiriu o controlo da empresa, continua a exercê-lo em violação da obrigação de suspensão que decorre do artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 4064/89, até ao momento em que lhe põe termo, obtendo autorização da Comissão ou deixando de exercer esse controlo. Assim, a infração persiste enquanto se mantiver o controlo adquirido em violação do referido artigo 7.º, n.º 1, e enquanto a concentração não tiver sido autorizada pela Comissão. Foi, portanto, com razão, que a Comissão qualificou a infração como tendo um caráter continuado até à data da autorização da concentração ou, eventualmente, até uma data anterior tomada em*



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

consideração atendendo às circunstâncias do caso concreto.” (§ 212).

215. Resulta, assim, da jurisprudência do TJUE que a violação do disposto no artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento, é uma infração contínua que tem início com a aquisição de controlo (após a consumação da infração instantânea decorrente da violação do artigo 4.º, n.º 1) e fim com a perda desse controlo, o que pode não coincidir com a decisão da Comissão. Conforme a AdC acrescenta o entendimento exposto é também aquele tem sido adotado pela Comissão Europeia, sendo exemplos disso as decisões que indica, designadamente a Decisão da Comissão Europeia no processo Altice e a Decisão da Comissão no processo Canon[.
216. Entre nós, os conceitos existentes para caracterizar ilícitos que se protelam no tempo não parecem ser inteiramente coincidentes com o referido conceito de “infração contínua” uma vez que não conduzem ao mesmo resultado. Assim, em contraposição aos ilícitos instantâneos, cuja consumação se esgota num único ato, a lei faz expressa menção aos ilícitos permanentes, aos ilícitos continuados e aos ilícitos habituais. Veja-se o artigo 119.º, n.º 2, alíneas a) e b), do Código Penal.
217. Os ilícitos continuados pressupõem vários ilícitos que são unificados por resultarem de um quadro motivacional externo que é suscetível de diminuir consideravelmente a culpa (cf. artigo 30.º, n.º 2, do CP), pelo que é uma figura que não tem qualquer afinidade com o caso. O mesmo se verifica em relação aos ilícitos habituais, que são aqueles “*cujas consumação se protraí no tempo (dura) por força da prática de uma multiplicidade de atos reiterados*” – cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11.10.2017, processo n.º

¹⁵¹ Decisão da Comissão Europeia de 27 Junho de 2019 Processo M.8179 – Canon / Toshiba Medical Systems Corporation, disponível em https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8179_759_3.pdf. Este processo foi recorrido para Tribunal.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

840/11.5JACBR-B.C1. *In casu*, não estão em causa atos reiterados, mas um ato – a realização de uma operação antes da notificação prévia e antes da decisão da AdC – que se prolongou no tempo.

218. Assim, a única figura suscetível de ter aplicação no caso concreto é a dos ilícitos permanentes. Face à remissão do artigo 32.º, do RGCO, para o Código Penal, valem no direito das contraordenações os entendimentos que têm sido sustentados pela doutrina e pela jurisprudência a propósito do conceito de crime permanente. Vejamos quais são.
219. Para CAVALEIRO FERREIRA a *"execução dos crimes permanentes toma necessariamente uma dupla feição; é uma acção seguida de uma omissão «contínua». A acção agride o bem jurídico e a omissão ofende o dever de pôr termo à situação criada*²⁸*".* Esclarece o mesmo autor que a dicotomia crimes instantâneos e crimes permanentes está relacionada com o tipo de bem jurídico em causa. Assim, *"há bens jurídicos que, pela sua natureza, só são susceptíveis de ofensa mediante a sua destruição forçosamente produzida no momento em que a acção afecta o próprio bem jurídico" e há "bens jurídicos, porém, de natureza imaterial que não podem ser destruídos, e são apenas susceptíveis de compressão, como a honra ou a liberdade, e estes são ofendidos enquanto se mantiver em execução a actividade lesiva"*²⁹.
220. EDUARDO CORREIA seguia um entendimento próximo ao de CAVALEIRO FERREIRA, esclarecendo que na *"estrutura dos crimes permanentes distinguem-se duas fases : uma, que se analisa na produção de um estado antijurídico, que não tem aliás nada de característico em relação a qualquer outro crime; outra, e esta propriamente típica, que corresponde à permanência, ou, vistas as coisas de outro lado, à manutenção desse evento, e que, para alguns autores,*

²⁸ *In Direito Penal Português, Parte Geral, I, Verbo*, 1981, p. 247.

²⁹ *Idem*, p. 247



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pq. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

*consiste no não cumprimento do comando que impõe a remoção, pelo agente, dessa compressão de bens ou interesses jurídicos em que a lesão produzida pela primeira conduta se traduz*³⁰.

221. Por sua vez, FIGUEIREDO DIAS, numa versão mais simplificada, considera que os crimes permanentes (que, com maior correção, deviam ser designados por duradouros) são aqueles cuja consumação se prolonga no tempo por vontade do autor, ou seja, *"se um estado antijurídico típico tiver uma certa duração e se protrair no tempo enquanto tal vontade do agente, que tem a faculdade de pôr termo a esse estado de coisas, o crime será duradouro"*³¹, o crime será permanente.
222. No mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE³² afirma que: *"no crime permanente o agente cria uma situação antijurídica cuja manutenção depende da sua vontade"*.
223. A doutrina precedente permite que se conclua que o crime permanente caracteriza-se, no essencial, por dois elementos: o primeiro consiste na protelação no tempo do estado antijurídico típico; e o segundo radica no facto desse estado antijurídico depender da vontade do agente. Ainda que com formulações e enquadramentos conceptuais diferentes estes dois elementos estão presentes em todas as posições doutrinárias expostas.
224. Cremos que a jurisprudência, pelo menos, maioritária tem seguido a doutrina exposta, sendo exemplos disso os seguintes arestos: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21.03.2018, processo n.º 659/99.0TAOER-A.L1-3;

³⁰ *In Direito Criminal I*, Almedina, 1963, p. 310.

³¹ Ob. cit., p. 314, § 54.

³² *Comentário do Código Penal*, 3.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Novembro de 2015, nota 22, pág. 115,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.07.2014, processo n.º 141/09.9POLSB-BE.L1-5 (citado pela Recorrente); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 04.06.2008, processo n.º 2631/07.9TBPBL (citado pela Recorrente); e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28.07.1987, processo n.º 039060³³.

225. Do exposto, resulta que a vontade do agente na manutenção do estado antijurídico típico é, tal como a Recorrente defende, um elemento essencial para a determinação da duração de um ilícito permanente. Pese embora a aplicação ao caso desse elemento não tenha o alcance e os efeitos que a mesma pretende, a verdade é que é esse elemento que parece distanciar a nossa figura do ilícito permanente da infração contínua pressuposta pela jurisprudência da União Europeia, pois a cessação da infração, para o TG, está dependente do facto objetivo da cessação do controlo.
226. Não há razões para divergir do entendimento que tem sido adotado pela nossa doutrina e jurisprudência, pois o direito europeu em matéria de controlo de concentrações apenas se aplica às concentrações de dimensão comunitária (cf. artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004). É verdade que o Tribunal de Justiça se tem declarado *"reiteradamente competente para decidir dos pedidos prejudiciais respeitantes a disposições do direito da União em situações nas quais os factos no processo principal saíam do âmbito de aplicação direto do direito da União, mas nas quais as referidas disposições tinham passado a ser aplicáveis por força da legislação nacional, a qual era conforme, nas soluções dadas a situações puramente internas, às soluções do direito da União"*, porque *"em tais casos, existe um interesse certo da União em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou os conceitos retomados do direito da União sejam objeto de*

³³ Todos in www.dgsi.pt.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

interpretação uniforme, quaisquer que sejam as condições em que devam ser aplicados (Acórdão de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e o. C-32/11, n.º 20 e jurisprudência referida) – Acórdão do TJ de 31.05.2018, processo C-633/16, Ernst & Young P/S contra Konkurrencerådets, § 30.º. Contudo, o pressuposto deste entendimento jurisprudencial não se verifica no caso, uma vez que em matéria de sancionamento o Regulamento n.º 139/2004 contém soluções distintas daquelas que foram adotadas pelo legislador nacional, conforme já referido.

227. Definidos os parâmetros pertinentes importa aplicá-los ao caso. E, desde já, esclarecemos que o resultado não será nem a posição defendida pela Recorrente, nem também o entendimento adotado pela AdC. Vejamos porque.
228. Conforme concluímos o ilícito permanente depende da verificação de dois elementos: o protelamento no tempo do estado antijurídico típico; e que esse protelamento se mantenha em virtude da vontade do agente, devido à não adoção do comportamento suscetível de fazer cessar o referido estado antijurídico. Estes dois elementos permitem não só identificar o ilícito permanente como também determinar a sua duração.
229. Quanto ao primeiro elemento resulta da análise precedente que o estado antijurídico típico da infração imputada consiste na realização de uma operação de concentração sem notificação prévia e/ou também – em virtude da unicidade de condutas referida – na manutenção dessa operação realizada enquanto não há decisão de não oposição da AdC. Durante todo esse período de tempo, de forma contínua e sem hiatos, verificam-se todos os elementos objetivos da infração. Por conseguinte, o primeiro requisito estará presente durante todo o período de tempo que durar a realização da operação de concentração sem decisão da AdC de não oposição.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

230. Em concreto, constata-se que a operação de concentração se realizou em 01.10.2018, data na qual a Recorrente adquiriu o controlo e manteve-se até 28.05.2020 data em que o Fundo Saudeinveste deixou a esfera jurídica da Visada e passou para o controlo da Fundger sem que tenha existido qualquer decisão de não oposição da AdC. Assim, durante todo esse período de tempo verificou-se e manteve-se o estado antijurídico típico, pelo que se o ilícito permanente dependesse apenas desse elemento ter-se-ia de acompanhar a AdC no sentido de que a infração durou desde 01.10.2018 até 28.05.2020. Por conseguinte, aquele primeiro requisito mostra-se preenchido, conduzindo a este balizamento temporal.
231. Contudo, conforme explicitado, não basta o referido elemento. Incidindo sobre o segundo requisito verifica-se que aquele estado antijurídico típico manteve-se e perdurou desde a realização da operação de concentração e para além do momento da notificação prévia devido à vontade da Visada em não praticar os atos necessários para fazer cessar a realização da operação de concentração. Mais concretamente e incidindo sobre os pontos assinalados pela Recorrente com impacto na duração da infração, verifica-se que durante o pedido de avaliação prévia o período de tempo que a Recorrente considera imputável à AdC por ter demorado a decidir é da exclusiva responsabilidade da sua vontade em manter a operação de concentração. Quanto ao período pós-notificação prévia, como resulta da análise *supra* efetuada, a Visada, após a efetivação desse procedimento, não estava limitada ao cumprimento do disposto no artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC. Podia praticar os atos necessários para reverter a situação criada, cessando a realização da operação de concentração e impunha-se que assim procedesse por força da proibição de suspensão da realização da operação de concentração consagrada no artigo 40.º, n.º 1, da LdC.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

232. Por conseguinte, o segundo elemento também se mostra preenchido. Contudo, o mesmo não conduz ao período temporal resultante da aplicação do primeiro requisito. Efetivamente, o caso assume contornos particulares, uma vez que o estado antijurídico não cessou com uma decisão de não oposição da AdC. Conforme resulta dos factos provados, a Visada desistiu do procedimento de controlo e, para além disso, deu-se a reversão da situação antijurídica, tendo cessado a realização da operação de concentração por via da substituição da Recorrente.
233. Sucede que esta substituição não ocorreu na sequência de um ato único de vontade por parte da Recorrente. Na verdade, dependeu de um conjunto de atos, alguns da Visada, mas também atos de terceiros. Assim, à Visada competia, enquanto sociedade gestora do Fundo, diligenciar pela realização da assembleia de participantes que tinha competência para a decisão de substituição (cf. artigo 61.º, n.º 1, alínea g), do Regime jurídico dos organismos de investimento coletivo) e pedir autorização à CMVM (cf. artigo 77.º, n.º 1, do Regime jurídico dos organismos de investimento coletivo). Para além disso, no caso também houve um pedido de notificação prévia. O pedido de notificação prévia, nos termos do artigo 44.º, n.º 1, da LdC, deve ser apresentado à Autoridade da Concorrência: a) conjuntamente pelas partes que intervenham numa fusão, na criação de uma empresa comum ou na aquisição de controlo conjunto sobre a totalidade ou parte de uma ou várias empresas; ou b) individualmente, pela parte que adquire o controlo exclusivo da totalidade ou de parte de uma ou várias empresas. Devido a estas normas, a Visada não podia, sozinha, apresentar o pedido. Estava sempre dependente da colaboração da nova sociedade gestora. Assim, o procedimento de reversão da operação de concentração implicava atos dependentes da Visada e atos dependentes dos participantes, da CMVM, da AdC e da nova sociedade gestora.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

234. Considerando que a verificação do ilícito permanente e, consequentemente, a sua duração está dependente daquele segundo elemento – a vontade do agente em não adotar os comportamentos necessários para fazer cessar o estado antijurídico típico – conclui-se que a infração durou até ao último dos atos necessários para a cessação da operação de concentração em causa que estava dependente da Visada e que consistiu no pedido de autorização junto da CMVM apresentado em 09.03.2020 para ser substituída pela Caixa Gestão de Ativos – Sociedade Gestora de Ativos de Investimento, S.A na gestão do Fundo Saudeinveste – alínea gg) dos factos provados.
235. Em consequência, estamos efetivamente perante uma infração permanente, que se iniciou em 01.10.2018, data da realização da operação, e cessou em 09.03.2020.
236. A análise precedente incidiu sobre os elementos objetivos da infração. Se considerarmos os fundamentos de defesa avançados pela Recorrente no recurso de impugnação temos de concluir que tal análise é incompleta. Efetivamente, a Visada parece entender que a verificação da contraordenação está dependente de um quarto elemento objetivo – a **existência de entraves à concorrência** – ou, pelo menos, parece entender que não há infração se se demonstrar a impossibilidade de tais entraves.
237. Neste sentido, alega, em síntese, que a “operação não acarretou qualquer alteração quanto à propriedade dos fundos envolvidos, designadamente do Fundo Saudeinveste, tendo as respetivas unidades de participação continuado a ser integralmente detidas por 4 sociedades do grupo Fidelidade; não houve, assim, qualquer efeito translativo, quer das unidades de participação em que se decompõe o capital dos fundos quer dos imóveis detidos por estes. Todos os imóveis do Fundo Saudeinveste encontravam-se, à data da operação, arrendados a operadores privados de cuidados de saúde, ao abrigo de contratos de arrendamento de muito longa duração que permaneceriam ainda em vigor, após 1.10.2018,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

por períodos de 7 a 13 anos, consoante os casos. Como tal, a operação não acarretou qualquer alteração quanto às condições (contratuais e comerciais) de utilização e exploração dos imóveis, estando a Visada, aliás, vinculada pelos seus termos e impedida por lei (cf. artigo 406.º, n.º 2, do Código Civil) de, por sua iniciativa exclusiva e unilateralmente, introduzir qualquer alteração aos contratos em questão. A Visada não adquiriu, em resultado da operação, qualquer possibilidade de influenciar as condições comerciais de exploração dos imóveis, cuja “política comercial” (refletida nas rendas praticadas) estava integralmente pré-definida pelos contratos de arrendamento já em vigor”.

