



200460-10080840



R E 0 4 4 5 3 9 4 2 5 P T

Exmo(a). Senhor(a)

Avenida de Berna, N.º 19
Lisboa
1050-037 Lisboa

Processo: 102/15.9YUSTR.L1	Recurso Penal	N/Referência: 11151828 Data: 11-01-2017
Origem Depoimento por Videoconferência (Penal), nº 393/15.5T8CMN do Comarca de Viana do Castelo - Caminha - Juízo C. Genérica		
Recorrido: Autoridade da Concorrência		
Recorrente: Petróleos de Portugal - Petrogal, S.A. e outro(s)...		

Notificação por via postal registada

Assunto: Acordão

Fica V. Ex^a notificado, na qualidade de Mandatário do Recorrido Autoridade da Concorrência, nos termos e para os efeitos a seguir mencionados:

De todo o conteúdo do duto acórdão proferido, cuja cópia se junta.

(A presente notificação presume-se feita no 3º dia útil posterior ao do envio - art.º 113º, n.º 2, do C. P. Penal).

O Oficial de Justiça,

Sandra Encarnação



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Acordam, em conferência, na 5^a Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa

I – RELATÓRIO

1 – Por sentença de 4 de Janeiro de 2016, o Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão – 1º Juízo -, depois de, nos termos e para os efeitos do art. 358º/1 e 3, do CPP, ex vi art. 41º/1, do RGCO, ter comunicado às recorrentes uma alteração não substancial dos factos e da qualificação jurídica, tendo-se feito reconduzir a sua conduta também ao estatuído no art. 68º/3, da LdC, julgou parcialmente procedentes os recursos de impugnação interpostos pelas visadas Petróleos de Portugal – Petrogal, S.A., Galp Açores – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A. e Galp Madeira – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A., tendo-as condenado pela prática, em co-autoria material, de uma contra-ordenação p. e p. pelos artigos 9º n.º 1 e 68º n.ºs 1, al a), e 3, ambos da Lei nº 19/2012, de 18.05, nas seguintes coimas:

- a) A sociedade Petróleos de Portugal – Petrogal, S.A., numa coima no montante de três milhões e novecentos mil de euros;
- b) A sociedade Galp Açores – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A., numa coima no montante de cento e cinquenta mil euros;
- c) A sociedade Galp Madeira – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A., numa coima no montante de quarenta mil euros;

Na referida sentença o tribunal considerou provado que:

“Factos provados:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

1) A Petrogal é uma sociedade anónima detida a 100% pela Galp Energia, empresa *holding* do grupo Galp Energia. A atividade do grupo Galp Energia abrange essencialmente três segmentos de negócio: (i) prospeção, pesquisa, avaliação, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural; (ii) aprovisionamento, refinação e distribuição de matérias-primas como o crude e produtos em vias de fabrico; e (iii) aprovisionamento, comercialização e distribuição de gás natural e produção de energia elétrica e térmica.

2) A Petrogal desenvolve a sua atividade na área do petróleo bruto e seus derivados, encontrando-se ativa ao nível: (i) da refinação de petróleo bruto e seus derivados; (ii) do transporte, distribuição e comercialização de petróleo bruto, seus derivados e gás natural; (iii) da pesquisa e exploração de petróleo bruto e gás natural; e (iv) de quaisquer outras atividades e serviços industriais, comerciais e de investigação conexos.

3) A Galp Açores é detida a 100% pela Petrogal e dedica-se à distribuição, armazenagem, transporte e comercialização de combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e outros derivados do petróleo, na Região Autónoma dos Açores.

4) A Galp Madeira também é detida a 100% pela Petrogal e encontra-se ativa na distribuição, armazenagem, transporte e comercialização de combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e outros derivados do petróleo na Região Autónoma da Madeira.

*

5) Alguns tipos de usos domésticos admitem a utilização tanto de gás, seja GPL ou gás natural, como de eletricidade.

6) A tabela seguinte ilustra as condições de habitabilidade dos alojamentos em Portugal, no que respeita a existência de acesso a gás ou eletricidade.

Tabela 1: Condições de habitabilidade dos alojamentos – Portugal, 2010

	N.º alojamentos	%
Alojamentos em Portugal	3.932.010	100%
Gás		

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Alojamentos com Gás	3.753.889	95.47%
Alojamentos com ligação à rede de gás natural	790.615	20.11%
Alojamentos com GPL canalizado	388.095	9.87%
Alojamentos com GPL Garrafa	2.644.744	67.26%
Eletricidade		
Alojamentos com ligação à rede pública de eletricidade	3.926.201	99.85%

Fonte: INE / DGEG, Inquérito ao Consumo de Energia no Setor Doméstico, Edição 2011

7) A eletricidade, tal como o gás natural, é dependente do fornecimento por rede pública, contudo e como se observa na tabela *supra*, com uma abrangência territorial muito superior. Com efeito, segundo o inquérito ao consumo de energia do Instituto Nacional de Estatística (doravante, INE) e da DGEG de 2010, a quase totalidade dos alojamentos inventariados pelo INE têm acesso a energia elétrica, tal como consta da tabela *supra*.

8) Há no mercado fogões com placas elétricas e bicos de gás (GPL) em simultâneo, mas, nos casos em que não existem tais aparelhos, a eletricidade exige equipamentos finais distintos dos utilizados para o gás. No curto prazo, a substituição de gás por eletricidade é condicionada pelo tipo de equipamento já instalado e a respetiva amortização, dado que o custo de conversão entre tipos de equipamento pode ser elevado.

9) A eletricidade é a principal fonte de energia nos usos domésticos, sendo o GPL em garrafa a terceira.

10) No fornecimento de energia a equipamentos de cozinha, eletricidade é a primeira fonte de energia em termos de consumo, representando 34%, e o GPL em garrafa é a terceira, representando 23%.

11) O GPL engloba os produtos butano (C₄H₁₀) e propano (C₃H₈), que podem ser obtidos quer da refinação do petróleo, quer do gás natural.

12) O gás butano é utilizado para fins essencialmente domésticos, sob forma acondicionada (em garrafas), no aquecimento individual, na produção de água



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

quente e na cozinha. É igualmente utilizado por grosso (granel), para fins principalmente industriais. O gás butano queima de forma mais limpa e fornece mais energia, mas a sua utilização tem uma limitação pelo facto de perder a sua natureza gasosa a uma temperatura inferior a 0°C.

13) O gás propano é utilizado para fins domésticos, idênticos aos do gás butano (em garrafa ou também canalizado) e também como forma energética para a indústria ou edifícios públicos ou privados não residenciais, sendo que as suas características técnicas o tornam mais adequado a uma distribuição por grosso (em cisternas), independentemente das condições climatéricas.

14) Não obstante algumas diferenças técnicas (pressões diferentes e temperaturas de ebulição diferentes que determinam o modo de armazenagem e de acondicionamento), o butano e o propano são substituíveis entre si no que diz respeito à maior parte das utilizações (à exceção do GPL Auto que é sempre uma mistura de propano e de butano). Ambos são utilizados para fins domésticos idênticos e os equipamentos que funcionam com gás butano também funcionam com gás propano.

15) O GPL é essencialmente utilizado como combustível para fornecimento de energia (GPL Energia ou, simplesmente, GPL) ou como combustível automóvel (GPL Auto).

16) O GPL e o GPL Auto destinam-se a usos distintos. O GPL é utilizado para fins domésticos e industriais, enquanto o GPL Auto é utilizado como combustível nos automóveis.

17) O GPL Auto não pode ser utilizado para fins domésticos, o mesmo acontecendo com o GPL que não pode ser utilizado como combustível em veículos automóveis.

18) O GPL pode ser distribuído sob três formas: (i) em garrafa; (ii) a granel e (iii) canalizado doméstico.

19) O GPL em garrafa é adequado para usos domésticos e para pequenos estabelecimentos comerciais, sendo principalmente utilizado no aquecimento individual, na produção de água quente e na cozinha. As garrafas são vendidas ao consumidor final por distribuidores de segunda linha (*i.e.*, pequeno comércio –

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

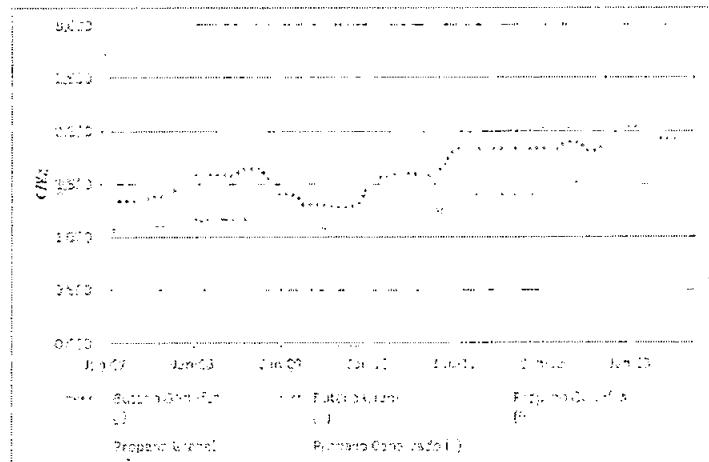
minimercados, mercearias, lojas de eletrodomésticos, cafés, postos de abastecimento de combustível, etc.) ou diretamente por distribuidores de primeira linha nos diversos segmentos: uso doméstico, restauração, hotelaria e indústria, entre outros.

20) Já o GPL canalizado será adequado para fins domésticos, em edifícios dotados de uma rede comum de gás interligada a um depósito ou parque de garrafas.

21) Por fim, o GPL a granel será a solução mais adequada para consumos de maior dimensão, sejam estes industriais ou domésticos.

22) Como sugere a figura *infra*, nos últimos 7 anos, os preços do gás em garrafa foram entre 44% a 59% mais elevados que os preços do gás fornecido a granel no caso do propano, e entre 18 a 42% no caso do butano. Por seu lado, os preços do propano canalizado e do propano em garrafa foram bastante semelhantes ao longo deste período.

Figura 1: Preço por quilograma do GPL por forma de distribuição (preços c/ IVA)



Fonte: DGEG (www.d geg.pt)

23) A migração de GPL em garrafa para GPL canalizado exige a disponibilidade de acesso à rede de GPL canalizado. Contudo, apenas 10% dos alojamentos em Portugal Continental têm acesso à rede de GPL canalizado.


TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

24) Na ausência de acesso à rede de GPL canalizado, poderá optar-se pela construção de uma rede comum no edifício (sujeita a regulamentação específica¹) e de um depósito no exterior ou de um parque de garrafas².

25) No que respeita à possível migração de GPL em garrafa para GPL a granel, cumpre notar que, embora o GPL a granel seja mais económico do que o GPL em garrafa, a vantagem de preço apenas se revela compensadora para volumes de consumo mais elevados, uma vez que em edifícios ou instalações individuais a mudança de GPL em garrafa para GPL a granel implica a instalação³ de um depósito, pelo próprio ou pela empresa fornecedora.

26) Dado o custo fixo da instalação, a recuperação do investimento depende dos volumes de consumo.

27) Para pequenos volumes de consumo, a opção pelo GPL em garrafa será a decisão mais racional, mesmo que o respetivo custo unitário seja mais elevado que o do GPL a granel.

28) Para clientes domésticos, com volumes de consumo reduzidos, o GPL a granel não parece ser uma alternativa viável do ponto de vista económico, enquanto para consumidores industriais ou domésticos com grandes consumos existe uma clara preferência pelo GPL a granel.

29) A utilização do GPL em garrafa é circunscrita a utilizações específicas, enquanto a eletricidade é uma fonte de energia bastante versátil que pode ser utilizada em praticamente todos os tipos de usos domésticos.

30) Em muitos tipos de usos domésticos, a eletricidade é mesmo a única fonte de energia disponível, designadamente no arrefecimento do ambiente (e.g.,

¹ As instalações de GPL estão sujeitas a procedimentos de licenciamento. O Decreto-Lei n.º 125/97, de 23 de maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 389/2007, de 30 de novembro, define as regras aplicáveis ao projeto, à constituição e exploração técnicas e à segurança das redes e ramais de distribuição de gases combustíveis da terceira família (GPL). Por sua vez, no que respeita aos edifícios, tem de ser observado o *Regulamento Técnico Relativo ao Projeto, Construção, Exploração e Manutenção das Instalações de Gás Combustível Canalizado em Edifícios*, aprovado pela Portaria n.º 361/98, de 26 de junho, e alterado pela Portaria n.º 690/2001, de 10 de julho.

² Os reservatórios, ou instalações de armazenagem, estão sujeitos ao processo de licenciamento autónomo previsto no Decreto-Lei n.º 267/2002, de 26 de novembro, que foi republicado pelo Decreto-Lei n.º 217/2012, de 9 de outubro, no qual se estabelecem os procedimentos e definem as competências para efeitos de licenciamento e fiscalização de instalações de armazenamento de produtos de petróleo e instalações de abastecimento de combustíveis líquidos e gasosos (postos de abastecimento de combustíveis). Para depósitos ou parques de garrafas de menor dimensão, poder-se-ão aplicar isenções de licenciamento ou procedimentos de licenciamento simplificado.

³ Em função da dimensão do depósito, a sua instalação poderá ser alvo de licenciamento nos termos do Decreto-Lei n.º 267/2002, de 26 de novembro, que foi republicado pelo Decreto-Lei 217/2012, de 9 de outubro.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ventilador, ar condicionado), nos equipamentos elétricos (e.g., televisão, rádio, aparelhagem, leitor de DVD, computador, impressora e fax) e na iluminação.

31) De acordo com o inquérito ao consumo de energia no setor doméstico (2010), publicado pelo INE/DGEG, a eletricidade e o GPL em garrafa são utilizados no aquecimento do ambiente, no aquecimento de águas e sobretudo na cozinha (cf. figura *infra*).

Figura 2 – Despesa com energia (€) no alojamento por fonte de energia

e utilização (2010) em Portugal Continental

Fonte	Aquecimento do ambiente	Arrefecimento do ambiente	Aquecimento das águas	Cozinha	Equipamentos Eléctricos	Iluminação
Continente						
Electricidade	93 204 497	16 242 538	23 913 215	401 473 135	326 146 729	132 501 846
Lenha	59 598 142	0	4 226 026	46 017 521	0	0
GPL Garrafa Elétrico	14 781 663	0	263 237 382	142 829 521	0	0
GPL Garrafa Propano	535 668	0	77 800 161	63 579 398	0	0
Gás Natural	8 233 079	0	119 571 337	68 160 676	0	0
GPL Caracterizado	4 649 733	0	66 935 190	37 285 663	0	0
Códeos Aquecimento	62 883 261	0	42 407 681	0	0	0
Carvão	102 377	0	0	6 649 739	0	0
Total	241 988 413	16 242 538	597 694 228	865 996 043	326 146 729	132 501 846

Fonte: INE / DGEG, Inquérito ao Consumo de Energia no Setor

Doméstico, Edição 2011

32) Relativamente ao uso doméstico no aquecimento do ambiente, a eletricidade é a principal fonte de energia com um peso de 39%, tendo o GPL em garrafa um peso de apenas 6%, de acordo com o inquérito do INE/DGEG. A eletricidade é sobretudo utilizada como fonte de energia em aquecedores elétricos e em sistemas de ar condicionado, enquanto a utilização do GPL em garrafa no aquecimento do ambiente resume-se aos aquecedores a GPL.