- 238.** Mais acrescenta que a “operação não foi seguida (entre 1.10.2018 e 21.02.2019) da adoção, pela Fidelidade SGOIC, de quaisquer medidas de natureza estrutural relativamente à exploração dos imóveis em causa, limitando-se a sua intervenção desde 1 de outubro de 2018 essencialmente à perceção das rendas devidas pelos arrendatários (atos de gestão normal ou corrente)” e uma “sociedade gestora não adota tipicamente medidas de gestão, orçamentos ou planos de atividades, exceto no que diga respeito às suas responsabilidades enquanto senhorio na manutenção dos imóveis (o que pode implicar a necessidade de obras de manutenção, obviamente condicionadas pela necessidade de minimizar os incómodos para os arrendatários). Aliás, a Fidelidade SGOIC não tinha sequer qualquer grau de autonomia quanto ao preço dos serviços por si prestados, uma vez que lhe estava completamente vedada por lei a alteração unilateral das rendas nos contratos que estavam em vigor” e, “no limite, a Fidelidade SGOIC poderia até ter vendido a terceiros todos os imóveis da carteira do Fundo Saudeinveste – mesmo nessa eventualidade, as condições de acesso e uso dos imóveis pelos seus arrendatários teriam permanecido idênticas, uma vez que os contratos de arrendamento transitariam (tal qual) para os novos proprietários”, pelo que o “elenco de decisões autónomas ao alcance da Fidelidade SGOIC sempre foi, portanto, limitadíssimo, ao contrário da típica aquisição de controlo numa concentração de empresas” e a “própria “política comercial” relativa aos imóveis já estava prévia e integralmente definida nos contratos de arrendamento, que ainda iriam permanecer em vigor ... por períodos de entre 7-13 anos, consoante os casos”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

239. Conclui a Recorrente que “em abstrato, a AdC tem razão quando refere que o regime de notificação prévia de operações de concentração visa como objetivo preventivo evitar a realização de operações de reorganização empresarial *“atendendo a que os seus efeitos são, muitas vezes, impossíveis de reverter ou compensar.”* (cf. § 296 da Decisão). E é também certo que certas concentrações de empresas *“potencialmente, criam ou reforçam entraves à concorrência, criando custos de intervenção posteriores e causando efeitos, nomeadamente em terceiros, em determinados casos potencialmente irreparáveis”* (cf. § 300). Mas o que interessa é que, em concreto, nada disto estava sequer potencialmente ao alcance da Fidelidade SGOIC a seguir a 1.10.2018. O que demonstra, também, que as razões que explicam a necessidade de um regime sancionatório para situações de omissão de uma notificação de concentração de empresas não se aplicam aos factos deste caso ou à conduta da Visada, pelo que esta deve ser absolvida da prática da contraordenação por que vem condenada”.
240. A AdC, nas suas alegações, considera que esta argumentação é improcedente, porque a questão de que a operação poderia ou não ser suscetível de criar entraves significativos à concorrência “não preenche os elementos típicos do ilícito contraordenacional em causa, nem faz parte dos pressupostos que compõem esta infração. Esta análise da possibilidade de a operação de concentração em causa ser ou não suscetível de criar entraves significativos à concorrência, foi efetuada no âmbito do procedimento administrativo de controlo de concentrações, que correu os seus termos sob o n.º Ccent. 9/2019 - Fidelidade SGOII / Saudeinveste*IMOFI”.
241. **Vejamos.**
242. A AdC tem razão e a questão – ao contrário daquilo que a Recorrente defende – coloca-se efetivamente num plano abstrato e não concreto. Assim, atendendo à forma como o interesse protegido é posto em causa pelo agente os ilícitos podem ser classificados de dano ou de perigo. Verifica-se a primeira hipótese quando a “realização do tipo incriminar tem como



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

consequência uma lesão efetiva do bem jurídico”³⁴. Estaremos perante a segunda tipologia quando “a realização do tipo não pressupõe a lesão, mas antes a mera *colocação em perigo* do bem jurídico”³⁵.

243. Esta divisão conceptual prossegue, pois dentro dos ilícitos de perigo encontramos três tipos: os ilícitos de perigo concreto; os ilícitos de perigo abstrato; e os ilícitos de perigo abstrato-concreto ou de aptidão. Nos primeiros o perigo faz parte do tipo. Nos segundos, o perigo “não é elemento do tipo, mas simplesmente *motivo* da proibição”³⁶. Nos terceiros, “a verificação do perigo não é essencial ao preenchimento do tipo”, mas “só devem releva tipicamente as condutas apropriadas ou aptas a desencadear o perigo proibido no caso de espécie”. Por conseguinte, neste último tipo «o perigo abstrato não é só critério interpretativo e de aplicação, mas deve também ser momento referencial da culpa e, por isso, admitem a “possibilidade da perigosidade ser objeto de um juízo negativo”»³⁷.

244. No caso concreto, a infração imputada é uma infração de perigo abstrato pura, pois o interesse jurídico protegido é a concorrência, sendo a suscetibilidade de criação de entraves à concorrência o motivo da infração. Efetivamente, é este o critério substantivo de decisão que a AdC tem de respeitar para se opor ou não às operações de concentração sujeitas a notificação prévia – cf. artigo 50.º, n.º 1, alínea b), da LdC. Ora, nenhum dos elementos do tipo legal de ilícito exige a demonstração dessa suscetibilidade ou sequer da aptidão da conduta para criar entraves à concorrência. Por conseguinte, nem a verificação da infração está dependente da prova de tal suscetibilidade, nem a mesma pode ser afastada por via da demonstração da impossibilidade dessa suscetibilidade. Este juízo negativo apenas poderia

³⁴ FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 309, § 45.

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Todas as citações in FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 310, § 47.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

afastar a prática da infração se estivessemos perante uma infração de perigo abstrato-concreto.

245. Nessa medida, todos os fundamentos invocados pela Recorrente para demonstrar a impossibilidade de criação de entraves à concorrência são irrelevantes para afastar a verificação da infração.
246. **Quanto ao elemento subjetivo e à culpa**, nos termos do artigo 68.º, n.º 3, da LdC, a negligência é punível.
247. Nos termos do artigo 15.º, do CP, *ex vi* artigo 32.º, do RGCO, age com negligência quem, *por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz, representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização* (negligência consciente) *ou não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto* (negligência inconsciente) – art. 15º, do CP, *ex vi* art. 32º, do RGCO
248. Retira-se desta definição legal que a negligência é constituída por um tipo de ilícito objetivo, conforme já referido, e por um tipo de culpa específico.
249. Quanto ao primeiro, traduz-se na violação de um dever de cuidado a que, segundo as circunstâncias, o agente está obrigado, que conduz à realização integral do tipo e que era “previsível e evitável para um “homem médio” prudente, dotado das capacidades do homem médio pertencente à categoria intelectual e social e ao círculo de vida do agente”³⁸.
250. Densificando estes elementos, importa salientar que o dever de cuidado não corresponde à “observância geral do cuidado com que toda a pessoa deve

³⁸ FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., pág. 864.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

comportar-se no seu relacionamento interpessoal e comunitário³⁹, mas ao cuidado devido no caso concreto. A individualização e concretização desse cuidado pode promanar de diversas fontes, designadamente: as normas jurídicas existentes; as normas escritas, profissionais e do tráfego, correntes em certos domínios de atividade; os costumes profissionais; a figura-padrão cabida ao caso, ou seja, o “cuidado imposto pelo concreto comportamento socialmente adequado no tráfego”; deveres de informação e omissão; e ponderação entre a utilidade e o risco⁴⁰.

251. Quanto ao tipo de culpa negligente, consiste na capacidade do agente concreto para observar esse dever. Para tanto, é necessário indagar se o agente concreto, tendo em conta as suas capacidades individuais e os seus recursos, podia ter cumprido ou não o dever objetivo de cuidado omitido.
252. Transpondo os parâmetros expostos para o caso concreto resulta dos factos provados que a conduta da Recorrente se deveu a negligência, pois é um dever elementar para qualquer operador de mercado conhecer e aplicar corretamente as normas legais a que estão sujeitas as operações que realiza. Cuidado que a Recorrente não observou, sendo capaz disso - cf. alínea ii) dos factos provados. Mais se constata que num primeiro momento agiu com negligência inconsciente (até 14.10.2018) e num segundo momento com negligência consciente (a partir de 14.10.2018) – cf. alínea ii) dos factos provados.
253. Considera a AdC que estamos perante uma negligência grosseira, *“porquanto estamos perante um comportamento que ultrapassou claramente a simples falta de cuidado, que segundo as circunstâncias estava obrigado, evidenciando uma conduta insensata, irreflectida, esquecendo elementares*

³⁹ FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., pág. 875.

⁴⁰ Cf. ANTÓNIO JOÃO LATAS, *Descrição e Prova dos Factos nos Crimes por Negligência – Questões de Ordem Geral*, Revista do CEJ, 1.º semestre 2009, número 11, pp. 57 a 61.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

precauções exigidas pela prudência e ignorando que uma transação como estas poderia ser objeto de um procedimento de avaliação prévia antes mesmo de ser notificada à AdC formalmente.

254. Discorda-se da AdC, não do conceito de negligência grosseira que apresenta, mas da sua aplicação ao caso concreto.
255. Assim, *"a negligência grosseira pretende abranger aqueles casos em que, de forma mais flagrante e notória, se omitem os cuidados mais elementares (básicos) que devem ser observados, ou aquelas situações em que o agente se comporta com elevado grau de imprudência, revelando grande irreflexão e insensatez"* – acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21.01.2014, processo n.º 3840/03, in www.dgsi.pt. No mesmo sentido se exarou no Acórdão do STJ de 22.09.2011, Proc. Nº896/07.5TTVIS.C1.S1, que para *"que ocorra negligência grosseira, não basta a culpa leve, como negligência, imprudência, distração, imprevidência ou comportamentos semelhantes, exigindo-se um comportamento temerário, reprovado por um elementar sentido de prudência"*.
256. No caso, não se considera ter sido atingido esse nível de imprudência, porque a operação de concentração em causa não corresponde aos casos mais comuns, a Visada assim que representou a possibilidade de estar perante uma operação de concentração sujeita a notificação prévia contactou a AdC, suspendeu os poderes de controlo após a notificação prévia e acabou por reverter a operação de concentração, ou seja, esforçou-se por minimizar os impactos da operação e não ocultou a operação da AdC, antes pelo contrário.
257. Da factualidade provada também não se extrai qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpa.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

258. **Por conseguinte, não há qualquer dúvida de que a Recorrente praticou a contraordenação imputada, a título negligente, desde 01.10.2018 até 09.03.2020.**

SANÇÕES:

Admoestação:

259. Alega a Recorrente que “as exigências preventivas que se poderão eventualmente descortinar, neste caso, são integralmente satisfeitas com a aplicação de uma sanção de admoestação, nos termos do artigo 51.º, n.º 1, do RGCO, aplicável ex vi artigo 59.º, n.º 2, da LdC. Tendo em conta que se tratava de uma operação nova, e sem paralelo na prática decisória da AdC, que traduzia apenas a substituição de uma entidade gestora de fundos imobiliários, suscitando inclusive dúvidas a propósito do enquadramento jurídico da operação e da sua eventual subsunção aos artigos 37.º e seguintes da LdC, tendo a AdC apenas manifestado algumas dúvidas sobre esse enquadramento, na resposta de 14.02.2019 ao pedido de Avaliação Prévia de 26.11.2018, é inelutável concluir-se pelo reduzido desvalor e gravidade da infração em causa — assim preenchendo o primeiro pressuposto do artigo 51.º, n.º 1, do RGCO (reduzida gravidade da infração)”.
260. Mais defende ser “também inequívoco que a Visada, no limite, atuou apenas com negligência inconsciente, nunca representando sequer a possibilidade de a sua conduta consubstanciar a prática de um ilícito contraordenacional, não ocultando a operação, que inclusive envolveu, desde janeiro de 2018, os arrendatários de alguns dos imóveis do Fundo Saudeinveste, e tendo ainda procedido a notificação formal da operação, em 21.02.2019, uma semana depois de ter sido notificada da resposta inconclusiva da AdC ao seu pedido de Avaliação Prévia, o que revela a diligência e postura de colaboração e abertura da Visada — pelo que está verificado o segundo pressuposto do artigo 51.º, n.º 1, do RGCO (reduzida culpa do agente)”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

261. Por todo o exposto, conclui que, “no caso dos autos, deve apenas ser aplicada uma sanção de admoestação, nos termos do artigo 51.º, n.º 1, do RGCO, aplicável ex vi artigo 59.º, n.º 2, da LdC, a qual satisfará as exigências de prevenção especial, no que concerne à Visada, e as exigências de prevenção geral, alertando os demais intervenientes do mercado para a possibilidade de operações que traduzam substituição de entidades gestoras de fundos poderem consubstanciar uma operação de concentração sujeita a notificação prévia”.
262. **Por sua vez, defende a AdC, nas suas alegações,** que “existindo lei especial, no caso a Lei da Concorrência (alínea f) do n.º 1 do artigo 68.º), que refere expressamente a sanção aplicada ao tipo de infração em causa, não é linear a necessidade de aplicar a lei geral, no caso o Regime Geral das Contraordenações, tal como requerido pela Recorrente”.
263. Mais salienta que a “admoestação é aplicada quando a reduzida gravidade da infração e da culpa do agente o justifique, isto é, para contraordenações leves ou simples, tratando-se de uma medida alternativa para os casos de pouca relevância do ilícito contraordenacional” e que decorre “da Decisão da AdC, em particular na secção 3.6.3.1, e conforme explicitado supra relativamente ao tipo subjetivo, a conduta da Recorrente, ainda que negligente, constituiu uma infração grave às regras da concorrência”, pois “tendo a Fidelidade SGOIC realizado a operação de concentração antes de uma decisão de não oposição por parte da AdC, causou um dano potencial sobre o bem jurídico da concorrência, quer na sua vertente preventiva quer repressiva, nos termos da norma constante do n.º 1 do artigo 40.º da Lei da Concorrência”.
264. Acrescenta que “no presente caso, foram identificados eventuais problemas jus-concorrenciais na Decisão de passagem a investigação aprofundada no procedimento Ccent. 9/2019 – Fidelidade SGOIC / Saudeinveste*IMOFID, de 5 de julho de 2019, ainda que os mesmos não tenham sido demonstrados em definitivo pela AdC, uma vez que a empresa acabou por retirar a operação de concentração dando lugar a uma decisão de extinção do procedimento”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pq. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

265. Em face do exposto, conclui que a “sanção da Recorrente deverá ser a coima, uma vez que o n.º 1 do artigo 68.º da lei que regula a matéria em causa (lei especial) assim o prevê e não estão preenchidos os pressupostos para aplicação da admoestação constantes do artigo 51.º do RGCO”.
266. **Vejamos.**
267. A possibilidade de aplicação de uma admoestação à contraordenação praticada pela Recorrente está expressamente prevista no artigo 29.º, n.º 4, da LdC, *ex vi* artigos 58.º, alínea a) e 59.º, n.º 1, ambos da LdC, pelo que a AdC não tem razão quanto ao primeiro argumento que invoca. Efetivamente, a aplicabilidade da admoestação ao caso tem a linearidade de uma previsão legal expressa nesse sentido. Contudo, a norma indicada não dispensa o recurso ao RGCO (*ex vi* artigo 59.º, n.º 2, da LdC), uma vez que a LdC se limita a prever a admoestação, mas não define os seus requisitos.
268. Recorrendo ao RGCO estipula o artigo 51.º, n.º 1, que a admoestação pode ser aplicada quando a reduzida gravidade da infração e da culpa do agente o justifique.
269. A aplicação desta norma suscita uma questão com relevância para o caso concreto, que consiste em saber se a gravidade da infração deve ser aferida em abstrato e/ou em concreto, ou seja, se se deve atender apenas à classificação efetuada pelo legislador e, na ausência de classificação, a outros indicadores legais identificativos da gravidade da infração assumida pela própria lei e/ou se se deve considerar a gravidade concreta da infração.
270. Considera-se que o ponto de partida deve ser a gravidade abstrata da infração, pois conforme salientou o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), no acórdão de fixação de jurisprudência n.º 6/2018⁴¹, citando FIGUEIREDO DIAS,

⁴¹ Publicado no Diário da República n.º 219/2018, Série I de 2018-11-14.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail. tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

"uma vez proibida a conduta, esta assume um desvalor de ilícito cuja gravidade pode ser, de forma abstrata, determinada pelo legislador, uma vez que a ilicitude destas condutas proibidas é composta por um "substrato complexo formado pela conduta e pela decisão legislativa de a proibir, que suporta a valoração da ilicitude".

271. Nos casos em que a lei classifica as infrações de grave ou muito graves a aferição da gravidade abstrata da conduta não suscita dúvidas, devendo-se considerar, tal como entendeu o STJ no acórdão referido, que *"sempre que o legislador, de forma geral e abstrata, classifica a infração como sendo grave, não poderá o julgador modificar a lei atribuindo menor gravidade àquela ilicitude. Por isto, não pode deixar de se entender que a classificação legal de uma contraordenação como grave afasta logo a possibilidade de o julgador considerar que aquela mesma contraordenação grave afinal é de "reduzida gravidade". O legislador, ao classificar as contraordenações como graves, muito graves ou leves pretendeu assegurar o princípio da proporcionalidade entre as infrações e as sanções previstas. Este princípio não é assegurado sempre que atenta a gravidade da infração se decide pela aplicação de uma sanção que pressupõe a reduzida gravidade daquela".*
272. Nos casos em que não existe essa classificação torna-se mais difícil aferir a gravidade pressuposta pelo legislador. Contudo, não é nem uma tarefa inviável, nem a ausência dessa classificação deve ser sempre considerada como a assunção por parte do legislador de que todas as infrações punidas merecem abstratamente o mesmo juízo de desvalor. No entanto, nesses casos, a lei deve conter indicadores objetivos, claros e indubitáveis no sentido de que o legislador considerou que determinadas condutas não podem, em circunstância alguma, ser consideradas de gravidade reduzida.
273. Entende-se não ser o caso da LdC. Em primeiro lugar, porque a LdC não classifica as infrações. Em segundo lugar, porque o artigo 29.º, n.º 4, da LdC,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

prevê a aplicação da admoestação sem qualquer limitação a determinado tipo de contraordenações. Em terceiro lugar, porque pese embora o artigo 69.º, n.ºs 2 e 3, da LdC, preveja limites máximos (e mais abaixo explicitaremos melhor este ponto) diferentes em função das infrações praticadas, o limite mínimo é o mesmo. Por conseguinte, a previsão de limites máximos apenas significa que para o legislador as infrações aí incluídas podem assumir uma gravidade maior, mas não exclui a possibilidade de terem uma gravidade reduzida.

274. Assim, numa perspetiva abstrata, que considera apenas as opções e valorações efetuadas pelo legislador, dever-se-á concluir que a LdC não impede a aplicação de admoestações às contraordenações previstas e punidas pelo artigo 68.º, n.º 1, alínea f), da LdC. Isto, por sua vez, também significa que o afastamento da admoestação não se pode sustentar apenas em ponderações e considerações abstratas relacionadas com o interesse protegido e com o potencial de perigo e/ou de dano das condutas assumidas pela norma, uma vez que estas valorações já foram consideradas pelo legislador e não conduziram ao afastamento da admoestação. Por conseguinte, a Recorrente tem razão quando chama a atenção para a necessidade de avaliar os requisitos do artigo 51.º, n.º 1 do RGCO, à luz da gravidade concreta da conduta praticada.
275. Para o efeito, para se compreender melhor o grau de gravidade que pode justificar a aplicação de uma admoestação impõe-se ter presente as características desta sanção do ponto de vista do seu modo de execução e efeitos concretos. E, neste plano, pese embora as eventuais diferenças que possam existir entre a admoestação no direito das contraordenações e a admoestação prevista no direito penal, a verdade é que as duas sanções são equivalentes na perspetiva referida. Por conseguinte, pode-se afirmar que a admoestação prevista nos artigos 29.º, n.º 4, da LdC, e 51.º, n.º 1, do RGCO, tal como a sanção correspondente no direito penal, tem um “*caráter*



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

*puramente **simbólico***⁴², sendo "de todo despida, se não de natureza aflitiva (que ainda pode ser vista no carácter público de censura), em todo o caso, de execução fática e real; e, sobretudo, mostra-se estranha à cominação de – e à ameaça com – um mal futuro"⁴³. Em face destas características, conjugadas com o facto de se tratar da sanção menos grave passível de ser aplicada, pode-se concluir que a reduzida gravidade da infração para efeitos de aplicação da admoestação significa que temos de estar perante as concretas manifestações do ilícito menos graves, ou seja, todos os fatores que interferem com a gravidade da infração têm de assumir um grau de desvalor mínimo.

276. Ora, a gravidade da infração está dependente, pelo menos, dos seguintes fatores: da gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional (artigo 69.º, n.º 1, alínea a), da LdC); da natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração (artigo 69.º, n.º 1, alínea b), da LdC); da duração da infração (artigo 69.º, n.º 1, alínea c), da LdC); do grau de participação do visado pelo processo na infração (artigo 69.º, n.º 1, alínea d), da LdC); das vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas (artigo 69.º, n.º 1, alínea e), da LdC); e, considerando que estamos perante uma negligência, da medida de violação do dever de cuidado
277. No caso concreto, constata-se quanto ao primeiro fator referido que não se pode concluir, face à ausência de factos nesse sentido, que a conduta tenha produzido quaisquer efeitos ou danos à concorrência. Para além disso, a AdC não completou a sua investigação e, nessa medida, pese embora tenha identificado a possibilidade de existirem entraves à concorrência na decisão de passagem a uma investigação aprofundada, o certo é que não se pode

⁴² FIGUEIREDO DIAS, in *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2005, p. 385, § 602.

⁴³ Idem.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

assumir esse pressuposto. É verdade que também não se pode dar por assente o contrário, conforme defende a Recorrente, ou seja, a impossibilidade da operação em causa causar entraves à concorrência, pois os fatores por si salientados não são suficientes para se concluir nesses termos. Efetivamente, o facto de não poder alterar unilateralmente os contratos de arrendamento não significa que não tenha margem de manobra, dentro do regime legal de arrendamento, para condicionar a atividade dos seus inquilinos, nomeadamente por via de obras de ampliação, conforme a AdC referiu na decisão de passagem a investigação aprofundada. E, sendo verdade, como ficou demonstrado, que a Visada pode ter interesse nessas obras, para efeitos de maximização do valor dos imóveis, isso será assim se, na perspetiva do Grupo no qual se insere, os ganhos obtidos por essa via sejam sempre maiores do que aqueles que poderia alcançar ao prejudicar concorrentes, o que não é possível concluir. Em todo o caso, o certo é que não há, conforme referido, elementos demonstrativos da existência de uma afetação efetiva da concorrência. Assim, quanto a este primeiro fator pode-se considerar que o grau de desvalor é mínimo.

278. O mesmo se verifica em relação ao fator relativo às vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas, pois não resulta dos factos provados que a Visada tenha obtido vantagens.
279. Já o mesmo não se pode concluir em relação ao segundo e terceiro fatores, designadamente a natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração e a duração da infração. Estando em causa uma infração de perigo abstrato, cuja consumação não depende de qualquer afetação da concorrência ou sequer de qualquer perigo concreto, é particularmente relevante para a aferição do grau de desvalor do ilícito o modo como a conduta comprometeu



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

os interesses ou procedimentos que a lei visou salvaguardar para evitar a emergência de situações de perigo concreto ou danos.

280. Neste tipo de infrações, o legislador procurou afastar o perigo para a concorrência por via de uma intervenção preventiva por parte da AdC. Assim, pese embora o interesse último, o meta interesse ou o interesse mediato que se visa salvaguardar seja a concorrência (para o qual releva primordialmente o primeiro fator analisado), por via da infração em análise pretende-se assegurar também um interesse mais imediato, designadamente que a AdC exerça esse controlo preventivo. Consequentemente, a gravidade do ilícito depende, em grande medida, do grau de comprometimento dessa atuação da AdC, designadamente por via da duração da operação sem decisão de não oposição por parte da AdC e através da dimensão da operação, refletida nos volumes de negócio e nos mercados envolvidos.
281. No caso, constata-se que a infração durou desde 01.10.2018 até 09.03.2020, ou seja, 1 ano e 5 meses. É verdade que durante a maior parte desse tempo a operação foi do conhecimento da AdC. Este fator é relevante para a aferição da medida do dever de cuidado violado. Contudo, para efeitos de avaliação do grau de comprometimento dos interesses imediatos prosseguidos não é. Um ano e 5 meses é evidentemente muito tempo, sendo, só por si, um fator impeditivo da classificação da operação em causa como de reduzida gravidade.
282. Para além disso, quanto à dimensão da operação, importa recordar que a mesma estava sujeita a notificação prévia por força do artigo 37.º, n.º 1, alínea c), da LdC, que prevê limiares mínimos em função do volume de negócios das empresas envolvidas, impondo que o conjunto das empresas que participam na concentração tenha realizado em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior a 100 milhões de euros, líquidos dos impostos com este diretamente relacionados, desde que o volume de negócios realizado



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

individualmente em Portugal por pelo menos duas dessas empresas seja superior a cinco milhões de euros. No caso concreto, a operação em causa excedia em mais de 1000% aquele limiar mínimo do volume de negócios superior a 100 milhões. Uma operação desta dimensão subtraída a controlo da AdC é também, só por si, um fator impeditivo da classificação da operação em causa como de reduzida gravidade. A isto acresce o facto do mercado envolvido estar relacionado com a saúde, que é um setor de atividade que presta serviços essenciais.

283. Também o grau de participação da Visada nos factos obsta à qualificação da contraordenação como de reduzida gravidade, uma vez que agiu como autora e principal responsável pelos factos, pois era a entidade que adquiria o controlo e que sozinha podia cumprir o dever de notificação prévia ao abrigo do disposto no artigo 44.º, n.º 1, alínea b), da LdC.
284. O último fator referido, a medida da violação do dever de cuidado, impede igualmente que se qualifique a contraordenação como de reduzida gravidade. Assim, é verdade que a operação em causa é incomum, pois não existiu, antes, nenhum procedimento de controlo que teve por objeto uma operação com contornos similares. É verdade também que num primeiro momento a Recorrente agiu com negligência inconsciente. Por fim, é ainda verdade que quando foi confrontada com a possibilidade da operação em causar estar sujeita a notificação prévia reagiu imediatamente revelando-a à AdC, apresentou a notificação prévia uma semana após a decisão do pedido de avaliação prévia, suspendeu os poderes de controlo, só praticou atos de gestão e reverteu a operação. Ou seja, a Visada tentou e esforçou-se efetivamente no sentido de minimizar os impactos associados à realização da operação de concentração sem decisão da AdC. E isto tem de ser considerado e valorado a seu favor. É também verdade que a AdC quando decidiu o pedido de avaliação prévia não concluiu, de forma taxativa e sem dúvidas, que a operação estava sujeita ao procedimento de controlo, o que revela as



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

particularidades do caso. Já o tempo que demorou a decidir não se considera relevante, uma vez que a AdC não teve evidentemente só esse pedido para analisar.