33) No que concerne ao aquecimento de águas, o GPL em garrafa é a principal fonte de energia, com um peso de 57%. Pelo contrário, a eletricidade apenas representa 4% do consumo neste tipo de uso doméstico.

34) Em relação ao segmento cozinha, a maioria dos eletrodomésticos (e.g., frigorífico, congelador, máquina de lavar loiça, máquina de lavar e secar roupa) utilizam exclusivamente eletricidade como fonte de energia. Contudo, nos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

equipamentos utilizados para a preparação de refeições na cozinha, o consumidor poderá ponderar entre um fogão a gás, uma placa elétrica ou um equipamento misto.

35) Assim, a escolha do consumidor entre o GPL em garrafa e a eletricidade circunscreve-se a pequenas utilizações (e.g., aquecedor, esquentador, fogão), estando a ponderação destas alternativas apenas disponível para novos utilizadores ou utilizadores com fogões mistos, uma vez que os consumidores existentes (sem fogões mistos) enfrentam custos de mudança significativos associados à conversão ou substituição dos equipamentos.

36) Do lado da oferta, a produção, armazenamento e transporte da eletricidade e do GPL em garrafa são distintos. Para concorrer no mercado do GPL em garrafa, um produtor de eletricidade teria de incorrer em custos ou riscos significativos na criação de uma rede de infraestruturas de produção, armazenamento, enchimento e distribuição de GPL em garrafa.

37) O GPL e o gás natural cobrem a mesma gama de utilizações domésticas e são intersubstituíveis. Além disso, os equipamentos para gás natural e para GPL, embora ligeiramente diferentes, são convertíveis com custos relativamente reduzidos.

38) Contudo, o fornecimento do gás natural é realizado através de uma infraestrutura de rede, cuja cobertura territorial é limitada. Numa dada localização, não existindo uma rede de gás natural, a substituição de GPL por gás natural não é possível.

39) De acordo com o inquérito ao consumo de energia do INE/DGEG de 2010, apenas 20% dos alojamentos em Portugal têm acesso à rede de gás natural, não havendo sequer distribuição nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.

40) A Galp Energia tem uma política de preços uniforme para o GPL em garrafa em Portugal Continental, adotando uma tabela de preços única que visa não penalizar as regiões interiores do país. Deste modo, os preços do GPL em garrafa praticados pela Galp Energia são iguais, independentemente da área geográfica ter, ou não, acesso à rede de abastecimento de gás natural.

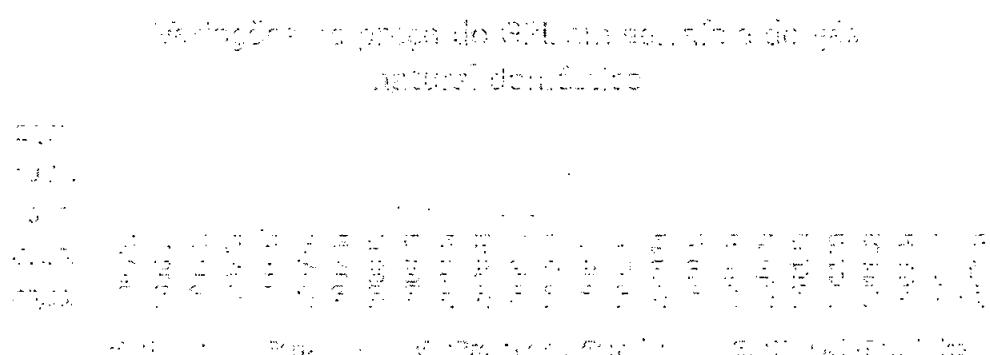
41) O gráfico *infra* ilustra as variações nos preços do GPL em garrafa (quer o gás butano quer o gás propano) e do gás natural para uso doméstico. Como se pode

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

observar, a evolução dos preços do gás butano e do gás propano em garrafa é bastante semelhante, com os preços a movimentar-se em paralelo no período de tempo em análise.

42) Nos últimos trimestres de 2007, 2009 e 2010, os preços do gás butano e do gás propano em garrafa subiram significativamente, enquanto o preço do gás natural se manteve estável ou até baixou. O mesmo sucedeu em meados de 2011 quando o preço do gás natural subiu cerca de 15%, tendo o preço do gás butano e do gás propano em garrafa permanecido inalterado.

Figura 3 – Correlação entre as variações de preços do GPL em garrafa e do gás natural



Fonte: DGEG (www.dgeg.pt)

43) No consumo de energia na cozinha, o gás natural é responsável por praticamente 10% do consumo, representando o GPL em garrafa butano 19% e o propano 4%.

44) O crescimento da rede de gás natural no território nacional tem vindo a contribuir para a redução do consumo de GPL em garrafa.

45) Do lado da oferta, a produção, armazenamento e transporte do gás natural e do GPL em garrafa são distintos. Para concorrer no mercado do GPL em garrafa, um produtor de gás natural teria de incorrer em custos ou riscos significativos na criação de uma rede de infraestruturas de produção, armazenamento, enchimento e distribuição de GPL em garrafa.

46) Importa referir que a biomassa (*i.e.*, lenha e carvão) representa 3.6% da despesa total com energia nos alojamentos em Portugal Continental, de acordo com



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

o inquérito do INE/DGEG. Por seu lado, o GPL em garrafa representa 21% da despesa total com energia em Portugal Continental.

47) De acordo com o inquérito ao consumo de energia no setor doméstico (2010), publicado pelo INE/DGEG, a biomassa representa, no aquecimento do ambiente, cerca de 25% da despesa total em Portugal Continental, sendo que no aquecimento de águas e na cozinha, representa 0.7% e 6% da despesa total.

48) O GPL em garrafa representa, no aquecimento do ambiente, 6% da despesa total, sendo que, no aquecimento de águas e na cozinha, representa 57% e 35% da despesa total, respetivamente.

49) A biomassa, ao contrário do GPL em garrafa, implica perda de comodidade para o utilizador, uma vez que exige a manipulação e limpeza de desperdícios (*i.e.*, cinzas).

50) No aquecimento do ambiente, a lenha é a principal fonte de energia utilizada, com 67,6%, seguida do gasóleo de aquecimento, com 14,1%, da eletricidade, com 13,9%, e do GPL em garrafa butano, com 1,9%.

51) O aquecimento de águas reparte-se por todos os tipos de energia, sendo o GPL em garrafa e o gás natural os que apresentam maior expressão, com 42,8% e 27,9% respetivamente, representando a biomassa 7% e a eletricidade 3%.

52) Na cozinha, as fontes mais utilizadas são a eletricidade, com 34,2%, a lenha, com 30,1%, e o GPL garrafa butano, com 19%.

53) No aquecimento do ambiente, as garrafas butano e propano representam 2% do consumo e no aquecimento de águas ultrapassam os 40%.

54) Do lado da oferta, a produção, armazenamento e transporte da biomassa e do GPL em garrafa são distintos. Para concorrer no mercado do GPL em garrafa, um produtor de biomassa teria de incorrer em custos ou riscos significativos na criação de uma rede de infraestruturas de produção, armazenamento, enchimento e distribuição de GPL em garrafa.

55) Em Portugal, cerca de 2/3 do GPL disponível para consumo é importado e 1/3 provém da refinação do petróleo nas refinarias de Sines e de Matosinhos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

56) O GPL é importado quer por via marítima, através de navios butaneiros compatíveis com as condições dos portos de descarga, quer por via terrestre, através de carros-tanque.

57) A maioria das importações de GPL para Portugal é efetuada por via marítima. De acordo com os dados da DGEG, em 2011, perto de 70% das importações portuguesas de GPL foram provenientes do Reino Unido, Noruega e Nigéria.

58) A importação de GPL é geralmente feita em grosso, tendo que passar por uma cadeia de valor até poder ser utilizado pelo consumidor final. No caso particular do GPL em garrafa, após o transporte do GPL em grosso, o GPL é armazenado em reservatórios sob pressão que alimentam as máquinas de enchimento de garrafas antes de ser transportado até aos distribuidores de primeira linha em veículos de caixa aberta. Deste modo, a importação, e posterior comercialização, do GPL em garrafa envolve investimentos significativos na criação de uma rede de infraestruturas de armazenamento, enchimento e distribuição, salvo situações em que o GPL pode ser importado por via terrestre de Espanha diretamente na sua forma acondicionada.

59) A importação por via terrestre de GPL em garrafa de Espanha para Portugal é fortemente limitada sobretudo por barreiras regulamentares e pelos custos de transporte.

60) Para fins da sua introdução no mercado nacional, quer o gás butano quer o gás propano têm de cumprir normas nacionais. As especificações técnicas particulares do GPL em Portugal são diferentes das adotadas em Espanha. Por esse motivo, o gás butano e o gás propano armazenados em Espanha têm de ser separados e afetos exclusivamente à distribuição para território nacional.

61) Além disso, os custos de transporte do GPL em garrafa fornecido a partir de estruturas de armazenamento em Espanha não são negligenciáveis.

62) Acresce que em matéria de preços, em Portugal Continental, a Portaria n.º 782-B/90, de 1 de setembro, submeteu ao regime de preços livres os preços do GPL comercializado em garrafas de mais de 3 Kg, a granel e canalizado. De acordo com o Despacho Normativo n.º 144/94, de 23 de fevereiro, o GPL em garrafas de 11 Kg e

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

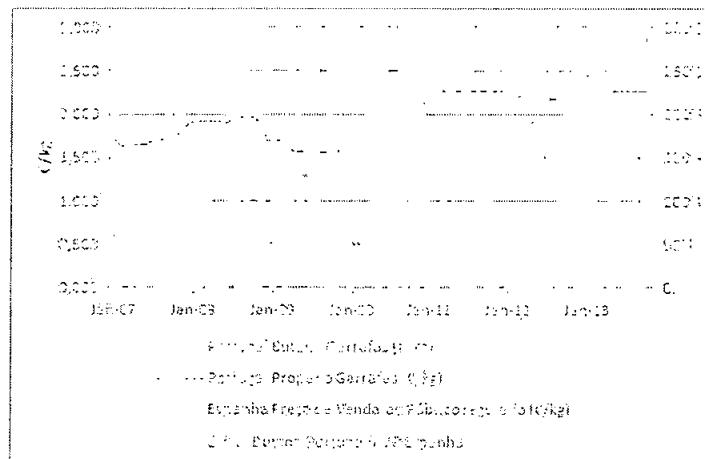
13 Kg fica sujeito ao regime de preços vigiados⁴, nos estádios de produção/importação e comercialização.

63) O regime de preços em Portugal Continental distingue-se, assim, do sistema de regulação de preços praticado em outros países, entre os quais a Espanha⁵.

64) Apesar de os preços do GPL em garrafa, em Portugal Continental, não serem regulados, a Galp Energia decidiu praticar preços iguais para o GPL em garrafa em todo o território de Portugal Continental.

65) Existe uma diferença de preços significativa entre o GPL em garrafa comercializado em Portugal e em Espanha. Conforme ilustrado na figura *infra*, em 2013, os preços em Portugal do GPL em garrafa, expresso em €/kg, são entre 40 a 50% mais elevados que os preços regulados praticados em Espanha.

Figura 4: PVP com IVA do GPL em garrafa em Espanha e Portugal



Fonte: Comisión Nacional de Energía (www.cne.es) e DGEG (www.dgeg.pt)

⁴ Conforme resulta do n.º 3 da Portaria n.º 650/81, de 29 de julho, "[o] regime de preços vigiados consiste na obrigatoriedade do envio pelas empresas, para tal notificadas, em carta registada com aviso de receção, para as Direções Gerais do Comércio Alimentar e do Comércio não Alimentar, consoante a natureza dos bens ou serviços, dos seguintes elementos: a) Os preços e margens de comercialização praticados à data da notificação; b) As alterações dos preços e das margens praticadas, sempre que tenham lugar, bem como a data da sua entrada em vigor; c) Quaisquer outros elementos ou esclarecimentos aos elementos enviados solicitados pelas Direções Gerais do Comércio Alimentar e do Comércio não Alimentar; d) Nos casos referidos na alínea b), os novos preços deverão vir acompanhados das causas justificativas das alterações efetuadas". A entidade que recebe a informação enviada pelas empresas notificadas é atualmente a Direção Geral das Atividades Económicas.

⁵ Vd., neste sentido, decisão da Comissão Europeia relativa ao processo COMP/M.5005 – *GALP Energia/ExxonMobil Iberia*, já citada. A base legal da regulação de preços em Espanha, nomeadamente a fórmula com base na qual se estabelece a atualização de preços regulados de venda ao público, encontra-se definida na "Orden IET/463/2013, de 21 de março, por la que se actualiza el sistema de determinación automática de precios máximos de venta, antes de impuestos, de los gases licuados del petróleo envasados" (Orden IET/463/2013, de 21 de março, através da qual se atualiza o sistema de determinação automática de preços máximos de venda, antes de impostos, do gases de petróleo liquefeitos), *Boletín Oficial del Estado*, n.º 72, de 25 de março de 2013.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

66) Finalmente, importa também referir que os produtores de GPL em garrafa que operam em Portugal desenvolveram uma rede nacional de distribuição formada por diversos distribuidores e pontos de venda que cobrem todo o território nacional.

67) Os preços do GPL em Portugal Continental e na Região Autónoma da Madeira não são regulados (estando sujeito, como se referiu supra, a um regime de preços livres, vigiados em determinados formatos). Na Região Autónoma dos Açores os preços do GPL são sujeitos a limites máximos.

68) Com efeito, na Região Autónoma dos Açores, a Portaria n.º 24/2011, de 13 de abril, estabelece que os gases de petróleo liquefeitos em garrafas com mais de 10 Kg estão sujeitos ao regime de preços máximos, previsto no artigo 3.º do Decreto Legislativo Regional n.º 6/91/A, de 8 de março⁶.

69) Na Região Autónoma da Madeira, os gases de petróleo liquefeitos estão sujeitos ao regime de preços vigiados, conforme determinado pelo Despacho Normativo n.º 20/93, de 23 de dezembro.

70) Por outro lado, em Portugal Continental, a distribuição do GPL organiza-se a partir das instalações de armazenamento e/ou enchimento, entre as quais a refinaria de Sines e a refinaria de Matosinhos, propriedade da Petrogal. A distribuição do GPL é normalmente efetuada num raio de 200 a 300 km do centro de armazenamento ou enchimento.

71) No que se refere às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, o raio de influência das instalações de armazenamento de combustíveis líquidos e gasosos será limitado a cada uma das ilhas, em virtude da distância entre as mesmas.

72) As vendas de GPL em garrafa da Petrogal, da Galp Açores e da Galp Madeira são apresentadas de seguida. Esses elementos são confrontados com as estatísticas de consumo elaboradas pela DGEG para o GPL em garrafa no território nacional, separando o Continente das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.

73) O volume e o valor de vendas de GPL em garrafa da Petrogal em Portugal Continental são ilustrados na tabela seguinte.

⁶ De acordo com o artigo 3.º do Decreto Legislativo Regional n.º 6/91/A, de 8 de março, “[o] regime de preços máximos consiste na fixação do seu montante em diversos estádios da atividade económica, nomeadamente na venda ao utilizador final”.


TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Tabela 2: Vendas de GPL em garrafa da Petrogal

Ano	Toneladas	Milhares de Euros (sem IVA e ISP)
2006	203.627	168.072
2007	196.201	163.926
2008	184.926	177.371
2009	175.974	141.856
2010	167.618	163.702
2011	147.424	162.172
2012	138.155	162.607
2013	128.562	159.188

Fonte: Galp Energia (fls. 36, 253 a 254, 3283 e 7164)

74) As empresas que concorrem com a Petrogal no mercado da comercialização do GPL em garrafa em Portugal Continental são a BP, Oz Energia, Repsol e Tutti Gás.

75) Com base nos elementos fornecidos pela DGEG, referentes ao consumo de GPL em garrafa, em toneladas, a Petrogal registou uma quota de mercado igual ou superior a 42% em Portugal Continental no fornecimento de GPL em garrafa, nos anos de 2006 a 2013.

76) O volume e o valor de vendas de GPL em garrafa da Galp Acores na Região Autónoma dos Açores são ilustrados na tabela seguinte.

Tabela 3: Vendas de GPL em garrafa da Galp Acores

Ano	Toneladas	Milhares de Euros (sem IVA e ISP)
2006	12.277	7.966
2007	12.417	8.404

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2008	11.985	9.009
2009	12.036	9.069
2010	11.774	9.201
2011	11.036	9.898
2012	10.395	10.185
2013	9.994	13.638

Fonte: Galp Energia (fls. 36, 253 a 254 e 3283)

77) O volume e o valor de vendas de GPL em garrafa da Galp Madeira na Região Autónoma da Madeira são ilustrados na tabela seguinte.

Tabela 4: Vendas de GPL em garrafa da Galp Madeira

Ano	Toneladas	Milhares de Euros (sem IVA e ISP)
2006	7.744	8.083
2007	7.325	7.674
2008	7.047	8.351
2009	6.764	6.885
2010	6.474	8.013
2011	5.888	8.398
2012	5.113	7.701
2013	4.809	8.147

Fonte: Galp Energia (fls. 36, 253 a 254 e 3283)

78) Os dados referentes aos consumos de GPL engarrafado nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira encontram-se sujeitos ao segredo estatístico⁷.

79) A quota global conjunta da Petrogal, Galp Madeira e Galp Açores terá sido superior a 43%, nos anos de 2008 a 2013, em Portugal, considerando os consumos

⁷ No que se refere às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, de acordo com o artigo 6.º da Lei n.º 22/2008, de 13 de maio, os dados não devem ser divulgados ao abrigo do segredo estatístico por se tratar de uma agregação de informação estatística proveniente de menos de três empresas (fls. 3271).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

agregados de GPL engarrafado no território Continental, Açores e Madeira, conforme dados pela DGEG.

80) A partir da diferença de consumos entre Portugal e o Continente, e considerando os fornecimentos agregados da Galp Açores e da Galp Madeira, infere-se que as empresas pertencentes à Galp Energia terão fornecido mais de 50% do consumo (em volume) no conjunto das duas Regiões Autónomas nos anos de 2008 a 2013.

Tabela 5: Consumo de GPL em garrafas e fornecimentos da Petrogal, Galp Açores e Galp Madeira

Ano	Consumo GPL Engarrafado (ton)		Vendas GALP GPL Engarrafado (ton)		Quota GALP GPL Engarrafado (ton)	
	Continente	Portugal	Continente	Portugal	Continente	Portugal
2006	466.669	503.863	203.628	223.649	43,60%	44,40%
2007	454.066	490.536	196.201	215.943	43,20%	44,00%
2008	425.484	460.186	184.926	203.957	43,50%	44,30%
2009	403.458	438.733	175.974	194.774	43,60%	44,40%
2010	381.707	415.787	167.619	185.867	43,90%	44,70%
2011	342.342	374.416	147.424	164.348	43,10%	43,90%
2012	325.139	354.759	138.155	153.662	42,50%	43,30%
2013	303.760	332.368	128.562	143.365	42,32%	43,13%

no Continente e em Portugal

Fonte: DGEG (fls. 242, 243 e 3271) e Galp Energia (fls. 253 a 258 e 3283)

*

81) A Petrogal distribui e comercializa GPL produzido nas suas refinarias de Sines e de Matosinhos. Para complementar a sua oferta, a Petrogal também recorre regularmente a importações de gás propano. A produção de gás butano é normalmente suficiente e apenas muito esporadicamente a Petrogal recorre à sua importação.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

82) A Petrogal efetua a armazenagem de GPL e o enchimento de garrafas na refinaria de Sines, no parque logístico de Aveiras⁸ e no parque logístico de Perafita. A partir destas instalações, o GPL é entregue aos distribuidores de primeira linha por veículo de caixa aberta.

83) A entrega das garrafas aos distribuidores de primeira linha é feita por conta e risco da Petrogal. As garrafas podem ser entregues aos distribuidores de primeira linha em paletes, nos seus parques de armazenagem e podem também ser levantadas pelos distribuidores de primeira linha nas instalações da Petrogal (vd. o n.º 1 da cláusula 8.^a das minutas identificadas como parte A, parte B e parte C do anexo 3 à resposta da Galp Energia de 6 de maio de 2013, constantes de fls. 263, 271 e 279)⁹.

84) Os preços de venda do GPL aos distribuidores de primeira linha são comunicados pela Petrogal através de circulares antes da sua entrada em vigor (vd. circulares constantes de fls. 192 a 216). As circulares enviadas pela Petrogal não fazem qualquer diferenciação geográfica em Portugal Continental.

85) De acordo com o n.º 1 da cláusula 2.^a e com o n.º 5 da cláusula 8.^a das minutas identificadas como parte A, parte B e parte C do anexo 3 à resposta da Galp Energia de 6 de maio de 2013, a venda das garrafas aos distribuidores de primeira

⁸ O parque logístico de Aveiras é explorado pela CLC – Companhia Logística de Combustíveis, S.A., participada pela Petrogal (vd. Resposta da Galp Energia de 20 de março de 2012, fls. 30).

⁹ Os parques de garrafas de GPL estão sujeitos ao Regulamento de segurança relativo à construção, exploração e manutenção das instalações dos parques de garrafas de gases de petróleo liquefeitos (GPL), publicado pela portaria n.º 451/2001, de 5 de maio. Os parques classificam-se em 4 tipos:

(i) Tipo A: O parque do tipo A caracteriza-se por estar localizado em recinto descoberto e, exceto se for de capacidade igual ou inferior a 0,520 m³, ser delimitado por uma rede metálica de malha igual ou inferior a 50 mm, com um diâmetro mínimo do arame de 2 mm, soldada a postes tubulares ou fixada a pilares de betão ou por um muro construído com materiais incombustíveis, com um mínimo de 2 m de altura.

(ii) Tipo B: O parque do tipo B tem características idênticas ao parque do tipo A, dispondo, além disso, de uma cobertura em material não combustível, destinada a proteger as garrafas do sol e da chuva. A estrutura de suporte da cobertura deve ser metálica, em betão armado ou em outro material de comportamento equivalente quanto à resistência ao fogo. A cobertura deve permitir a expansão na vertical de eventuais ondas de choque;

(iii) Tipo C: Considera-se parque do tipo C o que se localiza em edificações exclusivamente destinadas a esse fim, construídas com materiais incombustíveis. Quando se trate da adaptação de uma edificação já existente, os materiais empregues na sua construção que não estejam nas condições referidas no número anterior devem ser protegidos por um revestimento eficaz, perfeitamente adesivo, de ação protetora e ignífuga, não sendo admitidas para o efeito argamassas de cal ou outras de comportamento semelhante. As portas do parque devem ser metálicas ou de rede metálica de malha igual ou inferior a 50 mm, com um diâmetro mínimo do arame de 2 mm, e as janelas, ou outras aberturas para as vias públicas, devem estar protegidas por rede metálica de malha fina. Em todo o perímetro do parque devem ser abertos nas paredes respiradouros e orifícios de arejamento, protegidos com rede metálica de malha fina. A cobertura deve estar apoiada numa estrutura de suporte executada em materiais incombustíveis e permitir a expansão, na vertical, de eventuais ondas de choque;

(iv) Tipo D: O parque tipo D caracteriza-se pela coexistência das características dos parques tipo A, B ou C. Em parques cobertos de tipo C ou tipo D, a ventilação deve ser assegurada naturalmente (o recurso à ventilação mecânica dos parques não é permitido), através de orifícios abertos nas paredes, com área total igual ou superior a 1 m² por cada 10 m de perímetro do recinto, devendo metade da área de ventilação situar-se ao nível do pavimento.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

linha é feita em regime de venda firme (fls. 261, 269 e 277) e o risco pela perda ou danificação das garrafas transfere-se no ato de entrega ao distribuidor de primeira linha (fls. 263, 271 e 279).

86) Como resulta do n.º 1 da cláusula 9.ª das minutas já referidas, a Petrogal mantém um conhecimento da evolução das vendas dos distribuidores de primeira linha através do mecanismo de reporte mensal contratualmente previsto, tendo o poder de solicitar todos os esclarecimentos e documentação que considere relevantes (fls. 264, 272 e 280).

87) Através do n.º 3 da cláusula 11.ª das minutas identificadas *supra*, a Petrogal exige dos distribuidores de primeira linha níveis mínimos de compra de GPL para revenda, estabelecidos em termos de médias mensais. Caso essas médias mensais sejam inobservadas durante seis meses num determinado ano, a Petrogal terá o direito de rescindir o contrato de forma imediata, sem prejuízo do direito à indemnização pelos lucros cessantes correspondentes ao mínimo de vendas até ao fim do contrato (fls. 264, 272, 280 e 281).

88) De acordo com a cláusula 16.ª das minutas atrás referidas, sendo extinto o contrato por qualquer causa, a Petrogal tem contratualmente garantida a obrigação do distribuidor de primeira linha de lhe comunicar os ficheiros e os saldos das contas correntes de vasilhame atualizados de cada distribuidor de segunda linha e dos consumidores diretos (fls. 266, 274 e 281 a 282).

89) Os distribuidores de primeira linha, 240 em 2014, de acordo com a tabela *infra*, procedem à distribuição de GPL através de dois canais de venda:

- a. venda direta a clientes finais, na sua própria loja ou por entrega ao domicílio, agindo neste caso como distribuidores retalhistas; e
- b. venda a distribuidores de segunda linha ou pontos de venda, agindo como distribuidores grossistas. Nesta situação, os distribuidores de segunda linha e os pontos de venda distribuem o GPL em garrafa aos consumidores finais.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Tabela 6: Número de distribuidores de primeira linha da Petrogal

Ano	N.º de distribuidores
2008	273
2009	270
2010	266
2011	259
2012	260
2013	258
2014	240

Fonte: Galp Energia (fls. 32 e 3281)

90) A nomeação dos distribuidores de segunda linha é feita pelos distribuidores de primeira linha, com a prévia aprovação da Petrogal (como resulta do n.º 1 da cláusula 3.ª das minutas suprarreferidas constantes das fls. 261, 269 e 277). Na relação com os distribuidores de segunda linha ou com clientes finais, o distribuidor de primeira linha atua em nome próprio e por sua conta e risco, devendo ter um seguro de responsabilidade civil para o efeito (como resulta dos n.ºs 2 e 4 da cláusula 3.ª das minutas suprarreferidas constantes das fls. 261, 269 e 277).

91) A venda direta dos distribuidores de primeira linha aos clientes finais representa cerca de 30% dos volumes de venda dos distribuidores de primeira linha. Os distribuidores de segunda linha e os pontos de venda¹⁰ constituem o principal canal de distribuição, representando cerca de 70% das vendas totais.

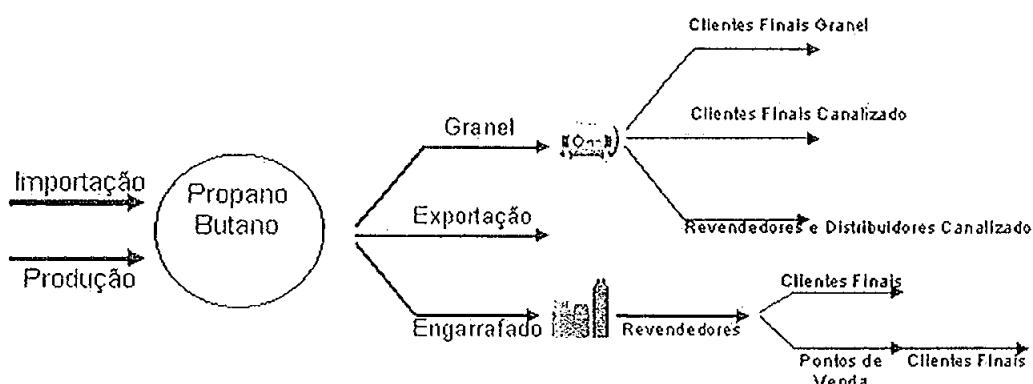
92) A Petrogal não efetua vendas diretas ao cliente final, nem fornece distribuidores de segunda linha, vendendo GPL apenas a distribuidores de primeira linha.

¹⁰ Em março de 2012, cerca de 1700 pontos de vendas vendiam garrafas de GPL da Petrogal (fls. 30).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

93) O circuito de venda de GPL é representado, de forma simplificada, pela Galp Energia, no esquema seguinte¹¹.

Figura 5: Circuito de venda de GPL em garrafa



Fonte: Galp Energia (fls. 31)

*

94) A Petrogal e os distribuidores de primeira linha celebraram entre si um contrato que tem como objeto a compra pelos segundos à primeira de gás butano e de gás propano em garrafas para posterior revenda a distribuidores de segunda linha ou a consumidores finais (usualmente cláusula 1.^a dos contratos constantes de fls. 294 a 3200, 3288 a 3631, 6467 a 5479 e 6892 a 6895V).

95) Foram remetidos à AdC pela Visada contratos relativos a 240 distribuidores atuais da Petrogal que constam a fls. 294 a 3270, 3288 a 3631, 5446 a 5477 e 6870 a 6895 dos autos, que se dão aqui por integralmente reproduzidos para todos os efeitos legais¹².