285. Contudo, os fatores referidos não são suficientes para se entender que a medida de violação do dever de cuidado assume uma expressão mínima, porque pese embora a operação fosse incomum, em si mesma, comportava alguns fatores de alarme indicativos de implicações jusconcorrenciais, o direito europeu da concorrência, por via da Comunicação já referida, e a prática decisória da AdC forneciam algumas pistas relevantes (ainda que não totalmente consistentes, é certo – cf. alínea eee) dos factos provados -, mas em todo o caso suficientes para despertar a questão no sentido de que controlo é exercido pela sociedade gestora; cf. também asserções tecidas no ponto § 124) e a Recorrente teve tempo suficiente, antes da realização da operação de concentração, para empreender uma análise jurídica cuidadosa de todas as suas implicações. Veja-se que a operação já estava projetada no início de 2018. Para além disso, conforme a AdC realça, dispunha de recursos suficientes para o efeito. Verifica-se ainda que durante a maior parte do tempo a Recorrente agiu com negligência consciente e a manutenção da operação após a perceção da possibilidade de estar perante uma operação sujeita a notificação prévia durante o período de tempo já referido é reveladora de uma resistência significativa à conformação da conduta com as normas legais aplicáveis.
286. Assim, por todas as razões expostas conclui-se que a gravidade da conduta não é reduzida ao ponto de justificar a aplicação de uma admoestação.
287. Quanto à culpa é verdade que a Visada não ocultou a operação e, que inclusive envolveu, desde janeiro de 2018, os arrendatários de alguns dos imóveis do Fundo Saudeinveste. O que é indicativo de não ter existido uma específica motivação relacionada com a violação da concorrência. Contudo,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

ficou provado que a sua conduta, a partir do momento em que teve perceção da possibilidade da operação estar sujeita a notificação prévia, foi motivada por razões associadas à defesa e salvaguarda dos seus interesses, designadamente evitar o pagamento da taxa associada ao procedimento e levando em conta o facto da operação já estar realizada. Para além disso, não resulta dos factos provados nenhum fator que tivesse interferido com a capacidade da Recorrente de ter atuado em conformidade com a lei, sendo a conduta verificada da sua inteira responsabilidade. Assim, por estas razões, a culpa não pode ser qualificada de reduzida ao ponto de justificar uma admoestação.

288. Para além das razões expostas, há ainda que considerar os fatores relativos às exigências de prevenção. Assim, aparentemente, o artigo 51.º, n.º 1, do RGCO não manda atender a outros fatores que não a reduzida gravidade da infração e a reduzida culpa do agente. No entanto, como na escolha de uma sanção não se pode deixar de levar em consideração as finalidades de prevenção, geral e especial, o artigo 51.º, n.º 1, do RGCO, não pode ser interpretado no sentido de excluir a atendibilidade de outros fatores relevantes para o efeito, sob pena da sanção ser imprestável para satisfazer as finalidades preventivas reclamadas pelo caso.
289. Nesta medida, o preceito deve ser interpretado não no sentido de que basta a reduzida gravidade dos factos e da culpa do agente para justificar a aplicação de uma admoestação, mas no sentido de que a admoestação só poder ser aplicada quando se verificarem esses requisitos, sem dispensar a análise da adequação e suficiência dessa sanção para a satisfação das finalidades punitivas em causa. Ou dito de outra forma e tomando de empréstimo as asserções exaradas pelo Tribunal da Relação de Lisboa de 08.11.2012, proc. n.º 1293/10.0TFLSB.L1-5: *"Argumentar-se-á que, fazendo o artigo 51.º, n.º 1, do RGC-O depender a aplicação da admoestação da*



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

*"reduzida gravidade da infracção e da culpa do agente", exclui a necessidade de satisfação das exigências de prevenção, mas não é assim. Qualquer punição, mesmo que de pena de substituição se trate, tem de realizar finalidades preventivas, designadamente de prevenção geral"*⁴⁴.

290. Ora, nesse exercício de adequação e suficiência da admoestação para a satisfação das finalidades punitivas reclamadas pelo caso, nomeadamente finalidades de prevenção especial, importa evidentemente a postura do agente em relação ao ilícito praticado. Na verdade, é um dos fatores mais relevantes, tendo em conta que a admoestação tem, conforme referido, uma expressão essencialmente simbólica. Devido a essas características a sua aplicação pressupõe um destinatário que já tenha interiorizado o desvalor da sua conduta destinando-se a admoestação a reforçar essa interiorização. Não é o caso da Recorrente, que não assume um sentido crítico pleno da sua conduta. Assim, também por estas razões, não há fundamento legal para a aplicação de uma admoestação, impondo-se a aplicação de uma coima.

*

Coima:

Inconstitucionalidade do artigo 69.º, n.º 2, da LdC:

291. **Alega a Recorrente que** a "coima associada à infração contraordenacional imputada à Visada não se encontra quantitativamente determinada, por referência a valores pecuniários certos e exatos, nos seus limites mínimo e máximo, variando sempre e necessariamente em cada caso. O artigo 69.º, n.º 2, da LdC estatui tão-somente que a coima aplicável será determinada de modo indexado e indireto, sem previsão de qualquer limite quantitativo limitador da moldura sancionatória resultante da aplicação daquela percentagem. Estando o valor máximo da coima indexado a um resultado, sobre o qual incidirá uma percentagem, sem estipulação de qualquer teto máximo, a sanção é por definição indeterminada, incerta e ilimitada, ofendendo o princípio da legalidade (nulla poena sine lege), o princípio da

⁴⁴ /n www.dgsi.pt.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

proporcionalidade (das sanções punitivas), o princípio da culpa e o princípio da igualdade”.

292. Mais acrescenta que “apenas será possível respeitar a relação de proporção constitucionalmente exigida entre a conduta ilícita e a respetiva sanção, se a sanção aplicável se encontrar concretamente (pré-)determinada e quantificada, em momento anterior à punição do comportamento, tendo por referente o desvalor que determinada conduta assume. Em face do artigo 69.º, n.º 2, da LdC, no momento em que o agente pratica o alegado facto não tem como saber quais as exatas consequências sancionatórias em que incorre com o seu comportamento, pois desconhece qual a base de incidência que será considerada na determinação da coima aplicável — a qual dependerá da duração da fase administrativa do processo e do momento em que a AdC decida proferir uma decisão final (até esse momento, o valor da coima aplicável vai flutuando, indefinida e ilimitadamente, ao longo do tempo, desde a prática do alegado facto)”.
293. Defende ainda que a “indexação do limite máximo da coima ao volume de negócios, que exprime o valor total das vendas de bens e serviços realizados durante um determinado período, antes de apurado o resultado do exercício em causa e antes de liquidados os impostos que incidem sobre o mesmo, significa que o real impacto da coima que vier a ser aplicada será superior ao pretendido, pois toma em consideração um valor que não integra a esfera patrimonial da entidade que é visada pela sanção, desconsiderando inclusive a efetiva capacidade económica do agente condenado”.
294. Em face de todo o exposto, conclui que “a norma que resulta do artigo 69.º, n.º 2, da LdC, interpretada e aplicada no sentido de que o limite máximo da coima aplicável em caso de infração contraordenacional às normas do direito da concorrência corresponde a 10% do volume de negócios do infrator apurado no exercício imediatamente anterior à prolação de decisão administrativa condenatória é, nessa interpretação, materialmente inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 1.º, 2.º, 13.º, 18.º, n.º 2, 25.º, n.º 1, 29.º, n.º 1 e n.º 3, 30.º, n.º 1, 111.º, n.º 1 e n.º 2, da CRP, inconstitucionalidade que se deixa expressamente invocada, para todos os efeitos legais”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

295. **Por sua vez, a AdC nas suas alegações** defende que o “facto de o n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência determinar que a coima aplicável pela AdC não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à Decisão Final proferida pela AdC, não impacta com nenhum daqueles princípios, maxime com os n.ºs 1 e 4 do artigo 29.º da CRP, porque considerando que o n.º 2 do artigo 69.º manda atender a 10% do volume de negócios, constituindo este o limite máximo da coima aplicável, as Recorrentes têm possibilidade de conhecer a proporção máxima que a coima poderá representar na sua atividade, não podendo alegar insuficiência de elementos para apurar o montante das coimas. Por outras palavras, ainda que num primeiro momento, o limite máximo possa não estar determinado, a verdade é que o mesmo é sempre determinável por referência ao volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão de condenação da AdC”.
296. Mais esclarece que o argumento que tem “por base a ideia de que in casu a moldura contraordenacional pode oscilar entre um cêntimo e 10% do volume de negócios da empresa visada e que tal realidade determina a inconstitucionalidade material da norma em questão ou outras de natureza similar já foi amplamente desconstruído pela jurisprudência assente do TC. A Recorrente tem pleno conhecimento da moldura legal aplicável (10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão condenatória), assim como tem pleno conhecimento dos critérios estipulados na lei para a determinação da medida concreta da coima concreta a ser aplicada pela AdC a cada uma das Recorrentes, daqui resultando a efetiva determinabilidade da coima, dando-se deste modo pleno cumprimento aos referidos ditames constitucionais”.
297. Acrescenta que o “critério que determina o valor máximo às coimas aplicáveis em razão da violação das normas da concorrência não foi escolhido por acaso pelo legislador: o volume de negócios constitui o fator mais representativo da dimensão da empresa. A referência aos 10% do volume de negócio por parte do legislador apenas quis fazer repercutir no limite máximo da coima eventuais vantagens auferidas pelo arguido, visando, desde logo, desencorajar a prática da infração. Tal significa que da aplicação do regime legal, na interpretação acolhida pela AdC, verificar-se-á, necessariamente, uma correspondência entre



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail. tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

o benefício económico obtido pela prática da infração e o valor da coima aplicável. A consagração do critério dos 10% do volume de negócios pretendeu abranger precisamente o ganho que possa ter resultado da infração, pretendendo-se igualmente acautelar a finalidade de prevenção especial e geral das coimas”.

298. Defende ainda que “tal não colide, de forma alguma, com o princípio da igualdade nos termos em que o mesmo está constitucionalmente consagrado”. Neste sentido, faz referência “à jurisprudência do TC que, no Acórdão n.º 353/2011, se pronunciou sobre a conformidade constitucional do n.º 1 do artigo 43.º da Lei n.º 18/2003 cuja redação é semelhante ao n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência”.
299. Em face do exposto, conclui que “a norma constante do n.º 2 do artigo 69.º não é materialmente inconstitucional. Assim, também entendeu a recente sentença do TCRS de 6.10.2021 no âmbito do processo 71/18.3YUSTR-M, em que se pronunciou sobre a violação dos princípios ora postos em causa pela Recorrente”.
300. **Vejamos.**
301. A questão suscitada pela Visada impõe a tarefa prévia de determinação dos limites a que está sujeita a coima aplicável.
302. Neste plano, constata-se que a LdC não faz referência a qualquer limite mínimo da moldura legal abstrata. Contudo, tal lacuna deve ser suprida por via da aplicação subsidiária do artigo 17.º, n.º 1, do RGCO, no qual se estipula como limite mínimo o montante de € 3,74. É verdade que aí se faz alusão apenas às pessoas singulares. No entanto, não faria qualquer sentido, pois não teria qualquer justificação, que a lei estipulasse um limite mínimo para as pessoas singulares e não o fizesse para as pessoas coletivas, beneficiando-as inclusive com a possibilidade de aplicação de coimas no montante de 0,01,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

quando são *"normalmente mais poderosas economicamente"*⁴⁵ do que as pessoas singulares. Para além disso, tal como esclarece PEDRO CAEIRO o *"teor literal das normas vigentes [artigo 17.º, do RGCO] resulta ... de uma inadvertência do legislador de 1995, e deve ser corrigido"* e tal entendimento *"nunca levantou alguma dúvida ao Tribunal Constitucional, que, no seu Acórdão n.º 400/2016, de 21-06-2016 (João Pedro Caupers), afirmou, no ponto 10, que a «moldura sancionatória da norma em análise [o n.º 2 do artigo 69.º do RJC]» tem «como mínimo o valor de Euro 3,74 e com máximo o valor de Euro 13 937 159,10»*⁴⁶.

303. Quanto ao limite máximo o artigo 69.º, n.º 2, da LdC, estipula que a coima *"determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 10 /prct. do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas"*.
304. Conforme esclarece o autor citado, esta norma pode ter duas leituras possíveis: na primeira, *"as coimas são determinadas, num momento inicial, nos termos do n.º 1 do art. 69.º, com aplicação dos critérios aí enunciados e sem referência a qualquer limite máximo, surgindo depois a cifra de 10% do volume de negócios como cláusula de bloqueio da sanção (aquilo a que a doutrina alemã chama de Kappungsgrenze), através do qual se estabelece um valor que não pode, em caso algum, ser ultrapassado. Deste modo, têm de ser reduzidas para esse montante as coimas que hajam sido fixadas em montante superior no procedimento da respetiva determinação"*; na segunda,

⁴⁵ "Punível com coima de até 10% de um montante qualquer: a inconstitucionalidade das normas sancionatórias do Regime Jurídico da Concorrência, na parte em que (não) fixam um limite máximo para as coimas aplicáveis ao Abuso de posição dominante", in *Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*, Volume IV, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pág. 2441.

⁴⁶ *Idem*, fls. 2440.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

a percentagem de 10% funciona como limite máximo da moldura legal abstrata.