96) A Petrogal mantém com 13 distribuidores uma relação contratual não formalizada através de um contrato escrito.

¹¹ Na *Análise aprofundada dos setores dos Combustíveis Líquidos e do Gás Engarrafado em Portugal*, da Autoridade, supracitada, é apresentada, na página 403, uma figura que caracteriza, de forma sintética, a cadeia de valor do GPL, nela se representando a fase da armazenagem, que na figura facultada pela Galp Energia é omitida.

¹² As cláusulas relevantes para a apreciação dos contratos à luz das regras da concorrência estão reproduzidas na tabela que figura como Anexo 1 à Decisão da AdC.


TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

97) Para além dos contratos referidos, na resposta de 6 de maio de 2013, a Galp Energia submeteu ainda cópias das minutas do “*Contrato de Distribuição de Gás em Garrafas*” da Petrogal de 2008 a 2013 (fls. 260 a 283).

98) Foram remetidas três minutas identificadas como parte A, parte B e parte C do anexo 3 à referida resposta. O modelo contratual constante da parte A do anexo 3 corresponde à minuta enviada pela Galp Energia à Autoridade em 5 de dezembro de 2008, que esteve na origem da abertura do inquérito.

99) De acordo com os contratos, os distribuidores de primeira linha adquirem o produto em regime de venda firme, deste modo atuando por sua conta e risco e negociando em nome próprio com os distribuidores de segunda linha e com os consumidores finais, não havendo representação ou poderes de que possa resultar vinculação da Petrogal (*vd.* cláusulas relevantes identificadas para todos os contratos no Anexo 1 à presente Decisão).

100) É da conta e risco dos distribuidores de primeira linha a entrega de gás aos distribuidores de segunda linha e aos consumidores, mesmo quando efetuada pela Petrogal (*vd.* cláusulas relevantes identificadas para todos os contratos no Anexo 1 à presente Decisão).

101) A maioria dos contratos exige ao distribuidor de primeira linha, durante a sua vigência, a manutenção de um seguro de responsabilidade civil destinado a cobrir os prejuízos eventualmente causados por ele e pelos seus distribuidores de segunda linha a terceiros ou à Petrogal (*vd.* cláusulas relevantes identificadas para todos os contratos no Anexo 1 à presente Decisão).

102) Segundo os contratos, a designação e substituição dos revendedores de segunda linha é feita pelo distribuidor de primeira linha, em acordo com a Petrogal ou sob sugestão desta (*vd.* cláusulas relevantes identificadas para todos os contratos no Anexo 1 à presente Decisão).

103) Conforme resulta da quase totalidade dos contratos, o distribuidor de primeira linha deve enviar periodicamente à Petrogal reportes mensais da evolução das vendas. A Petrogal tem o poder de solicitar todos os esclarecimentos ou documentação adicional que considere relevante e/ou dar instruções em relação ao



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

modo como o reporte mensal deve ser efetuado (*vd.* cláusulas relevantes identificadas para todos os contratos no Anexo 1 à presente Decisão).

104) Ambas as minutas que constituem a parte A e a parte B do anexo 3 da resposta de 6 de maio de 2013 preveem, no n.º 3 da cláusula 1.ª (fls. 260 a 261 e 268), que: “*A área geográfica a que o presente contrato se reporta é constituída pelos concelhos de , e as freguesias de , não podendo o REVENDEDOR vender GALPGÁS fora da mesma, salvo prévia autorização escrita da PETROGAL*” e, no n.º 4 da mesma cláusula, que “[o] disposto nos números anteriores não prejudica o direito de a PETROGAL, direta ou indiretamente, vender GALPGÁS na referida área” (realce nosso).

105) A minuta que constitui a parte C do anexo 3 da resposta de 6 de maio de 2013 prevê, no n.º 3 da cláusula 1.ª (fls. 276), que: “*Para efeito deste contrato, considera-se como área geográfica do REVENDEDOR os concelhos de , não podendo o REVENDEDOR promover vendas ativas de GALPGÁS fora do mesmo, salvo prévia autorização escrita da PETROGAL*” e, no n.º 4 da mesma cláusula, que “[o] disposto nos números anteriores não prejudica o direito de a PETROGAL, direta ou indiretamente, vender GALPGÁS na referida área” (realce nosso).

106) Em 199 dos 240 contratos em vigor (que correspondem a 83,8% dos contratos) existe uma cláusula que proíbe o distribuidor de primeira linha de vender GPL em garrafa fora da área identificada no mesmo.

107) Veja-se, por exemplo, o n.º 2 da cláusula 1.ª do contrato entre a Petrogal e a Brilhagás – Transporte e Venda de Gás de Sacavém, Lda. (cujo teor é reproduzido nos demais contratos referidos, melhor identificados no Anexo 1 à presente Decisão): “*O REVENDEDOR não poderá vender GALPgás fora da área a que se refere o n.º 1 desta cláusula*” (fls. 1866).

108) Em alguns contratos o distribuidor só pode vender fora da área contratual mediante autorização prévia da Petrogal escrita ou expressa (*vd.* Anexo 1 à Decisão da AdC).

109) Veja-se, por exemplo, o n.º 3 da cláusula 1.ª do contrato entre a Petrogal e Campina & Viegas – Combustíveis, Lda. (cujo teor é reproduzido nos demais contratos referidos, melhor identificados no Anexo 1 à Decisão da AdC): “*Para*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

efeitos deste Contrato, considera-se como área geográfica do REVENDEDOR o concelho de Tavira, exceto a freguesia de Cachopo, não podendo o REVENDEDOR vender GALPGÁS fora do mesmo, salvo prévia autorização escrita da PETROGAL” (fls. 1847).

110) O contrato mais antigo que inclui aquela cláusula de limitação das vendas fora do território contratual (sem referência apenas a vendas ativas) foi celebrado em 29 de novembro de 1966¹³.

111) Verificou-se ainda que em 40 dos 240 contratos em vigor (que correspondem a 15,8% dos contratos) existe uma cláusula que proíbe expressamente a promoção por parte do distribuidor de primeira linha de vendas ativas de gás adquirido à Petrogal fora da área definida no contrato, salvo prévia autorização escrita ou expressa da Petrogal (vd. cláusulas relevantes identificadas para todos os contratos no Anexo 1 à Decisão da AdC).

112) Veja-se por exemplo o n.º 3 da cláusula 1.ª do contrato entre a Petrogal e José Apolinário, Unipessoal, Lda. (cujo teor é reproduzido nos demais contratos referidos, melhor identificados no Anexo 1 à presente Decisão): “*A área geográfica a que o presente contrato se reporta é o concelho de Mira, não podendo o REVENDEDOR promover vendas ativas de GALP GÁS fora da mesma, salvo prévia autorização expressa da PETROGAL*” (fls. 676).

113) O contrato mais antigo que inclui uma cláusula que limita expressamente as vendas ativas fora do território atribuído ao distribuidor remonta ao ano de 1997 (fls. 974 a 978).

114) Assim, pelo menos a partir de 1997, existem contratos que passam apenas a fazer proibir expressamente a realização de vendas ativas por parte dos distribuidores de primeira linha.

115) A tabela *infra* contém uma retrospectiva histórica dos contratos celebrados pela Petrogal em Portugal Continental com as datas de entrada em vigor dos acordos estabelecidos com os distribuidores atuais da Petrogal. Constata-se que 34 contratos que proíbem a realização de vendas fora do território contratual (sem fazerem apenas referência às vendas ativas) foram celebrados pela Petrogal depois do ano 2000.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

116) Acresce que existem contratos celebrados após o segundo semestre de 2010, designadamente os contratos entre a Petrogal e os distribuidores Master Retok Lda., Antunes & Selas, Lda. e Gonçalo Bouças & Fernandes Lda, em que o n.º 3 da cláusula 1.^a destes contratos proíbe todas as vendas (sem fazer apenas referência às vendas ativas) fora da área contratualmente estabelecida (fls. 993 a 1001V, 3380-3389, e 5473 a 5478).

Tabela 7: Datas de entrada em vigor dos contratos celebrados pela Petrogal

	Portugal Continental	
	Contratos proibem todas as vendas (sem fazerem referência apenas às vendas ativas)	Contratos proibem vendas ativas
1966 - 1999	165	15
2000	0	6
2001	0	7
2002	1	4
2003	8	3
2004	3	1
2005	4	0
2006	3	0
2007	3	0
2008	2	1
2009	4	1
2010	3	0
2011	2	1
2012	0	0
2013	1	0

¹³ Contrato entre a Petrogal e João Francisco (fls. 3422 a 3425).

Processo 102/15.9YUSTR

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2014	0	1
	199	40

Fonte: contratos enviados pela Galp Energia (fls. 294 a 3200 e 3288 a 3631)

117) Em suma, o tipo de restrição das vendas incluída nos contratos celebrados entre a Petrogal e os distribuidores de primeira linha de GPL em garrafa é ilustrado na tabela seguinte.

Tabela 8: Limitação das vendas fora da área geográfica do contrato

Tipo de restrição	N.º observações	%
Vendas ativas	40	17%
Todas as vendas (sem fazer referência apenas às vendas ativas)	199	83%
Indeterminado ¹⁴	1	0%
Total	240	100%

Fonte: contratos enviados pela Galp Energia (fls. 294 a 3200 e 3288 a 3631)

118) Na sua resposta de 6 de maio de 2013, a Galp Energia remeteu três contratos celebrados entre a Galp Açores e os seus distribuidores de primeira linha em vigor¹⁵ (fls. 3241 a 3248, 3249 a 3259, e 3260 a 3270).

119) Em resposta aos pedidos de elementos da Autoridade de 24 de setembro de 2014 e de 10 de novembro de 2014, a Galp Energia enviou mais seis contratos¹⁶

¹⁴ O contrato celebrado com Deodoro Mesquita, em 26 de novembro de 1985, estabelece que “[a] Petrogal concede ao Revendedor o direito de vender, na área geográfica indicada na cláusula 2^a os gases butano e propano” (cláusula 1.^a) (fls. 2188). Nesse caso não existe uma proibição explícita de vendas fora do território, antes um direito de revenda que, não obstante, é restrito a uma área geográfica pré-determinada. O contrato não alarga o direito de revenda para além de outras áreas geográficas. Pelo exposto *supra*, nesse contrato considerou-se como indeterminada a proibição de vendas fora da área geográfica do contrato.

¹⁵ Através da resposta ao pedido de elementos da Autoridade de 24 de setembro de 2014, as visadas informaram a Autoridade que o contrato entre a Galp Açores e o distribuidor Amaral & Simas, Lda. (fls. 3232 a 3240) já não se encontra em vigor.

¹⁶ O contrato entre Petrogal, Galp Açores e Costa & Martins Lda. não disciplina as relações comerciais entre as partes relativamente à distribuição de GPL em garrafa uma vez que, de acordo com a cláusula 5.^a, alínea *b*), as relações comerciais respeitantes à revenda de GPL deverão ser reguladas por contrato autónomo. A este respeito cumpre referir que, não obstante o contrato “autónomo”, relativo à distribuição de GPL em garrafa, ter sido solicitado pela Autoridade, a Galp Açores não o remeteu.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

celebrados entre a Galp Açores e os seus distribuidores de primeira linha em vigor (fls. 5446 a 5466V e 6870 a 6890V).

120) Na Região Autónoma dos Açores existem nove distribuidores de primeira linha cuja relação contratual nunca foi formalizada por escrito¹⁷.

121) A Galp Açores e os distribuidores de primeira linha celebraram entre si um contrato que tem como objeto a compra pelos segundos à primeira de gás butano e de gás propano em garrafas para posterior revenda a distribuidores de segunda linha ou a consumidores finais (veja-se, por exemplo, fls. 3241, 3249 e 3260).

122) Veja-se, por exemplo, os n.^{os} 1 e 2 da cláusula 1.^a do contrato entre a Galp Açores e Lídio José Carvalho de Sousa Lda. (cujo teor é substancialmente reproduzido nos demais contratos referidos, melhor identificados no Anexo 1 à Decisão da AdC): “*1. O REVENDEDOR obriga-se para com a GALP AÇORES a comprar-lhe, para revenda, em regime de exclusividade, gás butano e gás propano (quando este último estiver disponível neste mercado) em garrafas, do comércio daquela, adiante designados em conjunto por GALPGÁS. 2. A GALP AÇORES obriga-se a vender ao REVENDEDOR, em condições normais de mercado, o GALPGÁS de que ele necessitar para o regular funcionamento do negócio*” (fls. 3260).

123) De acordo com os contratos, o fornecimento de GPL ao distribuidor de primeira linha por parte da Galp Açores é feito em regime de venda firme, sendo que o risco pela perda ou danificação das garrafas e demais material pertencente à Galp Açores se transfere para o revendedor com a respetiva entrega a este (veja-se, por exemplo, fls. 3241 a 3244, 3250 a 3253, e 3261 a 3264).

124) Conforme resulta dos contratos, “[n]os fornecimentos aos consumidores diretos e aos ‘revendedores de 2.^a linha’, o REVENDEDOR atua em nome próprio e por sua conta e risco, não se estabelecendo qualquer relação entre aqueles e a GALP AÇORES”, sendo que “[o] incumprimento das obrigações dos consumidores e ‘revendedores de 2.^a linha’ para com o REVENDEDOR, não pode ser por este invocado como motivo de incumprimento das suas obrigações para com a GALP AÇORES” (veja-se, por exemplo, fls. 3242, 3250 e 3261).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

125) Conforme resulta do contrato “[n]a organização da revenda o REVENDEDOR pode recorrer à cooperação de outras empresas, [...] designadas por ‘revendedores de 2.ª linha’, as quais deverão ser previamente aprovadas pela GALP AÇORES” (veja-se, por exemplo fls. 3242, 3250 e 3261).

126) Consta dos contratos que “[o] REVENDEDOR deverá enviar mensalmente à GALP AÇORES, toda a documentação que se mostre necessária a evidenciar a evolução das vendas, podendo a GALP AÇORES solicitar todos os esclarecimentos ou documentação adicional, que considere relevante” (veja-se, por exemplo, fls. 3244, 3253 e 3264).

127) Todos os contratos escritos incluem uma cláusula que define a área geográfica em que o distribuidor de primeira linha está autorizado a vender o GPL fornecido pela Galp Açores, não podendo o mesmo vender o GPL “*como revendedor de primeira linha da Galp Açores*” fora da mesma, salvo prévia autorização escrita da Galp Açores¹⁸ (veja-se, por exemplo, fls. 3241, 3249 a 3250 e 3260 a 3261).

128) Veja-se, por exemplo, o n.º 3 da cláusula 1.ª do contrato entre a Galp Açores e Almeida & Azevedo, S.A. (cujo teor é substancialmente reproduzido nos demais contratos referidos, melhor identificados no Anexo 1 à Decisão da AdC): “*A área geográfica a que o presente contrato se reporta é o Concelho da Madalena do Pico na Ilha do Pico, não podendo o REVENDEDOR vender GALPGÁS fora do mesmo, como Revendedor de 1.ª linha da GALP AÇORES, salvo prévia autorização escrita desta*” (fls. 5446).

129) Estes contratos foram celebrados entre 2002 e 2012, conforme tabela *infra*. O contrato mais antigo entrou em vigor em 1 de janeiro de 2002 (fls. 5461-5466V) e o mais recente foi celebrado em 1 de agosto de 2012 (fls. 416-419 e 3241-3248).

Tabela 9: Limitação das vendas fora da área geográfica do contrato

	RAA
--	-----

¹⁷ Vd. resposta da Galp Energia de 14 de maio de 2014 (fls. 3283).

¹⁸ Relativamente ao contrato entre a Galp Açores e o distribuidor Ilha Branca – Comércio de Combustíveis e Produtos Químicos, Lda., não é feita menção a que o revendedor não pode vender o GPL fornecido pela Galp Açores fora da área atribuída “*como revendedor de primeira linha*”.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

	Contratos não permitem vendas fora do território (sem fazerem referência apenas a vendas ativas)
2002	4
2003	0
2004	1
2005	1
2006	1
2007	0
2008	0
2009	0
2010	0
2011	1
2012	1
	9

Fonte: contratos enviados pela Galp Energia (fls. 3241 a 3270, 5446 a 5466V e 6870 a 6890V)

130) Através da sua resposta de 6 de maio de 2013, a Galp Energia facultou três contratos em vigor celebrados entre a Galp Madeira e os seus distribuidores de primeira linha (fls. 3201 a 3211, 3213 a 3221 e 3223 a 3231).

131) A Galp Madeira e os distribuidores de primeira linha celebraram entre si um contrato que tem como objeto a compra pelos segundos à primeira de gás butano e de gás propano em garrafas para posterior revenda a distribuidores de segunda linha ou a consumidores finais (fls. 3201, 3213 e 3223).

132) Veja-se, por exemplo, os n.ºs 1 e 2 da cláusula 1.ª do contrato entre a Galp Madeira e Manuel Pereira Gonçalves, Serrão & Filhos, Lda. (cujo teor é reproduzido nos demais contratos referidos, melhor identificados no Anexo 1 à Decisão da AdC): “*1.O REVENDEDOR obriga-se para com a GALP MADEIRA a comprar-lhe, para revenda, em regime de exclusividade, gás butano e gás propano em garrafas, do comércio daquela, adiante designados em conjunto por GALPGÁS.*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2. A GALP MADEIRA obriga-se a vender ao REVENDEDOR, em condições normais de mercado, o GALPGÁS de que ele necessitar para o regular funcionamento do negócio" (fls. 3223).

133) Todos os contratos da Galp Madeira remetidos à Autoridade foram celebrados no ano de 2012, tendo o mais antigo sido celebrado em 1 de janeiro de 2012 (fls. 3213 a 3221).

134) De acordo com o n.º 1 da cláusula 2.ª e com o n.º 5 da cláusula 8.ª dos contratos, o fornecimento de GPL ao distribuidor por parte da Galp Madeira é feito em regime de venda firme (fls. 3201, 3213 e 3223), sendo que o risco pela perda ou danificação das garrafas e demais material pertencente à Galp Madeira se transfere para o distribuidor com a respetiva entrega a este (fls. 3204, 3216 e 3226).

135) Conforme resulta dos n.os 2 e 3 da cláusula 3.ª dos contratos, "[n]os fornecimentos aos consumidores diretos e aos 'revendedores de 2.ª linha', o REVENDEDOR atua em nome próprio e por sua conta e risco, não se estabelecendo qualquer relação entre aqueles e a GALP MADEIRA", sendo que "[o] incumprimento das obrigações dos consumidores e 'revendedores de 2ª linha' para com o REVENDEDOR, não pode ser por este invocado como motivo de incumprimento das suas obrigações para com a GALP MADEIRA" (fls. 3202, 3214 e 3224).

136) Conforme resulta do n.º 1 da cláusula 3.ª, "[n]a organização da revenda o REVENDEDOR pode recorrer à cooperação de outras empresas, [...] designadas por 'revendedores de 2.ª linha', as quais deverão ser previamente aprovadas pela GALP MADEIRA" (fls. 3202, 3214 e 3224).

137) De acordo com o n.º 3 da cláusula 10.ª dos contratos, "o REVENDEDOR entregará quinzenalmente à GALP MADEIRA os montantes que ele e os revendedores de 2.ª linha tiverem recebido; no mesmo prazo a GALP MADEIRA pagará ao REVENDEDOR os valores que este e os revendedores de 2.ª linha tiverem reembolsado aos respetivos clientes, contra a entrega dos documentos comprovativos" (fls. 3205, 3217 e 3227).

138) Todos os contratos incluem uma cláusula que estabelece a área geográfica em que o distribuidor está autorizado a vender o GPL fornecido pela Galp

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Madeira, não podendo o mesmo vender o GPL “*como revendedor de primeira linha da Galp Madeira*” fora da mesma, salvo prévia autorização escrita da Galp Madeira¹⁹ (fls. 3201, 3213 e 3223).

139) Veja-se, por exemplo, o n.º 3 da cláusula 1.ª do contrato entre a Galp Madeira e Manuel Pereira Gonçalves, Serrão & Filhos, Lda. (cujo teor é reproduzido nos demais contratos referidos, melhor identificados no Anexo 1 à Decisão da AdC): “*A área geográfica a que o presente contrato se reporta é à Região Autónoma da Madeira, concelhos da Ribeira Brava, Ponta do Sol, Calheta e Porto Moniz, não podendo o REVENDEDOR vender GALPGÁS fora do mesmo, como Revendedor de 1.ª linha da GALP MADEIRA, salvo prévia autorização escrita desta*” (fls. 3223).

140) A minuta contratual que constitui a parte C do Anexo 3 à resposta da Galp Energia de 6 de maio de 2013, adotada no segundo semestre de 2010, passa a especificar que apenas as vendas ativas fora do território contratual se encontram limitadas, permitindo deste modo a realização de vendas passivas pelos distribuidores.

*

141) A AdC enviou um questionário a 245 distribuidores atuais das empresas visadas.

142) Em outubro de 2014, a Autoridade enviou um questionário adicional a 118 dos 245 distribuidores atuais das empresas visadas.

143) Conforme ilustrado na tabela *infra*, 212 distribuidores atuais responderam ao questionário inicial e 108 distribuidores atuais responderam ao questionário adicional²⁰.

Tabela 10 – N.º de distribuidores que responderam aos questionários da Autoridade

	Questão nário inicial	%	Questão nário adicional	%

¹⁹ Relativamente ao contrato entre a Galp Madeira e a Gasinsular – Combustíveis do Atlântico, S.A., não é feita menção a que o revendedor não possa vender o GPL fornecido pela Galp Madeira fora da área atribuída “*como revendedor de primeira linha*”.

²⁰ Após o envio às visadas do Relatório, dois outros distribuidores forneceram a sua resposta ao questionário inicial em 1 de dezembro de 2014 e em 3 de dezembro de 2014.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Respondido	212	87%	108	92%
Ofício devolvido	15	6%	0	0%
Sem resposta	18	7 %	10	8%
Total	245	100%	118	100%

Fonte: Informação fornecida pelos distribuidores das empresas visadas

144) Os contratos de 174 dos 212 distribuidores que responderam ao questionário não permitem a realização de quaisquer tipos de vendas fora do território.

Tabela 11 – N.º de distribuidores que responderam ao questionário da Autoridade cujos contratos permitem (ou não) a realização de quaisquer vendas

	Questão inicial	%
Contrato que proíbe vendas fora do território sem referir apenas vendas ativas	174	82%
Contrato que proíbe expressamente apenas vendas ativas	37	17%
Sem contrato	1	0%
Total	212	100%

Fonte: Informação fornecida pelos distribuidores das empresas visadas

145) Relativamente aos 174 distribuidores cujos contratos não permitem a realização de vendas fora do território definido no contrato, sem referir apenas vendas ativas, destaca-se que, pelo menos, 95 distribuidores não realizaram qualquer venda fora do território (com deslocação do distribuidor fora do seu território).

146) Por sua vez, pelo menos, 79 distribuidores realizaram vendas espontâneas/solicitadas pelos clientes fora do território, sendo que um desses distribuidores efetuou esse tipo de vendas porquanto outros distribuidores procederam nos mesmos termos na área que lhe estava atribuída.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

147) Dos 95 distribuidores cujos contratos proíbem quaisquer vendas fora da área atribuída e que não as realizaram, pelo menos 38 não efetuaram quaisquer vendas fora do território (com deslocação do distribuidor para fora do território) por razões contratuais.

148) De acordo com a lista fornecida pelas empresas visadas, o questionário foi enviado a 39 distribuidores antigos que já não distribuem GPL em garrafa das visadas²¹.

149) Desses, 14 responderam ao questionário.

150) Dos referidos 14, 9 não efetuaram quaisquer vendas fora do território (com deslocação do distribuidor fora do seu território) e, pelo menos, 6 distribuidores não efetuaram tais vendas devido à proibição incluída no contrato.

151) Alguns distribuidores que responderam não ter realizado vendas fora do território anexaram uma cópia do contrato de distribuição que celebraram com as empresas visadas (cfr. fls. 5230 a 5238, 5290 a 5291, 5372 a 5375V e fls. 5403 a 5410).

152) Um dos distribuidores considerou a venda de GPL em garrafa no seu território por parte de outros distribuidores da Galp como uma conduta que “*viola o que está contratualizado*” (fls. 6749 a 6750).

153) No dia 7 de fevereiro de 2013, a Galp Energia enviou a um conjunto de distribuidores de primeira linha um email, que consta a fls. 5358 e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, no qual constava o seguinte: “*O Sr. Custódio Silva ex-funcionário do nosso parceiro de negócio Pichelaria Mouzinho/Socecol, que opera os mercados de Famalicão/Guimarães/Vizela, começou a vender Galpgás, através da empresa QUIMERALÓGICA, Comércio de Gás Unipessoal, Lda., nos referidos concelhos à revelia da Petrogal, provocando a desestabilização nos descritos mercados através do preço praticado e consequente perda de margem para o nosso revendedor. Assim e neste contexto, solicitamos que falem com os V.*

²¹ Através do processamento das respostas aos questionários constatou-se que alguns distribuidores indicados pela Galp como distribuidores atuais são, na verdade, distribuidores antigos da Galp. Estes distribuidores foram, assim, considerados como distribuidores antigos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

colaboradores no sentido de impedir qualquer venda de garrafas Galp ao supramencionado Sr. Custodio Silva, de forma direta ou indireta”.

154) Os primeiros contratos de distribuição de GPL em garrafa remontam à década de 1960, numa altura em que a hoje Petrogal (na altura, CIDLA – Combustíveis Industriais e Domésticos (“CIDLA”)) era o principal fornecedor de GPL em garrafa presente no mercado nacional.

155) O mercado de fornecimento e distribuição de GPL funcionou em regime de monopólio até 1960, com a CIDLA como única empresa a operar no mercado.

156) Nessa altura, a Mobil Oil Portuguesa e a Shell Portuguesa iniciaram a distribuição de GPL em território nacional.

157) Nos anos seguintes, entraram a Companhia Portuguesa dos Petróleos, BP, a Sociedade Nacional de Petróleos (“SONAP”), que tinha sido constituída em 1933 com participação do Estado Português, e a Esso Portuguesa.

158) Em 1976, foi criada a Petrogal, detida integralmente pelo Estado Português, que resulta da fusão de quatro empresas nacionalizadas em 1975, entre as quais a SONAP e a CIDLA. O GPL, até aí comercializado pela SONAP e pela CIDLA, passou a sê-lo pela Petrogal.

159) Ao longo de várias décadas, e no contexto descrito, a CIDLA e a SONAP, primeiro, e a Petrogal, depois, foram celebrando contratos de distribuição de GPL em garrafa com distribuidores de primeira linha.

160) Assim procederam, porquanto decidiram prosseguir o respetivo negócio de um modo que assegurasse uma disseminação geográfica da oferta, num contexto de proximidade ao consumidor, sendo tais disseminação e proximidade algo que dificilmente poderiam conseguir de um modo direto, através das suas próprias orgânicas.

161) O desenvolvimento pelos distribuidores da relação com os consumidores, localizados nas imediações destes, implicavam a realização, por cada distribuidor, de investimentos significativos, que não poderiam ser destinados a outras finalidades ou não o poderiam ser sem relevante prejuízo,


TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

designadamente parques de armazenamento, empilhadores sujeitos a desgaste rápido, veículos modificados de distribuição do GPL em garrafas a clientes empresariais e particulares, e mobiliários e outros elementos de comunicação.

162) Neste contexto, a definição de territórios exclusivos aos distribuidores revelou-se instrumental à garantia de que as geografias eram servidas empenhadamente por distribuidores, não divergindo estes para zonas alternativas mais atrativas, de que resultaria a negligência ou mesmo abandono de regiões inteiras.

163) A mesma definição de territórios exclusivos revelou-se igualmente instrumental à garantia de que, se um distribuidor era incumbido de servir um determinado território, não veria os seus investimentos gorados pelas investidas comerciais e esforços de angariação de outros distribuidores da mesma marca.

164) Especificamente neste contexto de proteção de um modelo de negócio assente num território de distribuição exclusivo, os contratos de distribuição de GPL em garrafas passaram a conter uma cláusula de proibição de vendas, pelo distribuidor, fora do território que lhe tivesse sido conferido.

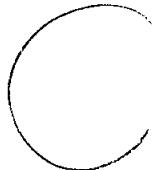
165) A ausência de uma tal cláusula tornaria a cada distribuidor intolerável a contingência a que ficaria sujeito o retorno dos seus investimentos em face do risco de outros distribuidores, usando a mesma marca, virem ativamente conquistar a clientela cuja angariação implicou esforço e custo, no limite aproveitando-se de tal esforço.

166) A Petrogal, enquanto sucessora das referidas empresas e por si mesma, adotou um tal modelo de negócio, tendo mantido nos seus contratos de distribuição uma cláusula que inibia as vendas de GPL em garrafas fora do território atribuído ao distribuidor.

167) Desde, antes do ano 2000, que o sentido normal da mesma cláusula, percebido pelas visadas e por alguns distribuidores, é o de que é proibido apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



168) As visadas não limitaram de alguma forma a liberdade dos distribuidores no que toca à possibilidade de responder a pedidos não solicitados de clientes de outros territórios.

169) Em regra, os distribuidores não recusam a venda a consumidores finais de fora do seu território que entrem no seu ponto de venda para comprar GPL.

170) Desde há muitos anos que é prática frequente de alguns distribuidores realizarem entregas, em resposta a pedidos não solicitados de clientes, fora da sua área territorial.