305. O mesmo autor esclarece que a primeira interpretação é "*a mais ajustada no plano dos elementos literal, teleológico, histórico e sistemático*", tendo em conta, entre o mais, o facto de ser a solução adotada pela Comissão Europeia em matéria de sancionamento das infrações ao direito da concorrência.
306. Contudo, acompanha-se PEDRO CAEIRO no sentido de que não é a interpretação correta, porque falha no plano elementar da racionalidade, que é um critério decisivo de interpretação nos termos do artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil. Falha nesse plano, porque a aplicação da tese da cláusula de bloqueio no nosso ordenamento jurídico faria com que a coima aplicável não estivesse sujeita a qualquer limite máximo, nem a quaisquer outros parâmetros de referência que permitissem uma ponderação relativa dos fatores de determinação da respetiva medida. Conforme o autor esclarece para "*determinar o montante da coima, o aplicador tem de ter perante si, nesse primeiro momento, uma moldura dotada de um limite mínimo e de um limite máximo*", pois só assim é possível "*traduzir as valorações resultantes dos vários fatores de determinação da medida concreta da sanção numa grandeza relativa de outra índole (um certo tempo de prisão, um certo número de dias de multa, um certo montante pecuniário) apta a expressar o grau de gravidade do facto e, concomitantemente, capaz de garantir a proporcionalidade ordinal (relativa) entre todas as sanções aplicadas, bem como, por essa via, a igualdade de tratamento*"⁴⁷.
307. Assim, pelas razões expostas, a contraordenação praticada pela Recorrente está sujeita a uma coima a fixar entre € 3,17 e 10% do volume de negócios

⁴⁷ *Idem*, fls. 2444.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência.

308. Vejamos se tais limites são compatíveis, em primeiro lugar, **com o princípio da legalidade, na vertente da determinabilidade**, que a Recorrente considera ser violado por duas razões: em primeiro lugar, porque os limites mínimo e máximo da coima não se encontram fixados por referência a valores pecuniários certos e exatos; em segundo lugar, por causa do período de referência temporal.
309. Este princípio, que está consagrado no artigo 29.º, n.º 3, da Constituição, inclui também as penas e no contexto do direito penal o Tribunal Constitucional entendeu, tal como a Recorrente salienta, que "*pena certa é a pena legal, a pena prevista pelo legislador que por isso afasta o arbítrio do legislador*", cuja "*aplicação não gere incerteza relativamente ao quantum da punição e ao modo da sua execução*" (Acórdão n.º 43/86) e que o princípio da legalidade da sanção, "*se traduz na exigência de fixação da espécie de sanção aplicável e dos respectivos limites*" (Acórdão n.º 547/2001).
310. Contudo, não resulta destes arestos, nem das asserções transcritas que os limites da moldura legal abstrata tenham de assumir uma expressão exata e/ou certa. Por conseguinte, o que se pode afirmar quanto ao âmbito do princípio da legalidade, com pertinência para o caso, é que do mesmo decorre uma exigência de determinabilidade, no sentido da espécie e limites das sanções aplicáveis estarem definidos na lei de forma a que o agente possa determinar a sua conduta.
311. Quanto ao cumprimento dessa exigência de determinabilidade no contexto específico de aplicação do artigo 69.º, n.º 2, da LdC, não há jurisprudência do



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail. tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Tribunal Constitucional especificamente sobre esta questão. É certo que a Decisão Sumária nº 216/2016 apreciou a inconstitucionalidade material da norma. Contudo, pese embora tenha identificado, na alegação da recorrente, uma "linha argumentativa" coincidente com a específica dimensão em análise, não se pronunciou sobre a mesma e reconduziu a arguição à "amplitude da moldura abstrata sancionatória". Em todo o caso, da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da legalidade, na vertente da determinabilidade, extraem-se parâmetros suficiente para a decisão da questão.

312. Assim, é pacífico, face à jurisprudência do Tribunal Constitucional, afirmada primeiro no Acórdão n.º 574/95 e reiterada em arestos posteriores, nomeadamente no recente Acórdão n.º 500/2021, que o princípio da legalidade, incluindo a determinação das coimas, também vale para o ilícito de mera ordenação social. As ideias fundamentais em torno da questão são, de acordo com o Acórdão n.º 201/2014, reafirmado pelo recente Acórdão n.º 825/2021 as seguintes: *"(i) embora tais princípios [princípios da legalidade e da tipicidade] não valham "com o mesmo rigor" ou "com o mesmo grau de exigência" para o ilícito de mera ordenação social, eles valem "na sua ideia essencial"; (ii) aquilo em que consiste a sua ideia essencial outra coisa não é do que a garantia de proteção da confiança e da segurança jurídica que se extrai, desde logo, do princípio do Estado de direito; (iii) assim, a Constituição impõe "exigências mínimas de determinabilidade no ilícito contraordenacional" que só se cumprem se do regime legal for possível aos destinatários saber quais são as condutas proibidas como ainda antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito".*
313. Antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito não significa, evidentemente, determinar com precisão a medida da sanção que vai ser aplicada, uma vez que esta depende, num



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

sistema de sanções graduáveis, de uma graduação em função de determinados critérios. Isto significa que o princípio da legalidade, na vertente da determinação das sanções, é compatível com um certo nível de indeterminação. Nesta medida, quando se trata de aferir se é possível *"antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito"* o que está em causa é apurar um determinado nível de determinação ou de determinabilidade da sanção aplicável. Nível esse que deverá ser mais ou menos exigente em função das consequências decorrentes da condenação e, nesta medida, o ilícito de mera ordenação social, enquanto *"ordem sancionatória não privativa de liberdade"*⁴⁸, consente um nível de indeterminação superior do que o direito penal ou uma aplicação do princípio, em termos gradativos, menos exigente. À semelhança, aliás, do que se verifica a propósito da aplicação ao ilícito de mera ordenação social de outras garantias constitucionais penais. Consideram-se elucidativas desta linha de pensamento as seguintes asserções do Tribunal Constitucional no acórdão nº 466/12: *"E se a menor danosidade da sanção das contraordenações (as coimas), que nunca afetam o direito à liberdade, conjuntamente com a necessidade de prosseguir finalidades próprias da ordenação da vida social e económica, as quais são menos estáveis e dependem, muitas vezes, de políticas sectoriais concretas, permitem uma aplicação mais aberta e maleável do princípio da tipicidade, comparativamente ao universo penal, o carácter sancionatório e a especial natureza do ilícito contraordenacional não deixam de exigir um mínimo de determinabilidade do conteúdo dos seus ilícitos"*. Dito isto, considera-se que *"antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito"* significa, no âmbito do ilícito de mera ordenação social, dispor dos elementos mínimos necessários para o agente se autodeterminar.

⁴⁸ NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: Da Cisão à Convergência Material*, Coimbra Editora, 2016, pág. 872.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

314. Ora, esse agente, no domínio das práticas restritivas da concorrência, traduz-se em empresas. E para as empresas o que importa, quando se trata de serem sujeitas a uma coima, é o efeito que essa sanção pecuniária terá na sua esfera económico-financeira à data ou o mais próxima possível da condenação. Nesta medida, o facto da lei lhes assegurar que a coima terá como limite 10% do seu volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à condenação pela AdC – que reflete, com o mínimo de segurança, a sua situação económica mais atual – é, salvo melhor entendimento, suficiente para as empresas se autodeterminarem no momento da prática do facto.
315. Para além disso, ainda que os destinatários não consigam determinar antecipadamente e com precisão numérica o limite máximo da moldura legal abstrata, sabem a proporção ou a ordem de grandeza máxima que a coima poderá atingir no seu património considerando a sua situação económico-financeira mais atual na data em que a decisão condenatória for proferida e para além disso sabem também quais os fatores e critérios adotados na determinação da medida da coima. O que se considera suficiente para determinar a sua conduta.
316. Assim, pelas razões expostas, entende-se que não há violação do princípio da legalidade.
317. Diferente do princípio da legalidade consagra-se no artigo 30.º, n.º 1, da Constituição, **o princípio da proibição de sanções de duração ilimitada ou indefinida**. Contudo, o artigo 69.º, n.º 2, da LdC, também não viola este princípio, porque a norma prevê um limite cuja aplicação conduz a um valor fixo e determinado.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

318. Quanto à violação dos princípios da proporcionalidade e da culpa, nas coimas, ao contrário do que sucede na pena de multa, a determinação concreta da medida da sanção é levada a cabo em um único ato, por via do qual o juiz tem de considerar simultaneamente o fator da culpa, conjuntamente com os demais critérios de determinação da medida da coima, designadamente relativos ao facto e aos seus efeitos, e a situação económico-financeira do agente. Isto significa, por um lado, que os limites máximos objetivos e fixos não são determinados apenas em função da gravidade máxima que o facto e os seus efeitos podem assumir, mas também em função da situação económico-financeira dos possíveis agentes da infração. Significa ainda, por outro lado, que na concreta tarefa de determinação da medida da coima a ponderação do facto, dos seus efeitos e demais critérios é sempre combinada e subjetivizada à luz da situação económico-financeira atual do infrator. Ora, aquilo que o artigo 69.º, n.º 2, da LdC, faz é nada mais do que introduzir essa subjetivação no limite máximo, sem prejuízo de um ulterior afinamento por via da ponderação do critério previsto no artigo 69.º, n.º 1, al g), da LdC. Subjetivação essa que note-se, sempre teria de ser feita, dentro de limites máximos objetivos e fixos, no âmbito do "ato único" em que se traduz a determinação de uma coima. Por conseguinte, a aplicação dos critérios de determinação da medida da coima, para além da situação económica do visado, dentro do limite referido permite que a sanção seja determinada através de um juízo de proporcionalidade, adequação e necessidade em relação ao facto e aos seus efeitos e permite determinar o limite da culpa, pois esse juízo deve ser aferido levando em consideração a situação económico-financeira do infrator.
319. Pelas razões expostas, conclui-se que o artigo 69.º, n.º 2, da LdC, não viola os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (artigo 18º da CRP) e do princípio da culpa.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

320. Quanto ao princípio da igualdade, esta questão foi apreciada pelo Tribunal Constitucional na Decisão Sumária nº 216/2016 que entendeu que *"a norma em causa, ao mandar atender ao volume de negócios do agente para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstrata da coima, assegura que é tida em conta a situação particular de cada empresa, o que faz com que nenhuma empresa seja penalizada em termos relativamente mais gravosos do que outra empresa. Não se vislumbra, de facto, como se pode colocar qualquer problema de tratamento desigual. O parâmetro invocado pela recorrente - o princípio da igualdade - é inidóneo para apreciar, à luz da Constituição, a norma sub judicio"*. É certo que o Tribunal Constitucional analisou a questão apenas a propósito do segmento relativo ao "volume de negócios" e não também quanto ao momento de determinação do volume de negócios e inclusive acrescentou à sua fundamentação referências extraídas do acórdão nº 353/2011. Contudo, os fundamentos supra exarados são igualmente aplicáveis à consideração do volume de negócios no ano anterior à decisão de condenação pela AdC, fundamentos esses que se partilham.
321. Para além disso, considerando a configuração da questão tal como foi formulada, do que se trata é da posição dos destinatários perante a lei e não de qualquer aplicação concreta da norma. Neste plano específico, a conclusão que se alcança é uma só, designadamente que o normativo em análise estipula critérios iguais para todos os possíveis destinatários, não havendo qualquer violação do princípio da igualdade. Efetivamente, todos os sujeitos compreendidos no universo de aplicação da norma irão ser punidos com uma coima cujo limite máximo não poderá exceder 10% do seu volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

322. Em face de todo o exposto, considera-se que o artigo 69.º, n.º 2, do da LdC, não viola o princípio da igualdade.
323. Quanto à **violação do princípio da legalidade da sanção, consagrado no artigo 29.º, n.os 1 e 3, da Constituição, e dos princípios do Estado de Direito Democrático, da separação de poderes e da indisponibilidade de competências**, consagrados nos artigos 2.º e 111.º, n.os 1 e 2, da Constituição devido à amplitude da moldura legal abstrata, esta questão já foi apreciada, mais do que uma vez, pelo Tribunal Constitucional e com decisões contraditórias.
324. Contudo, tal como se sublinhou na Decisão Sumária nº 216/2016, a "*mais recente jurisprudência deste Tribunal, ao apreciar da eventual violação do princípio da legalidade pela excessiva amplitude existente entre a medida mínima e a medida máxima da coima, tem-se pronunciado pela não inconstitucionalidade, conforme resulta, por exemplo, do Acórdão n.º 85/2012 (disponível no site do Tribunal)*".
325. Tal jurisprudência foi recentemente reiterada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 500/2021 a propósito da moldura fixada no artigo 388.º, n.º 1, alínea a), do Código dos Valores Mobiliários para as pessoas coletivas, tendo-se aí exarado o seguinte: "Tal como se concluiu no Acórdão n.º 78/2013 a propósito de moldura sancionatória com *amplitude superior*, a resposta é negativa. Aqui como ali, trata-se essencialmente de conferir à sanção aplicável a elasticidade necessária a acomodar os distintos níveis de desvalor da conduta, tendo em conta quer a diferenciada relevância das informações a prestar em cada momento à entidade de regulação e de supervisão, quer o diferente grau de incompletude, inexactidão, ambiguidade ou falta de atualidade de que essa informação pode em concreto revestir-se, quer ainda a dissemelhante dimensão económica das diferentes entidades a operar no mercado dos valores mobiliários, sempre de forma a permitir ao aplicador adequar a coima às circunstâncias do caso".



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pq. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

326. Também a referida Decisão Sumária, pese embora não tenha conhecido do recurso nesta parte, analisou a questão na sua fundamentação a propósito justamente do artigo 69.º, n.º 2, da LdC, tendo concluído o seguinte e partindo da argumentação expandida no citado aresto nº 85/2012: *"Afigura-se de reiterar esta jurisprudência, no sentido da não inconstitucionalidade. Também no presente caso a lei especificou os critérios que deverão nortear a determinação da medida da coima dentro da moldura sancionatória. Com efeito, à luz do estabelecido no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a determinação da coima faz-se em função da gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional, da natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração e do grau de participação do visado pelo processo da infração, sendo atendíveis ainda a conduta anterior e posterior do agente e as exigências da prevenção, bem como a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento. Da aplicação destes critérios resultará seguramente uma maior previsibilidade do valor da coima aplicável, assim como uma significativa diminuição da liberdade do julgador na fixação do valor da coima a aplicar no caso concreto. Além disso, tal como se refere no Acórdão n.º 78/2013, há que ter presente que a proibição de práticas restritivas da concorrência é essencial à defesa desta, constituindo um bem público que cabe à Autoridade da Concorrência preservar, numa perspetiva instrumental, nos termos consagrados no artigo 81.º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa. É também sabido que estas coimas se aplicam apenas a empresas, tal como definidas no artigo 3.º da referida lei, e que no sector da atividade de televisão e comunicação operam empresas de enorme dimensão económica. Ora, sendo necessário assegurar o cumprimento efetivo desta obrigação típica de uma Administração conformadora, o sancionamento da sua inobservância como contraordenação revela-se,*



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

como alternativa à criminalização, o meio coativo adequado e proporcional de satisfazer tal necessidade. A previsão da contraordenação sob fiscalização tem, pois, plena justificação, enquanto meio dissuasor de práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência, sendo evidente que a sanção patrimonial é a mais adequada ao sector de atividade em causa, não violando a ideia de proporcionalidade em sentido amplo, enquanto referência fundamental do controlo da atuação dos poderes públicos num Estado de direito. Por estas razões não é possível afirmar que a norma sob fiscalização viole os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, da separação de poderes e da proporcionalidade, imanentes a um Estado de direito democrático, pelo que o recurso deve ser julgado improcedente".