171) Proibir um distribuidor Galpgás de um determinado território de responder a um pedido não solicitado de um revendedor de segunda linha de outro território que se dirige a ele por não estar satisfeito com o distribuidor GALPGÁS do seu território, o seu distribuidor natural, geraria a possibilidade do cliente mudar para um distribuidor de uma marca concorrente.

172) As visadas incentivam as vendas nas situações referidas no parágrafo precedente.

173) Ao longo dos anos, a relação entre as visadas e os seus distribuidores tem sido regulada por outros elementos não referidos nos contratos, como é o caso do denominado Programa Estrela GPL, junto a fls. 3944 e ss.

174) Trata-se de uma ferramenta que consiste num sistema de avaliação à rede de revenda de gás em garrafa em Portugal Continental e Ilhas - centrado na qualidade de serviço, segurança, imagem e inovação -, no âmbito do qual são promovidas avaliações às lojas e pontos de venda dos revendedores e concedidos incentivos para o seu desempenho comercial.

175) Tais incentivos prendem-se essencialmente com a *performance* ao nível da imagem, serviço, conveniência, segurança, orientação para o cliente, auditoria ao ponto de venda, entre outros.

176) Em função da classificação alcançada nos níveis de serviço prestados, os distribuidores podem obter vantagens financeiras.

177) Esta ferramenta não limita, condiciona, ou penaliza os distribuidores

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de primeira linha, consoante existam vendas passivas.

178) No Manual do Programa Estrela que, entre os itens mais importantes do mesmo, encontra-se a existência de um serviço de entrega ao domicílio 7 dias por semana, uma linha telefónica para pedidos de gás, receção de pedidos de gás por meios eletrónicos, sendo que nenhuma destes itens contém qualquer referência ao seu funcionamento apenas em resposta a solicitações de clientes da área geográfica atribuída.

179) Nas ilhas das Flores, Graciosa e Santa Maria, existe apenas um distribuidor da visada Galp Açores com contrato escrito e na ilha Terceira, os dois distribuidores com contrato escrito estão nomeados para o mesmo território.

180) Nas ilhas do Corvo, Faial e São Miguel não existem distribuidores com contrato escrito.

181) A ilha de São Jorge, que tem cerca de 9000 habitantes, 8 quilómetros de largura e 53 de comprimento, onde os dois distribuidores de primeira linha com contrato escrito coincidem em parte do território (freguesia da Ribeira Seca).

182) Na Região Autónoma da Madeira, a ilha de Porto Santo tem apenas um distribuidor de primeira linha da Galp Madeira e na ilha da Madeira existem, parcialmente, coincidências no território atribuído aos distribuidores existentes.

183) Atentos os custos de transporte da mercadoria, não existe concorrência inter-ilhas com outros distribuidores da Galp Energia, salvo em casos excepcionais.

184) O distribuidor Electromóveis, Lda. referiu, a fls. 6643, que não realizou vendas fora do território “*porque não justifica sair da minha zona pela fraca venda num território muito grande sem população*”.

185) O distribuidor Cacémgás (que não foi considerado pela AdC), na resposta ao questionário (fls. 6712), esclareceu o seguinte: “*não realizei vendas fora do território estabelecido porque não tive solicitações da parte de clientes*” e “*nunca solicitei à Petrogal indicações sobre se poderia ou não realizar vendas fora do meu território de atuação*”.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

186) Nas cidades de Lisboa ou do Porto existem vários distribuidores nomeados, com divisões territoriais feitas à rua (por vezes até ao número da porta)²².

187) Em 22 dezembro de 2014, depois de a AdC ter remetido os questionários já referidos aos distribuidores e de estes aos mesmos terem respondido, as visadas remeteram aos seus distribuidores uma circular com o seguinte teor: “*Tornou-se do conhecimento público, há alguns meses, uma investigação da Autoridade da Concorrência às limitações territoriais de vendas de GPL em garrafas na rede Galp Energia. Vários distribuidores de primeira linha da [Petrogal / Galp Açores / Galp Madeira] foram, no contexto da investigação, chamados a prestar esclarecimentos acerca dessas limitações, de modo a que a mencionada autoridade pudesse aferir da existência ou não de uma prática ilícita. Atentas as dúvidas e incertezas que tal investigação veio a criar quanto ao correto alcance das limitações territoriais de vendas existentes, decidimos remeter a todos os nossos distribuidores de primeira linha a presente circular, destinada a esclarecer as regras contratuais que a tal respeito vigoram na rede Galp Energia. Assim, esclarecemos que: 1) O território atribuído a cada distribuidor de primeira linha, no respetivo contrato, é um território exclusivo, no qual apenas esse mesmo distribuidor poderá fazer vendas ativas; 2) Para este efeito, entende-se por “vendas ativas” a abordagem ativa de clientes localizados num território através, por exemplo, de visitas a tais clientes, de publicidade ou promoções comerciais dirigidas ou que só possam ter interesse para os clientes nesse território ou, ainda, da nomeação de distribuidores de segunda linha para a realização de vendas no território; 3) Assim sendo, a [Petrogal / Galp Açores /*

²² Veja-se o exemplo, em Lisboa, do distribuidor Gasdicol (fls. 2318 e 2319) cuja área geográfica é definida da seguinte forma “aquela que se define segundo os seguintes limites: Av^a da Republica (lado Pares); Campo Grande (lado leste); Av^a Marechal Craveiro Lopes (lado Sul); Rotunda do Aeroporto (lado Oeste); Av^a Almirante Gago Coutinho (todos os Impares e Pares a partir do n.^º 40 ao n.^º 116); Rua Quinta da Montanha (junto à Av^a Almirante Gago Coutinho); Azinhaga Fonte de Louro (só até à passagem de nível lado Norte); Praça do Areeiro; Av^a Almirante Reis (do n.^º 213 ao n.^º 247); Alameda D. Afonso Henriques (do n.^º 70 ao n.^º 82); Av^a Manuel da Maia (a partir do n.^º 34); Av^a Rovisco Pais (n.^ºs Impares); Av^a Duque d'Ávila (do n.^º 37 ao n.^º 103 e a partir do n.^º 30 todos os Pares); Rua D. Estefânia (todos os impares e os pares até ao n.^º 48); Largo D. Estefânia; Rua Pascoal de Melo (do n.^º 29 ao n.^º 135); Rua José Estêvão; Rua do Mindelo; Rua Jacinto Marta (pares a partir do n.^º 8 e impares a partir do n.^º 9); Rua Escola do Exército (nímeros impares); Rua Capitão Renato Batista; Rua Nova do Desterro; Av^a Almirante Reis (n.^º 1 ao n.^º 3); Rua da Palma (nímeros impares); Rua de São Lázaro (nímeros pares); Rua Conselheiro Arantes Pedrosa; Largo do Mastro; Largo do Mitelo; Campo Mártires da Pátria (do n.^º 91 ao n.^º 123); Rua Gomes Freire (nímeros Pares); Praça José Fontana (a partir do n.^º 40); Rua Tomás Ribeiro (lado leste até à Av^a Fontes Pereira de Melo); Av^a Fontes Pereira de Melo (nímeros pares a partir do n.^º 36); Praça Duque de Saldanha (lado Leste).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Galp Madeira], sempre que tenha nomeado um distribuidor de primeira linha para um território, não dará indicação a outro distribuidor para realizar vendas ativas nesse mesmo território, exceto quando o desempenho do primeiro se revele gravemente insuficiente face aos objetivos comerciais da rede Galp Energia; 4) Do mesmo modo, os distribuidores de primeira linha estão proibidos de efetuar vendas ativas nos territórios atribuídos a outros distribuidores, salvo com indicação em contrário da [Petrogal / Galp Açores / Galp Madeira], no caso referido em 3); 5) Os distribuidores de primeira linha não estão, porém, proibidos de realizar vendas passivas nos territórios atribuídos a outros distribuidores; 6) Para este efeito, entende-se por "vendas passivas" a resposta a pedidos apresentados por clientes, que não resultem da abordagem do distribuidor nos termos referidos em 2). Agradecemos que a V/ atuação, no desenvolvimento da distribuição do GPL em garrafas, se paute, agora como no passado, pelo acima referido."

188) Para além dos factos descritos no parágrafo precedente, as visadas não levaram a cabo qualquer outra iniciativa, desde 01 de janeiro de 2000, no sentido de esclarecer todos distribuidores, cujos contratos não referiam apenas vendas ativas, de que o seu entendimento era é o de que era proibido apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores.

189) As visadas não tiveram o cuidado de rever as minutas contratuais a partir de 01 de janeiro 2000 e de, nos novos contratos celebrados após 01 de janeiro de 2000, limitar as vendas fora da área atribuída apenas às vendas ativas, cuidado esse de que eram capazes.

190) As visadas não representaram a possibilidade de ao manter e celebrar novos contratos com as referidas cláusulas estarem a efetuar uma prática restritiva da concorrência.

*

191) Os volumes de negócios das visadas em 2014 foi de € 8.306.895.663,44 (Petrogal), € 67.520.311,19 (Galp Açores) e € 123.681.865,99


TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

C

(Galp Madeira).

192) O volume de negócios das visadas no que concretamente diz respeito ao GPL foi, em 2014, de € 141.333.000 (Petrogal), € 10.391.000 (Galp Açores) e € 7.109.000 (Galp Madeira).

193) Não são conhecidos antecedentes contraordenacionais das visadas por infrações às regras da concorrência.

194) As visadas mostraram total disponibilidade com a AdC no fornecimento da informação solicitada e no esclarecimento de quaisquer questões ao longo do processo.

195) Em setembro/outubro de 2015, no âmbito de um processo de atualização da rede, as visadas iniciaram um processo de revisão de todos os contratos, fazendo referência apenas às vendas ativas na cláusula que proíbe as vendas fora da área atribuída.

*

Factos não provados:

a) As empresas visadas, enquanto fornecedoras de GPL em garrafa, têm em consideração a eletricidade como um produto concorrente com influência na sua política tarifária.

b) No mercado das fontes de energia utilizadas no segmento doméstico, com inclusão da biomassa, gás natural e GPL canalizado, a quota de mercado da Petrogal não excederá os 9,2%.

c) Dos distribuidores atuais cujos contratos proíbem quaisquer vendas fora da área atribuída e que não as realizaram, outros distribuidores, para além dos indicados nos factos provados, não efetuaram quaisquer vendas passivas fora do território por razões contratuais e/ou indicação das empresas visadas.

d) Dos distribuidores antigos, cujos contratos proíbem quaisquer vendas fora da área atribuída e que não as realizaram, outros distribuidores, para além dos indicados nos factos provados, não efetuaram quaisquer vendas passivas fora do território por razões contratuais e/ou indicação das empresas visadas.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- e) As empresas visadas, quando confrontadas com queixas de distribuidores relativas a vendas de outros distribuidores fora do território atribuído, limitam-se a pedir informações sobre o distribuidor que vendeu fora da área, sem procurar averiguar se as vendas em causa são passivas ou ativa.
- f) A ausência de uma cláusula de proibição de vendas fora da área atribuída significaria a possibilidade de uma rede de distribuição se desagregar, por não assegurar o abastecimento disseminado do produto;
- g) Existia, na prática, um acordo de vontades entre as recorrentes e todos os seus distribuidores no sentido de que a cláusula que limitava a proibição de vendas fora da área atribuída proibia apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores – apenas se provou o que consta nos pontos 167) a 172) e antes se provou o que consta nos pontos 147) e 150) dos factos provados.
- h) Nos casos em que um distribuidor de segunda linha está disposto a dirigir-se fora do seu território para procurar um distribuidor de primeira linha diferente do da sua área territorial, é em regra porque não se encontra satisfeito com o distribuidor do seu território.
- i) Uma regra de proibição de vendas passivas, fora das hipóteses descritas na alínea precedente, seria absolutamente contrária aos interesses de negócio.
- j) Fora da situação descrita em h), as vendas passivas eram incentivadas pelas visadas;
- k) As minutas contratuais não são encaradas pela Galp Energia e pelos seus distribuidores como o elemento central da regulação das suas relações;
- l) Alguns dos distribuidores que não têm um contrato escrito são dos que registam um maior volume de vendas de GPL engarrafado em toda a rede de distribuição da Galp Energia;
- m) O denominado Programa Estrela GPL é a principal ferramenta de trabalho da Galp Energia com os seus distribuidores de primeira linha e a que maior impacto tem na regulação da relação comercial.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- n) O Programa Estrela GPL encontra-se em vigor desde a segunda metade da década de 1990.
- o) A freguesia de Ribeira Seca na ilha de São Jorge, é um dos territórios mais densamente povoados da ilha.
- p) A unidade de negócio de GPL tem vindo nos últimos anos a gerar prejuízos, na ordem dos cerca de 120 milhões de euros.

*

Tudo o mais que conste na decisão impugnada e no recurso de impugnação e que encontre expressão nos factos provados e não provados é matéria de direito, de natureza conclusiva ou irrelevante.

*

Motivação:

Para apuramento dos factos provados e não provados foram tidos em consideração, desde logo, os meios de prova produzidos na audiência de julgamento, bem como 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”²³.

Na admissão e valoração destes meios de prova foram levadas em conta as normas legais relativas à admissibilidade dos meios de prova no processo de contraordenação (cfr. art. 42º, do RGCO) e no processo penal, aplicáveis subsidiariamente e com as devidas adaptações (cfr. art. 41º/1, do RGCO), bem como o princípio geral da livre apreciação da prova (cfr. art. 127º, do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do RGCO).

Três notas complementares se impõem antes de se enunciar, em pormenor, os fundamentos da convicção do Tribunal.

²³Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Regime Geral das Contraordenações, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Europeia pág. 291, anotação ao art. 72º.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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.

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

Em terceiro lugar, é irrelevante que a AdC tenha formulado um juízo em relação à existência de uma “*exclusividade de facto dos distribuidores no seu território de atuação*”, com base numa percentagem de respostas favoráveis inferior àquela que foi obtida relativamente à proibição das vendas passivas, porquanto, neste plano, o Tribunal tem plena jurisdição, não estando limitado à concreta ponderação efetuada pela AdC.

Assim, os factos relativos à caracterização das visadas – pontos 1) a 4) – foram extraídos do Relatório e Contas de 2013, páginas 97 a 100, disponível em: <http://www.galpenergia.com/PT/investidor/Relatorios-e-resultados/relatorios-anuais/Paginas/ultimos-relatorios-anuais.aspx.>

No que respeita aos factos relativos ao mercado relevante – pontos 5) a 80) e alíneas a) e b) – face à ausência de qualquer elemento minimamente consistente em sentido contrário tomaram-se como exatos os factos constantes na decisão impugnada e as fontes indicadas pela AdC, que não foram concretamente questionados pelas visadas na sua defesa à nota de ilicitude, para a qual remete o recurso de impugnação.