327. Não há razões para divergir da jurisprudência citada, pelo que se conclui que o artigo 69.º, n.º 2, da LdC não viola nenhum dos princípios referidos.
328. Por fim, quanto à violação **do princípio da proporcionalidade**, pelo facto da norma considerar um valor que não integra a esfera patrimonial da entidade que é visada pela sanção, também não tem razão a Recorrente, pois o artigo 69.º, n.º 2, da LdC, manda atender não à totalidade do volume de negócios, nem sequer a metade, mas a uma pequena fração, reconduzida a 10% do volume de negócios. Fração essa que tem subjacente a "*ideia de que a defesa da concorrência não deve fazer-se através da incapacitação económica das empresas (infratoras), porque, de outro modo, a atuação do Estado ver-se-ia envolvida num paradoxo de sentido (defesa da concorrência através da eliminação da concorrência)*"⁴⁹. Assim, a fixação de 10% do volume de negócios teve subjacente a preocupação de salvaguardar a capacidade económica das empresas e pelo próprio legislador europeu, não sendo

⁴⁹ Fls. 2443.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

minimamente razoável admitir que visando esse propósito não se tenha determinado uma percentagem consentânea com o mesmo.

329. Assim, por todas as razões expostas, o artigo 69.º, n.º 2, da LdC, não viola qualquer dos princípios e normas invocados pela Recorrente sendo improcedente a questão de inconstitucionalidade material invocada.

*

A inconstitucionalidade dos artigos 3.º, 68.º, n.º 1, alínea f), e 69.º, n.º 2, da Lei da Concorrência:

330. **Alega a Recorrente que o** “princípio da pessoalidade da responsabilidade contraordenacional, ancorado na insusceptibilidade de transmissão dessa responsabilidade (artigo 30.º, n.º 3, da CRP), impõe que o agente da prática do facto apenas possa ser sancionado por facto próprio que lhe seja imputável, sob pena de violação do princípio da culpa. Mesmo no contexto de um grupo societário, não será suficiente a mera titularidade de participações sociais de uma dada pessoa coletiva para se poder extrair daí um juízo de responsabilidade contraordenacional, pelo que a responsabilidade da sociedade-mãe sempre dependerá de facto ilícito próprio. Atento o princípio da pessoalidade da responsabilidade contraordenacional, não é possível extravasar a esfera da infratora para quaisquer efeitos sancionatórios, incluindo quanto à determinação do limite máximo da coima aplicável, o que significa que apenas pode ser considerado o volume de negócios da própria infratora para aqueles efeitos. Admitir-se a possibilidade de considerar outros volumes de negócios que não apenas o da infratora seria subverter a letra do artigo 69.º, n.º 2, da LdC, sobretudo se se considerassem os volumes de negócios de todo um grupo societário, em particular tendo em conta que essas outras entidades não intervêm no processo contraordenacional e não tiveram oportunidade de se pronunciar sobre a correção do que é alegado a propósito dos respetivos volumes de negócios e da veracidade e rigor dos valores indicados”.
331. Em face do exposto, conclui que a “norma que resulta dos artigos 3.º, 68.º, n.º 1, alínea f), e 69.º, n.º 2, da LdC, interpretada e aplicada no sentido de que, para efeitos de



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

determinação do limite máximo de coima aplicável, pode ser considerado o volume de negócios de outra sociedade que não a infratora que foi agente da prática da infração, é, nessa interpretação, materialmente inconstitucional, por violação dos artigos 1.º, 2.º, 12.º, n.º 2, 18.º, n.º 2, 30.º, n.º 3, e 32.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 10, todos da CRP, inconstitucionalidade que se deixa expressamente invocada para todos os efeitos legais”.

332. Mais defende que “apenas poderá ser considerado o volume de negócios da Visada, enquanto alegada infratora, não o volume de negócios de qualquer outra sociedade comercial que integra o denominado Grupo Fidelidade, muito menos o volume de negócios de todo esse grupo societário. Contudo, tendo em conta a medida concreta de coima aplicada e o volume de negócios da Visada realizado em 2020 (de € 2.177.345,25 (dois milhões cento e setenta e sete mil trezentos e quarenta e cinco euros e vinte e cinco cêntimos)), é inequívoco que a AdC terá considerado outros volumes de negócios além do da Visada, pese embora não concretize quais especificamente”.
333. **Por sua vez, defende a AdC nas suas alegações**, que o “artigo 3.º da Lei da Concorrência corporiza, na ordem jurídica nacional, a teoria da unidade económica e o conceito funcional de empresa enquanto unidade económica, tal como previsto no TFUE e densificado, na prática, pelos tribunais da União. asserção do volume de negócios para efeitos de determinação da coima a aplicar não está tão relacionada com o artigo 3.º da Lei da Concorrência, mas com a própria noção de volume de negócios para efeitos de notificação de uma operação de concentração e a avaliação jusconcorrencial que se realiza após a notificação da operação de concentração. Em concentrações, assume particular relevo este conceito de unidade económica, quer para efeitos de notificação da operação de concentração à AdC, quer para efeitos de análise jusconcorrencial da mesma. As empresas a tomar em consideração para o cálculo do volume de negócios no âmbito do procedimento do controlo de concentrações deverá ser o do Grupo a que as empresas em causa pertencem. A AdC tem em conta o conjunto das empresas que fazem parte da Adquirente, bem como do conjunto das empresas que fazem parte da Adquirida para realizar a avaliação jusconcorrencial ao abrigo do artigo 41.º da Lei da Concorrência, cuja finalidade é *determinar os efeitos que uma operação de concentração produz na estrutura de mercado e como uma*



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

*eventual alteração da estrutura de mercado se reflete num funcionamento menos concorrencial, com perdas para os consumidores, por forma a originar uma decisão quanto à aprovação, ou não, dessa operação de concentração*⁵⁰. Apesar de ter sido a empresa Fidelidade SGOIC a notificar a operação de concentração, todas as vantagens e desvantagens desta operação refletem-se e são analisadas em relação ao Grupo e em relação à concorrência existente com as empresas desse Grupo. Não pode olvidar que é o Grupo Fidelidade que se afirma no mercado quando uma das suas empresas adquire o controlo de outra, no seu volume de negócios, na diversificação do seu portfolio, na sua influência no mercado e, ou seja qualquer estratégia de investimento repercute-se no Grupo Fidelidade, como unidade económica”.

334. **Conclui que** “considerar outro entendimento, significaria uma visão redutora e fictícia da dinâmica jusconcorrencial, e só desta forma é que se consegue alcançar em pleno as finalidades de prevenção especial e geral que estão na base das sanções”.
335. **Vejamos.**
336. A AdC defende, no essencial, que o volume de negócios operativo para efeitos de determinação do limite máximo da moldura legal abstrata deve corresponder ao volume de negócios do grupo económico, no qual está inserida a Recorrente, *in casu*, o Grupo Fidelidade. E sustenta a sua tese em três fundamentos. O primeiro e mais importante consiste no facto de entender que neste tipo de infrações se deve considerar o conceito de volume de negócios operativo para efeitos de determinação da sujeição de uma operação de concentração ao procedimento de controlo, previsto no artigo 39.º, n.º 1, da LdC. O segundo fundamento consiste no conceito de empresa enquanto unidade económica que deriva do artigo 3.º, n.º 2, da LdC. Por fim, chama a atenção para a possibilidade de fraude decorrente da consideração do volume de negócios apenas da entidade jurídica que

⁵⁰ Cf. Lei da Concorrência – comentário conimbricense, p. 558.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

procede à notificação. Contudo, nenhum destes fundamentos conduz à solução pretendida pela AdC no caso concreto.

337. Assim, quanto ao primeiro fundamento, é exato, tal como a AdC alega, que “o n.º 1 do artigo 39.º impõe o apuramento do peso agregado das empresas intervenientes numa operação de concentração – como se de uma única empresa se tratasse –, através do somatório do volume de negócios de “cada empresa em causa na concentração”, adicionando, para o efeito, cinco parcelas, a saber: a) a do volume de negócios da empresa em causa; b) a do volume de negócios da filial ou das filiais da empresa em causa; c) a do volume de negócios da empresa-mãe ou das empresas-mãe da empresa em causa; d) a do volume de negócios da filial ou das filiais da empresa mãe ou das empresas mãe da empresa em causa; e) a do volume de negócios da filial ou das filiais controladas conjuntamente por duas ou mais as empresas anteriormente referidas.”
338. Contudo, o n.º 1 do artigo 39.º da LdC tem um propósito muito específico que consiste em determinar o volume de negócios operativo para efeitos de determinação das empresas que estão sujeitas ao procedimento de controlo. Efetivamente, que é essa a função da norma e o seu âmbito de aplicação resulta, de uma forma incontornável, da letra da lei, uma vez que o artigo 39.º, n.º 1, corpo, da LdC, preceitua, de forma expressa, que o preceito indica o conceito de volume de negócios previsto no n.º 1 do artigo 37.º da LdC. Também o elemento sistemático não consente outra interpretação, uma vez que a norma se insere no Capítulo III do diploma relativo às operações de concentração de empresas e em particular na Seção I que incide sobre as operações sujeitas a controlo. Importa notar que esta Seção não contém normas de natureza sancionatória. As mesmas parecem apenas na Seção III, que inclui somente normas processuais e normas remissivas.
339. Quanto à possibilidade de aplicação da norma por analogia é uma hipótese que se depara com dois obstáculos incontornáveis. Em primeiro lugar, porque



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

violaria o princípio da legalidade. Em segundo lugar, porque não existe qualquer lacuna. Efetivamente, a LdC contém uma norma específica para determinar o volume de negócios operativo para efeitos de cálculo do limite máximo da moldura legal abstrata que é o já referido artigo 69.º, n.º 2, da LdC. É esta norma que, de forma expressa e em obediência ao princípio da legalidade, define os parâmetros aplicáveis. Por conseguinte, a tese da AdC apenas seria sustentável se fosse consentida por este preceito legal, pressuposto que não se verifica.

340. Assim, em primeiro lugar, o artigo 69.º, n.º 2, da LdC não contém qualquer remissão para o artigo 39.º, n.º 1, da LdC.
341. Em segundo lugar, o seu texto não é equivalente ao do artigo 39.º, n.º 1, da LdC, pois manda atender apenas ao volume de negócios da “empresa infratora” e estipula como ano de referência o ano anterior à decisão final condenatória, enquanto que o volume de negócios operativo para efeitos do procedimento de controlo é o do exercício anterior ao da notificação prévia (cf. artigo 37.º, n.º 1, alínea c), da LdC). Note-se que esta diferença relativa ao ano considerado para efeitos de cálculo pode fazer com que a realidade económica e até a realidade jurídica pressuposta pelo procedimento de controlo seja significativamente distinta daquela que deveria ser considerada no processo sancionatório, eliminando qualquer equivalência ao nível do substrato fático-jurídico tido em conta. Para além disso, para efeitos de aplicação do artigo 39.º, n.º 1, da LdC, não basta a soma dos volumes de negócios *supra* enunciados. O artigo 39.º contém outros parâmetros relevantes, nomeadamente no n.º 3 no qual se estipula que o volume de negócios em causa compreende os valores dos produtos vendidos e dos serviços prestados a empresas e consumidores no território português, líquidos dos impostos diretamente relacionados com o volume de negócios, mas não inclui as transações efetuadas entre as empresas consideradas no



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

cômputo. Ora, o artigo 69.º, n.º 2, da LdC, não contém qualquer especificação semelhante, conduzindo ao volume de negócios bruto. Estas diferenças demonstram que mesmo que se calculasse o volume de negócios pressuposto pelo artigo 69.º, n.º 2, da LdC, através da soma dos volumes de negócios referidos no artigo 39.º, n.º 1, da LdC, ainda assim a solução alcançada não seria equivalente àquela que é considerada no procedimento de controlo de concentrações.

342. Em terceiro lugar, o artigo 69.º, n.º 2, da LdC, não se aplica apenas à contraordenação objeto dos autos. Inclui no seu âmbito de aplicação outras infrações como a violação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º, da LdC e 101.º e 102.º ambos do TFUE. Este ponto é importante porque, por um lado, estas infrações não têm qualquer relação com operações de concentração de empresas e, por outro lado, a solução prevista na norma é igual para todas as contraordenações incluídas na sua previsão normativa. Havendo unidade de regime na norma para todas as infrações nela previstas não teria qualquer justificação nem a aplicação a todas do conceito de volume de negócios previsto no artigo 39.º, n.º 1, da LdC, nem a sua diferenciação. A primeira solução, para além das razões precedentes, seria rejeitada pela teleologia das infrações que não têm qualquer relação com as operações de concentração de empresas. A segunda solução não teria qualquer suporte na letra da lei e, nessa medida, ofenderia o princípio da legalidade.
343. Alega a AdC que tudo o que defende “baseia-se e está em plena harmonia com o Regulamento da Comissão Europeia relativa às concentrações, o Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, bem como com a Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas”. Admite-se que sim. Contudo, a AdC oblitera um elemento essencial: é que o Regulamento (CE) n.º 139/2004 contém uma previsão



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

normativa expressa sobre a questão em análise. Efetivamente, o artigo 14.º, n.º 1, corpo, do diploma, dedicado às sanções aplicáveis, estipula que "A Comissão pode, por via de decisão, aplicar às pessoas referidas na alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º às empresas e associações de empresas, coimas até 1 % do volume de negócios total realizado pela empresa ou associação de empresas em causa na aceção do artigo 5.º sempre que, deliberada ou negligentemente" (realce e sublinhado aditados). O artigo 5.º do Regulamento é equivalente ao nosso artigo 39.º da LdC.

344. Esta diferença conduz à falência do argumento invocado pela AdC por três razões. Em primeiro lugar, porque sendo o regime previsto no Regulamento (CE) n.º 139/2004 distinto do nosso na sua previsão legal expressa (cf. sobre a relevância deste fator as considerações tecidas no § 22) 6e não sendo este diploma aplicável no direito interno, não há razões para qualquer tipo de deferência em relação ao direito europeu.
345. Em segundo lugar, a solução consagrada no Regulamento (CE) n.º 139/2004 é reveladora de que a introdução em matéria de sancionamento de operações de concentrações de parâmetros distintos daqueles que estão previstos para outras infrações ao direito da concorrência, como as práticas restritivas da concorrência reguladas pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 depende de uma previsão legal expressa.
346. Em terceiro lugar, a solução prevista no Regulamento (CE) n.º 139/2004 é inclusive diferente daquela que a AdC defende, pois o transcrito artigo 14.º, n.º 1, alude a 1% do volume de negócios e não a 10% conforme previsto no artigo 69.º, n.º 2, da LdC, e para além disso remete integralmente para o artigo 5.º do diploma. O que significa que a forma de cálculo do volume de negócios será equivalente, na sua totalidade (ou seja, quer em termos de referências temporais, quer em termos de parcelas de cálculo), àquele que é utilizado no procedimento de controlo.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

347. As razões precedentes permitem que se conclua que não só o direito europeu não suporta a tese da AdC, como serve de argumento em sentido contrário, pelo que falece o primeiro fundamento invocado pela AdC.
348. O segundo fundamento consiste na conjugação do artigo 69.º, n.º 1, da LdC, com o artigo 3.º, n.º 2, do mesmo diploma, na qual se estipula o seguinte: "Considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes, nomeadamente: a) De uma participação maioritária no capital; b) Da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais; c) Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; d) Do poder de gerir os respetivos negócios".
349. É verdade que o artigo 69.º, n.º 2, da LdC, alude a "empresa", especificamente "*empresa infratora*". Contudo, não é o artigo 69.º, n.º 2, da LdC que define os parâmetros de determinação dos agentes responsáveis. Esta tarefa é cumprida por outro preceito do diploma, designadamente o artigo 73.º, n.º 1, da LdC. Ora, o artigo 73.º já não utiliza o conceito de empresa, mas de "*pessoas coletivas, independentemente da regularidade da sua constituição, sociedades e associações sem personalidade jurídica*". Esta norma pressupõe as pessoas coletivas de um ponto de vista jurídico, enquanto que o conceito de "empresas", vertido no n.º 2, do artigo 3.º, da LdC, é um conceito de natureza económica. Ao pressupor um conceito jurídico, o artigo 73.º, n.º 1, da LdC, tem de ser articulado com as demais normas do ordenamento jurídico que regulam as sociedades comerciais.
350. Ora, decorre do artigo 5.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC) que as sociedades comerciais gozam de personalidade jurídica. É verdade que quando as sociedades estão inseridas num grupo ficam sujeitas a normas



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

especiais de responsabilidade (cf. artigos 501.º a 504.º do CSC). Contudo, estas normas não eliminam, nem suprimem a personalidade jurídica de cada uma das sociedades integrantes do grupo. Efetivamente, conforme o Tribunal da Relação de Lisboa afirmou, no Acórdão de 14 de junho de 2017, no processo n.º 36/16.QYUSTR.L1, citado pela Recorrente, *"a existência de uma relação de domínio, imediato ou mediato entre duas sociedades comerciais não contende, por si só, com a personalidade jurídica e a autonomia de que cada uma é titular"* e, citando Engrácia Antunes *"não obstante a sua integração no perímetro de ação e estratégia de uma unidade económico-empresarial mais vasta, aquelas sociedades conservam em pleno a sua personalidade jurídica individual, mantendo assim a respetiva autonomia jurídico-patrimonial e jurídico-organizativa"*. É verdade que estas afirmações foram efetuadas num complexo factual bastante distinto daquele que está em causa nos presentes autos e para justificar uma solução jurídica diferente daquela que se adotou na sentença de 1.ª Instância proferida no referido processo. Contudo, mesmo que, com todo o respeito, não se concorde com tal solução jurídica, não há qualquer razão para divergir das palavras transcritas no âmbito do posicionamento jurídico das empresas que integram um grupo societário.

351. Em consequência, o artigo 73.º, n.º 1, da LdC, não é compatível com uma solução normativa que conduza à eliminação ou supressão da personalidade jurídica, como seria o caso. Efetivamente, a solução da AdC faria com que se obliterasse a personalidade jurídica da Visada, pois não atende apenas ao seu volume de negócios, e também das demais sociedades que integram o Grupo Fidelidade, incluindo a própria sociedade-mãe, na medida em que estas sociedades não tiveram qualquer intervenção no processo.
352. E com isto não se está nem a retirar utilidade ao artigo 3.º, n.º 2, da LdC, nem sequer a rejeitar a teoria da "unidade económica" defendida pela



Processo: 328/21.6YUSTR
Referência: 360336

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

jurisprudência do TJUE em matéria de sancionamento das infrações ao direito da concorrência, verificando-se que também aqui o direito europeu da concorrência serve de argumento não para sustentar a tese da AdC, mas para a rejeitar.

353. Assim, o artigo 3.º, n.º 2, da LdC, é muito útil, por exemplo, para efeitos de aplicação dos artigos 9.º a 12.º da LdC. Quanto à jurisprudência do TJUE, a mesma resume-se, no essencial, a um conjunto de parâmetros, que o TJ recordou no recente Acórdão de 12.05.2022, processo C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale SpA e outros, e que consistem no seguinte: “105. (...) os autores do Tratado FUE escolheram, para designar o autor de uma infração ao direito da concorrência, recorrer ao conceito de «empresa», o qual designa, nesse contexto, uma unidade económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas (Acórdão de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel e o./Comissão, C-516/15 P, EU:C:2017:314, n.º 48). 106. Decorre desta escolha que, quando essa entidade económica infringe as regras relativas à concorrência, incumbe-lhe, de acordo com o princípio da responsabilidade pessoal, responder pela referida infração (Acórdão de 25 de março de 2021, Deutsche Telekom/Comissão, C-152/19 P, EU:C:2021:238, n.º 73). 107. Todavia, uma vez que uma tal infração deve ser imputada a uma pessoa jurídica à qual poderão ser aplicadas coimas, a aplicação do conceito de «empresa» e, através dele, o de «unidade económica» implicam de pleno direito uma responsabilidade solidária entre as entidades que compõem a unidade económica no momento da prática da infração (v., neste sentido, Acórdão de 6 de outubro de 2021, Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, n.º 44). 108. Quando pessoas juridicamente distintas são organizadas sob a forma de um grupo, é jurisprudência constante que estas formam uma só e mesma empresa quando não determinam, de modo autónomo, o seu comportamento no mercado em causa, mas que, atendendo em especial aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que as unem a uma sociedade-mãe, estas sofrem, para alcançar esse fim, os efeitos do exercício efetivo, por parte desta unidade de direção, de uma influência determinante (v., neste sentido, Acórdão de 25 de março de 2021, Deutsche Telekom/Comissão, C-152/19 P, EU:C:2021:238,



Processo: 328/21.6YUSTR
Referência: 360336

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

n.º 74 e 75). 109 Resulta de jurisprudência igualmente constante que, na hipótese especial em que a sociedade-mãe detém, diretamente ou indiretamente, a totalidade ou praticamente a totalidade do capital da sua filial que cometeu uma infração às regras de concorrência da União, o exercício efetivo de uma influência determinante pela sociedade-mãe pode ser presumido (v., neste sentido, Acórdão de 15 de abril de 2021, Italmobiliare e o./Comissão, C-694/19 P, não publicado, EU:C:2021:286, n.º 55). 110 Tal presunção é, no entanto, ilidível (v., neste sentido, Acórdão de 8 de maio de 2013, Eni/Comissão, C-508/11 P, EU:C:2013:289, n.º 47). Com efeito, como o Tribunal de Justiça sublinhou, é não a detenção dessa percentagem do capital social da filial que fundamenta essa presunção mas o grau de controlo que esta detenção implica (Acórdão de 27 de janeiro de 2021, The Goldman Sachs Group/Comissão, C-595/18 P, EU:C:2021:73, n.º 35). Ora, a detenção, por uma sociedade, da quase totalidade do capital social de outra, embora constituindo um indício muito forte a favor da detenção desse controlo, não permite excluir com certeza que uma ou várias outras pessoas possam deter, isoladamente ou conjuntamente, o poder de decisão, uma vez que, nomeadamente, a propriedade do capital social pode ter sido dissociada dos direitos de voto. 111 De resto, resulta da jurisprudência recordada anteriormente que, para formar com a sua filial uma só e mesma empresa, uma sociedade-mãe deve exercer controlo sobre o comportamento da sua filial, o que pode ser demonstrado provando quer que a sociedade-mãe tem capacidade para exercer uma influência determinante no comportamento da filial e que, além disso, efetivamente exerceu essa influência, quer que essa filial não determina de modo autónomo o seu comportamento no mercado, mas que aplica, no essencial, as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe, tendo em conta, em especial, os vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essas duas entidades jurídicas (v., designadamente, Acórdão de 25 de março de 2021, Deutsche Telekom/Comissão, C-152/19 P, EU:C:2021:238, n.os 94 e 95). 112 Consequentemente, uma sociedade-mãe deve igualmente poder ilidir a presunção enunciada no n.º 109 do presente acórdão demonstrando que, embora detivesse a totalidade ou praticamente a totalidade do capital de outra sociedade, na prática, não lhe dava instruções, nem participava diretamente nem



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

indiretamente, em especial por intermédio de administradores designados, na adoção das decisões dessa outra sociedade relativas à atividade económica em questão.”⁵¹.

354. A jurisprudência precedente é demonstrativa de que o conceito unitário de empresa adotado e similar àquele que está consagrado no artigo 3.º, n.º 2, da LdC, não é utilizado pelo TJUE para conduzir a soluções equivalentes àquela que a AdC defende, pois a construção europeia pressupõe uma responsabilidade solidária, com intervenção processual das empresas condenadas e que não prescinde da aferição da existência de influência determinante entre as empresas pertencentes à mesma unidade económica, ainda que possa decorrer de uma presunção ilidível.
355. É verdade que, conforme a AdC adverte, não está em causa nos autos a aplicação desta jurisprudência. Contudo, chama-se a mesma à colação para demonstrar que a construção europeia em matéria de sancionamento de infrações ao direito da concorrência que parte do conceito de unidade económica – que é o ponto de partida que a AdC pretende utilizar – não conduz a soluções como aquela que defende. Ou seja, nem sequer por esta via seria possível sustentar a tese da AdC, antes pelo contrário.
356. Por fim, quanto ao terceiro fundamento, as preocupações da AdC neste sentido são válidas. Contudo, a sua superação não pode ser feita contra a lei vigente.
357. Em face das razões expostas, considera-se que a Recorrente tem razão, pelo que o volume de negócios a considerar deverá ser apenas e só o seu volume de negócios no ano de 2020, uma vez que é a “empresa infratora”.

⁵¹

In <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2522opera%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bde%2Bconcentra%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522&docid=202404&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1625062#ctx1>



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

358. Por conseguinte, mostra-se prejudicada a questão de inconstitucionalidade material invocada pela Recorrente.

*

A manifesta desproporcionalidade e desadequação da coima concretamente aplicada:

359. A Recorrente dedica um capítulo do recurso de impugnação a demonstrar que a coima aplicada pela AdC é manifestamente desproporcional e desadequada.
360. Sucede que o tipo de controlo exercido pelo Tribunal nesta matéria não é um controlo de fundamentação, mas um controlo pleno, que implica um reexame *ex novo* da determinação da medida da coima, sem qualquer vinculação à decisão impugnada ou a outras decisões da AdC. Por conseguinte, o que se impõe que o Tribunal faça não é que avalie se a coima aplicada pela AdC é ou não desproporcional e desadequada, mas que determine a coima que considera proporcional e adequada, exercício que será efetuado *infra*.
361. Assim, quanto a esta questão, não se justifica tecer mais considerações.

*

Da inadmissibilidade da inclusão do volume de negócios da empresa mãe:

362. **Alega a Visada que a** "circunstância de a coima concretamente aplicada exceder o limite máximo aplicável nos termos do n.º 2 do artigo 69.º da LdC obriga a que, por dever de patrocínio, se considere a hipótese de a AdC ter tido por referência para a fixação da coima o volume de negócios de todo o grupo Fidelidade. A confirmar-se esta hipótese, tratar-se-ia de uma solução inadmissível por manifestamente ilegal, desde logo porque embora o n.º 2 do artigo 3.º da LdC considere como única empresa "o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência", o artigo 73.º da LdC, que dispõe sobre o regime de responsabilidade, não se refere à possibilidade de responsabilizar a empresa (realidade desprovida de



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

personalidade jurídica) mas sim a pessoa coletiva autora da infração”.