As fontes são: o Inquérito ao Consumo de Energia no Setor Doméstico, 2010, Edição 2011, do INE e da DGEG, disponível em [file:///C:/Users/MJ02554/Downloads/ICESD_2010%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/MJ02554/Downloads/ICESD_2010%20(1).pdf); a *Análise aprofundada dos setores dos Combustíveis Líquidos e do Gás Engarrafado em Portugal*, da Autoridade, parágrafo 1621, tabela 71, parágrafo 1624, disponível em <http://www.antsr.pt/Portals/0/Processo%20102/15.9YUSTR/Tribunal%20da%20Concorr%C3%Aancia,%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20e%20Supervis%C3%A3o%20de%20Santar%C3%A9m>

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Energia_e_Combustiveis/02_Relatorio_Final_Sector_Combustiveis_Liquidos_Gas_Engarrafado_em_Pt_vPort_31_03_2009.pdf; informação disponibilizada pela DGEG, in www.dgeg.pt e pela Comisión Nacional de Energia, in www.cne.es; os depoimentos de Pedro José Freire dos Santos Condesso – doravante Pedro Condesso – gestor de negócio na área do GPL entre janeiro de 2013 e outubro de 2014, e Jorge José Borges de Carvalho – doravante Jorge Carvalho – responsável pelo negócio de GPL em Portugal Continental entre 2007 e 2014, prestados na fase organicamente administrativa e constantes de fls. 6035 a 6042, especificamente quanto ao ponto 40; decisões da Comissão Europeia, especificamente as decisões relativas aos processos IV/M.493 – *Tractabel/Distrigaz II*, de 1 de setembro de 1994, IV/M.568 – *EF/Edison-ISE* de 08/06/1995, IV/M.931 – *Neste/IVO*, de 2 de junho de 1998, e IV/M.1190 – *Amoco/Repsol/Iberdrola/Ente Vasco de la Energia*, de 11 de agosto de 1998, COMP/M.1628 – *Totalfina/Elf*, COMP/M.3664 Repsol Butano / Shell Gass (LPG), de 9 de março de 2005, COMP/M.5005 – *GALP Energia/ExxonMobil Iberia*, disponíveis em <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/>; e Decisões da Autoridade relativas aos processos Ccent. 31/2012 – Bencom/Terparque, Ccent. 40/2010 – BENCOM/Negócio de Combustíveis BP Açores, Ccent.13/2005 – Galp Madeira/Gasinsular e processo AC-I-48/2003 – *NQUINTAS/CGD/EDP*, de 20 de setembro de 2004), disponíveis em http://www.concorrencia.pt/vPT/Controlo_de_concentracoes/Decisoes/; e os esclarecimentos apresentados pelas visadas e indicados nos factos provados.

No que respeita aos factos concretamente questionados pelas visadas, alegam as mesmas que *o argumento da substituibilidade no curto prazo em virtude das diferenças dos equipamentos finais utilizados pelo GPL em garrafa e pela eletricidade tem sido desenvolvido para afastar a substituibilidade entre a eletricidade e o gás natural, não sendo a substituibilidade entre a eletricidade e o GPL em garrafa objeto de análise*. Salientam, em particular, a decisão adotada pelo Conselho da AdC no processo Ccent. 48/2003. Mais sustentam que hoje em dia *há diversos equipamentos domésticos que se encontram aptos a funcionar com ambas as fontes de energia (e.g. fogões com placas elétricas e bicos de gás (GPL) em simultâneo, podendo tais equipamentos ser complementados com sistema combinados de aquecimento a gás e eletricidade)*.

C

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Pedro Condesso e Jorge Carvalho confirmaram nos seus depoimentos prestados na fase organicamente administrativa a existência de fogões mistos (cfr. fls. 6035 e ss), pelo que este facto foi aditado. Contudo, o mesmo não afasta a existência de equipamentos que apenas podem ser utilizados com uma das referidas fontes de energia, que os custos de conversão são elevados e que esse fator é determinante nas escolhas dos consumidores a curto prazo. Efetivamente, tais factos são do conhecimento comum acessível a qualquer consumidor, não carecendo de uma análise aprofundada. Por conseguinte, independentemente da prática decisória ter analisado ou não este fator em relação ao GPL em garrafa e independentemente da sua valia para efeitos de delimitação do mercado relevante quanto ao produto, considera-se que, em termos factuais, se pode concluir com segurança, que, no curto prazo, a substituição de gás por eletricidade é condicionada pelo tipo de equipamento já instalado e a respetiva amortização, dado que o custo de conversão entre tipos de equipamento pode ser elevado.

Mais alegaram as visadas vários indicadores retirados do Inquérito ao Consumo de Energia no Setor Doméstico, 2010, Edição 2011 – cfr. artigos 154, 155, 162, 184, 186 e 187 – e do Relatório da AdC sobre os setores dos combustíveis líquidos e do gás engarrafado em Portugal, § 1701 – ponto 169 – que encontram suporte bastante em tais elementos e que, por isso, foram aditados aos factos provados com os esclarecimentos que resultaram dos elementos colhidos nos aludidos suportes documentais.

Quanto à alegação contida nos pontos 181 e 190 da NI, dada sua natureza conclusiva, aludindo a importância sem especificar a realidade que este conceito pretende retratar, a mesma foi desconsiderada. Acresce ainda que entendida a alegação como reportando-se ao uso total das diversas fontes de energia no setor doméstico, as percentagens indicadas pelas visadas não encontram suporte no aludido Estudo do INE e DGEG, porquanto nas suas conclusões consta o seguinte: “*Numa análise aos resultados do consumo de energia nos Alojamentos (excluindo os combustíveis utilizados nos veículos), e por tipo de fonte energética, verifica-se que, em 2010, a Electricidade foi a principal fonte de energia utilizada (42,6%). Esta fonte de energia foi a que sofreu maior alteração relativamente aos últimos inquéritos (15,8% em 1989 e 27,5% em 1996). A Lenha surge como a segunda principal fonte de energia consumida nos alojamentos, com*


TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

um peso de 24,2% no consumo total (60,3% em 1989 e 41,9% em 1996). O GPL (Butano e Propano) corresponde à terceira principal fonte de energia, representando cerca de 19% do total, com predominância do GPL garrafa (16,6% do total em 2010, 20,6% em 1989 e 26,1% em 1996)".

No que respeita aos factos não provados, a factualidade exarada na alínea a) foi considerada não provada por duas razões. Em primeiro lugar, porque pese embora tivesse sido afirmada por Jorge Carvalho, no seu depoimento prestado na fase organicamente administrativa (cfr. fls. 6039), não foi igualmente afirmada por Pedro Condesso (cfr. fls. 6035). Contudo, mais importante que isso é o facto das recorrentes quando se trata, a final, de esclarecerem a sua posição a respeito do mercado relevante incluírem apenas a biomassa, o gás natural e o GPL canalizado (cfr. ponto 396 do recurso de impugnação e 204 da defesa escrita à NI).

Por último, impõe-se referir que não foi produzida prova sobre a quota de mercado das visadas no alegado mercado das fontes de energia utilizadas no segmento doméstico, que inclui a biomassa, gás natural, o GPL em garrafa e o GPL canalizado.

A factualidade que se reporta à organização da distribuição do GPL em garrafa – pontos 81) a 93) dos factos provados – foi retirada, tal como consta na decisão impugnada, das respostas apresentadas pelas visadas, designadamente resposta da Galp Energia, de 20 de março de 2012 (fls. 30 e 31), resposta da Galp Energia de 6 de maio de 2013, constantes de fls. 261, 263, 264, 269, 271, 272, 274, 277, 279 a 282, resposta das visadas, de 30 de setembro de 2014, fls. 5220 a 5479.

No que respeita aos factos relativos aos contratos celebrados entre as visadas e os seus distribuidores – pontos 94) a 140) – os factos respetivos resultaram das cópias dos respetivos contratos, cujas fls. são indicadas nos factos provados.

Relativamente aos questionários efetuados pela AdC e aos seus resultados – pontos 141) a 150) e alíneas c) e d) dos factos não provados – tal como esclarece a AdC, na decisão impugnada, em 23 e 24 de setembro de 2014, a Autoridade procedeu ao envio do questionário a 284 distribuidores atuais e antigos da Petrogal, da Galp Açores e da Galp Madeira (fls. 4234 a 4801). Mais tarde e na sequência de esclarecimentos prestados pelas visadas quanto aos distribuidores atuais e antigos, em 7 de outubro de 2014 a AdC enviou


TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

o questionário aos distribuidores antigos (18) e aos distribuidores atuais (2) que foram identificados pela primeira vez pelas visadas na resposta de 30 de setembro de 2014 (fls. 6043 a 6082-A).

Nos primeiros questionários colocava-se aos distribuidores a seguinte pergunta inicial: “*Já realizou vendas de GPL em garrafa adquirido à Petrogal fora do território de atuação estabelecido no contrato de fornecimento que celebrou com aquela empresa? Sim/Não*”. Caso a resposta fosse positiva, os distribuidores interpellados tinham de esclarecer o seguinte: “*As vendas que realizou foram resultado de pedidos espontâneos/não solicitados de clientes? Sim/Não*”. Pedia-se ainda que fossem remetidas cópias das comunicações de clientes com esses pedidos espontâneos/não solicitados e as respetivas faturas. Caso a resposta à referida pergunta fosse negativa, pedia-se aos destinatários que respondessem às seguintes interpelações: “*Foi pelo facto de o contrato de fornecimento celebrado com a Petrogal proibir essas vendas que não as realizou? Sim/Não*”; e “*Recebeu indicação oral ou escrita da Petrogal para não realizar essas vendas? Sim/Não*”.

Numa segunda fase, a AdC, por ter considerado que um conjunto elevado de respostas de distribuidores afirmou não ter realizado quaisquer vendas fora do território, e para garantir a exatidão e a interpretação rigorosa dessas respostas, enviou novos inquéritos: a 103 distribuidores em 16 de outubro de 2014 (fls. 6278 a 6489); a 2 distribuidores em 24 de outubro de 2014 (6724 a 6728); a 14 distribuidores em 28 de outubro de 2014 (fls. 6777 a 6805V) e a 1 distribuidor em 30 de outubro de 2014 (fls. 6832 a 6834).

O texto desses inquéritos era o seguinte: “*Em resposta ao questionário anterior, referiu que nunca realizou vendas de GPL em garrafa adquirido à Galp Açores fora do território de atuação estabelecido no contrato de fornecimento que celebrou com aquela empresa. Foi pelo facto de o contrato de fornecimento que celebrou com a Galp Açores proibir essas vendas que não as realizou? Sim/Não; Recebeu indicação oral ou escrita da Galp Açores para não realizar essas vendas? Sim/Não*

A análise dos resultados obtidos consta no “Relatório sobre diligências complementares de prova requeridas pelas empresas visadas”, de fls. 6911 e ss. As



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

conclusões mais relevantes que a AdC extraiu dos referidos questionários resumem-se às seguintes: 101 distribuidores atuais não realizaram quaisquer vendas fora do território; 44 (12+6+26) dos 174 (i.e., 25%) distribuidores atuais, cujos contratos não admitem a realização de qualquer tipo de vendas fora do território, e que responderam ao questionário, referem não ter efetuado de facto quaisquer vendas fora do território devido à proibição incluída no contrato e/ou por terem recebido orientações das empresas visadas nesse sentido; quanto aos distribuidores antigos, 9 dos 14 distribuidores das empresas visadas não efetuaram vendas fora do território, 6 destes 9 distribuidores referem que não realizaram vendas fora do território devido à proibição incluída no contrato e 4 destes 6 distribuidores acrescentam que não efetuaram vendas fora do território por também terem recebido instruções das empresas visadas nesse sentido.

A questão que se coloca é se os referidos questionários, considerando a formulação das perguntas efetuadas e as respostas dadas, são, em si mesmos, suficientemente seguros para sustentar as referidas conclusões. Pese embora os argumentos aduzidos pelas visadas, que serão analisados quando se justificar, entende-se que a resposta a esta questão é parcialmente afirmativa, nos termos que ficaram consignados nos factos provados. Vejamos porquê.

Admite-se que o primeiro questionário não é isento de reparos. Com efeito, detetam-se no mesmo uma insuficiência, uma pergunta com uma formulação equívoca e um encadeamento de questões pouco lógico.

Assim, é insuficiente porquanto em relação à pergunta inicial, que se reporta a todas as vendas fora do território, não contém nenhuma pergunta adicional destinada a esclarecer a causa desse facto. Certamente por ter constatado isso, a AdC teve de proceder à realização dos questionários adicionais, que se revelaram ser incontornavelmente necessários, não apenas “*para garantir a exatidão e a interpretação rigorosa*” das respostas iniciais, mas para permitir uma leitura minimamente útil dos primeiros questionários.

Por sua vez, a segunda interpelação, que se pretendia que incidisse especificamente sobre as vendas passivas, utiliza a fórmula *pedidos espontâneos/não solicitados de clientes*. Ora, para quem conhece o conceito de vendas passivas, esta formulação não



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

suscita dúvidas. Contudo, para quem não tem familiaridade com este termo técnico não é com facilidade que consegue perceber que a expressão “*pedidos não solicitados de clientes*” significa pedidos não solicitados à clientes. Note-se inclusive que um dos distribuidores rasurou a expressão “não solicitados” (cfr. fls. 5248). Razão pela qual não surpreende que Antero Henriques Rosa Morgado (doravante Antero Morgado), representante legal da Electrónica Ansianense – Comércio e Reparação de Eletrodomésticos, Lda (cujo questionário consta a fls. 5629-5630), tenha afirmado, em audiência de julgamento, que a referida pergunta lhe pareceu ambígua e o confundiu. No mesmo sentido, não é de estranhar que Vítor Jorge da Silva Carvalho (doravante Vítor Carvalho), representante legal da sociedade Manuel Rodrigues Pinto & Filho, Lda (cujo questionários consta a fls. 5348-5349), tenha considerado o mesmo.

Por fim, o questionário contém um encadeamento de questões pouco lógico porque a resposta negativa à segunda pergunta, que era suposto incidir especificamente sobre vendas passivas, que, por sua vez, era a interpelação que permitia responder à questão relativa à causa da não realização de vendas, conduzia ao resultado estranho e pouco congruente do distribuidor não ter realizado vendas passivas porque o contrato não permitia, mas, em contrapartida, ter efetuado vendas ativas. Em suma, a conclusão de que existiam distribuidores que não realizavam vendas passivas porque o contrato não lhes permitia pressupunha um encadeamento de perguntas e respostas que tinha como consequência a realização de vendas ativas sem que o contrato as proibisse. Foi a esta inusitada leitura a que conduziram, conforme salientam as visadas, as respostas dadas pelos distribuidores Armazéns de Mercearia A Monteiro, S.A. (fls. 5279-5280), Carlos Jorge Brandão e Silva, Costa (fls. 5622), Martins & Pires, Lda (fls. 5521-5522), Electrónica Ansianense – Comércio e Reparação de Eletrodomésticos, Lda (fls. 5629) e Manuel Rodrigues Pinto & Filho Lda (fls. 5347-5348).