363. Mais sustenta que “o conceito de empresa desenvolvido pelo direito europeu só permite a imputação de responsabilidade no sentido ascendente e não descendente, isto é, permite que sejam desconsideradas as respetivas personalidades jurídicas de modo a sustentar a responsabilidade de uma sociedade-mãe por um ilícito jusconcorrencial cometido por uma sociedade filha (verificadas as condições necessárias), mas não permite a atribuição de responsabilidade à sociedade dominada por uma infração cometida por uma sociedade dominante (cf., por exemplo, acórdão do TJUE de 2.10.2003 no processo Siderúrgica Aristrain, §§ 98 e 99). Se o conceito de empresa do direito europeu não permite a atribuição de responsabilidade a uma sociedade-filha por um ilícito cometido por uma sociedade-mãe pelo simples facto de pertencerem ao mesmo grupo societário, não permite também, por maioria de razão, que o valor da coima a aplicar à sociedade infratora seja calculado por referência ao volume de negócios da sociedade dominante”.
364. Mais acrescenta que “a jurisprudência nacional tem recusado a possibilidade de imputação de responsabilidade a sociedades dominantes por ilícitos praticados por sociedades dominadas (cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.06.2017 no processo n.º 36/16.QYUSTR.L1 – Associação Nacional de Farmácias)”.
365. Salaria também que “ainda que se optasse por um entendimento contra legem do disposto no artigo 73.º, n.º 1, da LdC – no sentido de esta norma permitir a responsabilização de unidades económicas e não apenas das pessoas jurídicas diretamente envolvidas na infração – mesmo aí apenas se poderia ponderar a fixação da coima por referência ao volume de negócios de todo o grupo societário Fidelidade caso a sociedade-mãe da Fidelidade SGOIC tivesse sido visada no processo. Isto mesmo foi confirmado, por exemplo, pelos acórdãos do TJUE nos processos Arbed (C-176/99) e Bolloré (C-327/07)”.
366. Por via do exposto, considera resultar, “assim, da conjugação dos artigos 73.º, n. 1, e 69.º, n.º 2, da LdC que, para efeitos sancionatórios, o volume de negócios a ter em conta



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunats.org.pt

Recurso (Contraordenação)

corresponde necessariamente ao realizado pela pessoa singular ou coletiva infratora e não ao do grupo económico em que esta se insere”.

367. Por fim, salienta que a “admitir-se a hipótese de a AdC ter procedido à fixação da coima por referência ao volume de negócios dos fundos sob gestão da Visada – ao arrepio de toda a sua prática decisória anterior em matéria sancionatória – sempre haveria que desconsiderar na sua totalidade o volume de negócios registado em 2020 pelo Fundo Saudeinveste, à luz, nomeadamente, do § 173 da Comunicação Consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 relativo ao controlo das concentrações de empresas”.
368. Por sua vez, sustenta a AdC nas suas alegações que considerou “para efeitos de determinação da medida concreta da coima o volume de negócios do Grupo, pois só dessa forma, é que as exigências de prevenção geral e especial estarão cumpridas. O volume de negócios relativo à Fidelidade SGOLL, considerado individualmente, não poderia ser o volume de negócios de referência para a aplicação da coima, porque tal consideração poderia inclusivamente inviabilizar a aplicação de qualquer coima neste tipo de processos contraordenacionais relativos a controlo de concentrações. Na prática transaccional, muitas vezes são criadas empresas veículo, sem qualquer volume de negócios, que visam tão-somente proceder à aquisição de uma outra empresa. Esta empresa veículo poderá ser a notificante no procedimento de controlo de concentrações, tendo a obrigação de notificar a operação antes da decisão de não oposição da AdC. Na falta de notificação da operação e realização da mesma antes da Decisão da AdC, esta empresa poderá ser sujeita a um processo contraordenacional, onde será a Visada. Se a aplicação de coima pela AdC estivesse limitada ao volume de negócios da entidade jurídica que procede à notificação, ignorando a sua realidade económica subjacente, nomeadamente o grupo onde está inserida (realidade que será sempre considerada também na avaliação jusconcorrencial que se fará da operação de concentração), poderia esvaziar nestas situações a possibilidade de aplicar uma coima – uma vez que estas poderão não ter qualquer volume de negócios –, contribuindo para a criação de um incentivo perverso para a criação de estruturas societárias com o objetivo de escapar a um eventual processo sancionatório. Não se discute, neste caso, a



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

responsabilidade do Grupo económico ou da responsabilidade pelo pagamento da coima a que alude o artigo 73.º da Lei da Concorrência em conjugação com o artigo 3.º para infrações jusconcorrenciais aos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência. O que que esta em causa é uma infração às normas da concorrência por a empresa Notificante (aquela que vai adquirir o controlo de uma outra empresa ou ativos de empresa) não ter notificado a operação antes de a AdC proferir uma decisão de não oposição. A empresa Notificante, apesar de ter sido a Fidelidade SGOIC, poderia ser qualquer outra criada pelo Grupo Fidelidade para o efeito. É o Grupo Fidelidade, enquanto unidade económica que decide se uma das suas filiais pode realizar este tipo de transação, pondera as vantagens e desvantagens dessa transação e, é partir das atividades económicas exercidas por todas as empresas do Grupo que a AdC realiza a sua avaliação jusconcorrencial e se existe uma alteração estrutural no mercado onde o Grupo se insere. Do exposto, não poderá haver qualquer dúvida de que o volume de negócios a considerar para determinação do montante da coima a aplicar deverá ser a do Grupo económico Fidelidade, pois a responsabilidade desta infração deve repercutir-se na unidade económica enquanto Grupo, devendo improceder os argumentos aduzidos pela Recorrente”.

369. **Vejamos.**

370. Da análise que se efetuou a propósito da inconstitucionalidade dos artigos 3.º, 68.º, n.º 1, alínea f), e 69.º, n.º 2, da Lei da Concorrência já se deu resposta a esta questão no sentido defendido pela Visada, dando-se aqui por reproduzido o que aí se exarou. Por conseguinte, o volume de negócios a considerar é apenas e só o da Visada.

371. Importa acrescentar uma nota. É possível, tal como a AdC alega, que a empresa Notificante, apesar de ter sido a Fidelidade SGOIC, poderia ser qualquer outra criada pelo Grupo Fidelidade para o efeito. Aceita-se também como possível que seja o Grupo Fidelidade, enquanto unidade económica que decide se uma das suas filiais pode realizar este tipo de transação, pondera as vantagens e desvantagens dessa transação e aceita-se que é partir



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

das atividades económicas exercidas por todas as empresas do Grupo que a AdC realiza a sua avaliação jusconcorrencial e se existe uma alteração estrutural no mercado onde o Grupo se insere.

372. Contudo, não foi contra o Grupo Fidelidade que a AdC dirigiu a sua decisão, mas apenas e só contra a Visada, sendo certo que dos presentes autos resultará somente um título executivo contra a Recorrente. Por conseguinte, se a AdC pretendia atingir o Grupo Fidelidade, de forma a (conforme defende) adequar a decisão à realidade pressuposta pela operação de concentração em causa devia, pelo menos, ter dirigido a decisão contra a empresa-mãe do Grupo e imputar factos suscetíveis de envolver esta empresa na prática da infração, a fim de poder ser responsabilizada pela mesma. O que não fez.

*

Coima:

373. Assim, em face do exposto e considerando ainda o estatuído no artigo 17.º, n.º 3, do RGCO, a coima deve ser fixada entre: € 3,17 e €108.867,26.
374. Quanto ao **montante da coima** não deve exceder a culpa do agente e dentro deste limite máximo deve satisfazer as exigências de prevenção geral e especial reclamadas pelo caso.
375. Para o efeito e nos termos do artigo 69.º, n.º 1, da LdC, dever-se-á considerar nomeadamente os seguintes fatores: a) a gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional; b) a natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração; c) a duração da infração; d) o grau de participação do visado pelo processo na infração; e) as vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas; f) o comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

causados à concorrência, nomeadamente através do pagamento de indemnização aos lesados na sequência de acordo extrajudicial; g) a situação económica do visado pelo processo; h) os antecedentes contraordenacionais do visado pelo processo por infração às regras da concorrência; i) a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento.

376. Para além disso, nos termos dos artigos 18.º, n.º 1, do RGCO, e 71.º, n.º 2, do CP, *ex vi* artigo 32.º, do RGCO, deverão ser considerados todos os demais fatores relevantes para a determinação da ilicitude concreta do facto, da culpa do agente, dos benefícios obtidos com a prática da contraordenação, da situação económico-financeira e todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo, deponham a favor ou contra a Visada.
377. Fazendo a aplicação destes parâmetros ao caso concreto considera-se que a coima deve ser mais próxima do limite mínimo do que do limite máximo pelas razões que se passam a expor.
378. Em primeiro lugar, a gravidade dos factos não é acentuada, porque, conforme já referido a propósito da admoestação (e para cuja fundamentação se remete), não se provou que a conduta tenha gerado efeitos anticoncorrenciais, prejuízos ou danos, nem sequer que a operação de concentração era efetivamente suscetível de causar entraves à concorrência. Para além disso, a operação em causa não correspondia ao padrão comum de operações apreciadas pela AdC, no momento primeiro da realização da operação a Recorrente agiu com negligência inconsciente e assim que representou a possibilidade de estar perante uma operação sujeita a notificação prévia contactou a AdC, tendo-se esforçado por minimizar o seu impacto, não praticando atos estruturais, mas meros atos de gestão corrente e acabou por reverter a operação.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

379. Em segundo lugar, a culpa da Recorrente também não é acentuada, pois não ficou provada a intenção e a obtenção de vantagens económicas ou sequer uma motivação associada à intenção de afetar os seus concorrentes, verificando-se inclusive que não ocultou a operação de concentração aos mesmos.
380. Em terceiro lugar, as exigências de prevenção geral não são expressivas, uma vez que não ficou demonstrada a existência de prejuízos ou danos ou qualquer alarme social associado ao caso. Para além disso, a prática decisória da AdC demonstra que as operações de concentração como aquela que está em causa são bastante raras.
381. Em quarto lugar, as exigências de prevenção especial também não são elevadas, uma vez que não são conhecidos antecedentes contraordenacionais desta natureza à Recorrente, a mesma assumiu uma postura colaborante, nunca tentou ocultar os factos, antes pelo contrário, e acabou por reverter a operação.
382. Em contrapartida, a coima não pode ser coincidente ou muito próxima do limite mínimo, justificando-se que se aproxime do limite médio da moldura legal abstrata pelas razões que se passam a expor.
383. Em primeiro lugar, pese embora a gravidade dos factos não seja acentuada, também não é despicienda, porque a conduta durou 1 ano e 5 meses e incidiu sobre uma operação de dimensão muito considerável, que envolvia um mercado sensível, num setor de atividade vital como a saúde. A propósito da admoestação já se explicitou a razão pela qual estes fatores são importantes para a determinação da gravidade da infração (cf. § 281). Para além disso, a Recorrente praticou os factos como autora e principal



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

responsável. Quanto à medida da violação do dever de cuidado reitera-se também o que já se explicitou a propósito da admoestação, no § 286 e que aqui se dá por reproduzido.

384. Em segundo lugar, a culpa não sendo elevada, também não é despicienda, pois a Recorrente agiu motivada pela defesa dos seus interesses (cf. considerações tecidas no § 288) e não resulta dos factos provados nenhum fator que tivesse interferido com a capacidade da Recorrente de ter atuado em conformidade com a lei, sendo a conduta verificada da sua inteira responsabilidade.
385. Em terceiro lugar, as exigências de prevenção geral permitem que a coima seja muito próxima do limite mínimo, mas não impedem que possa ser fixada em montante superior se tal se justificar em nome das exigências de prevenção especial. É o caso, pois neste plano há dois fatores preocupantes, designadamente: a resistência manifestada pela Recorrente na conformação da sua conduta com o direito, refletida na insistência de que a operação em causa não estava sujeita a notificação prévia e no tempo que demorou até decidir reverter a operação; e o facto de não demonstrar pleno sentido crítico da sua conduta, avançando com fundamentos desculpabilizantes.
386. Por fim, a situação económico-financeira da Recorrente é positiva.
387. Por todas as razões expostas, considera-se que uma coima no montante de € 40.000 se revela proporcional com a gravidade dos factos, é consentida pela culpa da Recorrente e é adequada, necessária e suficiente para satisfazer as finalidades preventivas reclamadas pelo caso, sendo compatível com a sua situação económico-financeira.

DISPOSITIVO:



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax. 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

388. Em face de todo o exposto, julgo o presente recurso parcialmente procedente nos seguintes termos:

- a. Declaro a nulidade da pronúncia da AdC de que consta no ofício com a referência S-AdC/2021/3227;**
- b. Julgo improcedentes as questões prévias invocadas pela Recorrente;**
- c. Condeno a FIDELIDADE – SOCIEDADE GESTORA DE ORGANISMOS DE INVESTIMENTO COLETIVO, S.A. pela prática, a título negligente, de uma contraordenação prevista e punida pelos artigos 68.º, n.º 1, alínea f), em conjugação com os artigos 37.º, 38.º e 40.º, n.º 1, ambos da Lei da Concorrência, numa coima no montante de quarenta mil euros (€ 40.000,00).**

CUSTAS:

- 389.** A Recorrente deve ser condenada em custas, que incluem a taxa de justiça – cf. artigos 93.º, n.º 3 e 94.º, n.º 3, ambos do Regulamento das Custas Processuais (RCP).
- 390.** No que respeita ao valor da taxa de justiça, verifica-se que a Recorrente já procedeu à liquidação de uma unidade de conta a título de taxa de justiça, em conformidade com o artigo 8.º, n.º 7, do Regulamento das Custas Processuais (RCP). Importa proceder, nos termos do mesmo preceito legal, à correção da taxa de justiça, de acordo com os limites previstos na tabela III anexa ao diploma, designadamente 1 a 5 unidades de conta, tendo em consideração a gravidade do ilícito.
- 391.** Neste âmbito, entende-se que a fixação da taxa de justiça em quatro unidades de conta é ajustada, sendo certo que, tratando-se de uma atividade de correção da taxa de justiça, este valor final inclui a unidade de conta já



Processo: 328/21.6YUSTR
Referência: 360336

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

liquidada. Quer isto dizer que a Recorrente apenas terá de pagar o remanescente.

392. **Em face do exposto, condena-se a Recorrente em custas, fixando-se a taxa de justiça em quatro unidades de conta, que inclui a unidade de conta já liquidada pela Arguida ao abrigo do disposto no artigo 8.º, n.º 7, do RCP, faltando pagar o remanescente.**

393. **Deposite.**

13.06.2022



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Processo: 328/21.6YUSTR	Recurso (Contraordenação)	362770
-------------------------	---------------------------	--------

CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO

Certifica-se que, nos presentes autos de Recurso (Contraordenação) n.º 328/21.6YUSTR, a douda sentença que antecede, transitou em julgado, relativamente aos arguidos/recorrentes abaixo indicados, nas seguintes datas:

Recorrente: Fidelidade- Sociedade Gestora de Organismos de Investimento Colectivo, S.A., transitado em 23-06-2022

Santarém, 29-06-2022.

O Escrivão Auxiliar,
Helder Roseiro

Processado por computador