Não obstantes as irregularidades assinaladas, considera-se que as mesmas, não inviabilizam, de todo, os referidos questionários. Com efeito, a primeira pergunta, que se reporta, em termos genéricos, a vendas fora do território não padece das incongruências referidas a propósito das demais e a insuficiência originária que apresentava foi colmatada através dos segundos questionários.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

C

Coloca-se, no entanto, a questão de saber se tal pergunta, dada a sua natureza genérica, permite uma leitura segura no sentido de que as respostas dadas pelos distribuidores respetivos se reportavam também a vendas passivas.

As visadas entendem que não, alegando, em primeiro lugar, que *os distribuidores que realizaram e realizam vendas passivas a clientes de outros territórios poderão responder negativamente a uma questão sobre se realizaram "vendas fora do território" simplesmente porque as vendas passivas que realizaram ou realizam não exigem que saiam do seu território para as concretizar*". Um pouco mais à frente voltam a frisar que *não se diga que, para o declaratário médio, é líquido que por "vendas fora do território" pretende fazer-se alusão, também, às vendas passivas. Como é lógico, e já acima se aludiu, um distribuidor pode realizar uma venda em resposta a um pedido não solicitado de um cliente de outro território, não tendo que necessariamente realizar essa venda "fora do território". Numa situação em que o cliente não necessite do transporte de mercadoria nem sequer chega aliás a existir uma "saída do território"*.

Importa começar por referir que há elementos nos autos que contrariam as asserções das visadas. É o caso do esclarecimento escrito de fls. 5282, prestado por Nevegás, no qual faz referência a vendas feitas diretamente ao cliente no seu armazém. Também Francisco Aleixo Silveira (Casa Aleixo) a fls. 5824, esclareceu que tem clientes que se dirigiram ao seu estabelecimento comercial.

Não obstante estes esclarecimentos, aceita-se que da formulação utilizada na pergunta de *vendas fora do território* não se pode extrair a conclusão de que todos destinatários, que deram respostas negativas, consideraram as vendas efetuadas nos seus pontos de venda a clientes de outros territórios que aí se deslocaram. Efetivamente, este sentido não corresponde ao sentido comum da referida expressão. Para além disso, resultou dos depoimentos dos distribuidores inquiridos em audiência de julgamento, designadamente José Emílio Fraga Gomes (doravante José Gomes), que foi distribuidor de primeira linha da Petrogal entre 1996 a 2014, Joaquim Manuel Zeferino Luís (doravante Joaquim Luís), distribuidor de primeira linha da Petrogal desde 1992, na área de Alenquer, através da sociedade Zeferino & Luís, Lda, João Ricardo Raimundo Abrantes (doravante João Abrantes), distribuidor de primeira linha da Petrogal desde 2014, em Manteigas,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

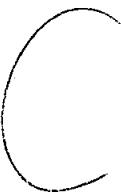
Vítor Jorge da Silva Carvalho (doravante Vítor Carvalho), distribuidor de primeira linha através da sociedade Manuel Rodrigues & Filho, Lda, e Ricardo Jorge Sotto-Mayor Santos Silva Couto (doravante Ricardo Couto), presidente do conselho de administração da empresa distribuidora de primeira linha da Petrogal da área de Aveiro, que a situação em análise – do cliente de outro território que se desloca ao estabelecimento do distribuidor do território vizinho – é tida pacificamente como admissível, não havendo razões para duvidar da credibilidade dos depoimentos nesta parte. Consequentemente, há que admitir que a generalidade dos distribuidores que respondeu negativamente à primeira questão não equacionou esse tipo de vendas nas respostas que deu. Note-se inclusive que o sentido levado em consideração pela AdC quando formulou a pergunta foi o de incluir apenas as vendas que implicavam deslocação do distribuidor para fora do território, conforme esclareceu a testemunha João Pedro Cardoso Pereira, instrutor do processo. Por conseguinte, quando se refere, nos factos provados, que um determinado número de distribuidores não realizou qualquer venda fora do território está-se a considerar apenas as vendas que implicam a sua deslocação ao território vizinho. Razão pela qual se efetuou este aditamento aos factos provados.

Alegam ainda as visadas que não ser *evidente que o distribuidor não associe ao local da venda o local onde a mesma foi feita e não o local ao qual se destinava o produto. De notar que, para o distribuidor, num raciocínio que reflete aliás a noção civilística do momento em que se considera estabelecido o vínculo entre as partes, o local da venda de produtos por si entregues em territórios vizinhos é a própria instalação do distribuidor, onde a encomenda foi recebida.*

Não se pode aceitar este argumento porquanto, no agir comercial diário e comum, a venda não é associada às declarações de vontade, mas à sua consumação com a entrega do produto. Um raciocínio como aquele que as visadas defendem pressupunha não apenas um conhecimento técnico-jurídico avançado próprio de um jurista, mas também que esse jurista fizesse uma leitura da realidade mediada sempre por conceitos jurídicos. O que, como é evidente, não é minimamente razoável, pois mesmo um jurista atribuiria à expressão *venda fora do território* o seu sentido mais comum e linear.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Considera-se, assim, que as respostas negativas à primeira pergunta efetuada pela AdC devem ser lidas no sentido de incluírem todas as vendas fora do território (com deslocação do distribuidor), designadamente vendas ativas e passivas, a não ser que existam elementos adicionais que tornem esta conclusão, pelo menos, duvidosa.

Ora, tais elementos adicionais existem em relação às respostas dadas pelos distribuidores que responderam não ter efetuado vendas fora do território apenas porque receberam instruções das visadas nesse sentido. É que a prova produzida admite como possível, pelas razões que *infra* se explicitarão, que as cláusulas que proibiam todas as vendas fora do território, sem fazer específica referência apenas a vendas ativas, eram interpretadas pelas visadas como estando reservadas apenas para as vendas ativas e que, por conseguinte, estas, na sua relação direta com os distribuidores, não limitavam a realização das vendas passivas.

Assim sendo, não se pode concluir que as visadas tenham dado orientações aos distribuidores referidos relativas à proibição de vendas passivas.

Não se podendo alcançar a referida conclusão, também não se pode aceitar que as respostas de tais distribuidores incluíssem as vendas passivas. Consequentemente, não foram considerados os distribuidores que não realizaram qualquer venda fora do território devido a orientações das visadas.

Em contrapartida, foi possível concluir com segurança que os distribuidores que responderam nunca ter efetuado vendas fora do território devido só ou também ao contrato estavam a considerar igualmente as vendas passivas, com deslocação para fora do território, porquanto quer o sentido comum da pergunta em causa, quer o sentido comum da cláusula contratual reportam-se a qualquer tipo de venda fora do território e não existem elementos adicionais perturbadores no sentido de que os referidos distribuidores possam ter considerado apenas as vendas ativas. Efetivamente, tal como se explicitará melhor *infra*, a prova produzida sustenta a fundada convicção de que nem todos os distribuidores interpretavam as cláusulas em análise nos termos e com a clareza que as recorrentes sustentam e bem assim que as recorrentes nunca adotaram, até à circular de 2014, procedimentos de esclarecimento generalizados.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Dir-se-á, mas em relação aos distribuidores que também fizeram referência a orientações dadas pelas visadas é igualmente dúvida que se estivessem a reportar a vendas passivas. Considera-se que não, pois o facto de se admitir que não tenham recebido orientações das visadas nesse sentido específico, mas apenas no que respeita a vendas ativas, não exclui ou não é incompatível com o facto da leitura da cláusula contratual que efetuaram corresponder ao sentido comum *supra* referido.

Por último, no que respeita aos distribuidores atuais que afirmaram terem efetuado vendas fora do território, consideraram-se, por um lado, todas as respostas afirmativas à primeira pergunta do questionário elaborado pela AdC (no total de 73) e, por outro lado, 6 dos 7 distribuidores indicados pelas recorrentes na defesa e que responderam à pergunta se as faturas apresentadas por aquelas resultaram de vendas espontâneas/não solicitadas de clientes (cfr. fls. 5690, 5771, 5722, 5805, 5216 e 5728). Pese embora alguns destes distribuidores tenham respondido que as vendas efetuadas não foram vendas espontâneas/não solicitadas de clientes, as respostas foram valoradas em sentido favorável à recorrente (ou seja, como incluindo vendas passivas), devido ao facto da pergunta ser, tal como já referido, equívoca, admitindo quer vendas passivas, quer vendas ativas. Consequentemente, apenas se excluiu um distribuidor que esclareceu que as vendas documentadas nas faturas remetidas pelas empresas visadas foram o resultado da “ação comercial” daquele distribuidor junto de clientes (fls. 5661), ou seja, vendas ativas.

É certo que os referidos distribuidores não apresentaram pedidos de encomenda escritos dos clientes e as faturas apresentadas por alguns (cfr. a título de exemplo, fls. 5221, a 5227, 5269 a 5271, 5284 e 5285, 5294, 5302, 5303; 5322 a 5332; 5337; 5338; 5341 a 5345; 5350 e 5351; 5389 a 5391, 5393, 5413 a 5416, 5418, 5512 a 5517, entre outras) não provam o contexto da venda. Contudo, não há fundamento para se entender que uma venda a pedido do cliente tivesse de ser precedida necessariamente de um documento comprovativo da sua vontade, sendo do conhecimento comum que este género de pedidos pode ser efetuado por telefone. Isto mesmo foi referido pelo distribuidor Adriano Santos & Henriques, Lda, na resposta ao seu questionário, tendo feito a constar, a propósito de faturas que lhe foram remetidas, que “os pedidos são feitos pelos clientes através do número de telefone 965010373/291946102” (fls. 5216). No mesmo sentido,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

veja-se o esclarecimento escrito prestado pela Sociedade de Combustíveis Ana Chaves, Lda de fls. 5268, fazendo referência ainda a pedidos junto da sua viatura. Há outros exemplos no processo, nomeadamente a fls. 5292, 5337, 5392, 5394 e 5411.

Consignou-se que um dos distribuidores efetuou esse tipo de vendas porquanto outros distribuidores procederam nos mesmos termos na área que lhe estava atribuída em virtude do esclarecimento escrito prestado pelo próprio e junto a fls. 5824-5825.

O inquérito apresentado pelas recorrentes e elaborado pela Eurosondagem, Estudos de Opinião, S.A., de fls. 8909 e ss, não afasta as asserções precedentes. Em primeiro lugar, tal elemento não tem qualquer valia probatória porquanto não se mostra acompanhado dos questionários. E não se trata de duvidar da isenção da empresa que efetuou o inquérito, mas da possibilidade de controlo da exatidão do relatório, que, sem os questionários, não pode ser aferida. Em segundo lugar, os resultados obtidos não infirmam minimamente as conclusões precedentes, tanto mais que o número de distribuidores indicado como tendo respondido é inferior (140).

No que respeita aos distribuidores que anexaram os contratos e que referiram que a venda fora do território viola o que está contratualizado – pontos 151) e 152) – os factos respetivos resultaram dos documentos indicados nos factos provados.

Relativamente à comunicação de 07 de fevereiro de 2013 – ponto 153) – a mesma está documentada a fls. 5358.

No que respeita à história da Petrogal – pontos 154) a 159) – os factos respetivos resultaram da informação constante na http://www.apetro.pt/index.php?option=com_content&task=view&id=210&Itemid=171, disponibilizada pela Associação Portuguesa de Empresas Petrolíferas, não havendo razões para duvidar da sua veracidade. Também relevaram os contratos de distribuição juntos aos autos.

Relativamente às razões que motivaram a inclusão, nos contratos, das cláusulas em análise – pontos 160) a 166) e alínea f) – admitem-se os factos provados como possíveis, por serem lógicos e razoáveis, sendo apenas de excluir a alínea f) dos factos não provados porquanto, dada a sua formulação ampla, inclui também vendas passivas (por estarem



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

contidas no sentido da cláusula) e, nessa perspetiva, considera-se que tal asserção não resultou da prova produzida, nem assenta em meros critérios de lógica e razoabilidade.

No que respeita à interpretação que as visadas e alguns distribuidores faziam da cláusula e à sua conduta relativamente à aplicação da cláusula – pontos 167) a 178) e 188) alíneas e), g), i), k) e m) – admite-se como possível que o sentido normal da mesma cláusula, percebido pelas visadas e desde antes do ano 2000, era o de que é proibido apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores.

Esta possibilidade, note-se, não deriva do simples facto de alguns contratos terem termo certo (o original ou o definido após a primeira (e única) renovação automática) ou a respetiva prorrogação dependente de acordo expresso entre as partes, sem que nunca nada tenha sido feito para o prolongar e, não obstante, a relação ter-se mantido. Pese embora tal possa ter sucedido, é evidente que isto é compatível quer com a versão das recorrentes, quer com a versão contrária.

Pela mesma razão também não é suficiente para confirmar a versão das visadas os simples factos, verdadeiros é certo, dos contratos serem antigos, nunca terem sido revistos e conterem cláusulas que já estão desatualizadas, como é o caso das referências à SONAP ou à CIDLA e a escudos, ou de não existirem propostas de modificação contratual quando se verifica uma evolução nas práticas comerciais.

Também o facto de algumas cláusulas terem entrado em desuso, como a prestação de garantia bancária (facto afirmado por Gilberto Gonçalves), não significa que o mesmo tenha sucedido em relação às cláusulas em análise.

Alegaram ainda as recorrentes que várias regras não escritas desenvolvidas pela prática se aplicam à relação entre a Galp Energia e os seus distribuidores de primeira linha, nomeadamente as seguintes: encontra-se reciprocamente aceite entre a Petrogal, a Galp Açores ou a Galp Madeira e cada um dos respetivos distribuidores que a entrega de vasilhames se faz em função das encomendas concretamente colocadas pelo distribuidor; o transporte é sempre efetuado pela empresa fornecedora e apenas poderá ser efetuado pelo distribuidor mediante prévio acordo entre as partes; e está assente que, no termo do contrato, o GALPGÁS é recomprado ao preço que a empresa fornecedora esteja a praticar



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

no momento da cessação. Mais alegaram que há regras não escritas contrárias a cláusulas contratuais, dando os seguintes exemplos: a obrigação que os distribuidores têm em participar em ações de formação na área do transporte de mercadorias perigosas, ou a obrigação de partilha de um conjunto de conhecimentos e práticas ligadas à atividade, nomeadamente em matéria de segurança e prevenção e abastecimento do cliente; a obrigação de recolha de garrafas dos operadores concorrentes, sempre que o cliente pretenda passar a adquirir Galp Gás (deixando assim de recorrer ao fornecedor concorrente), e de entrega das mesmas à Galp, para posterior devolução à proprietária (o fornecedor concorrente); e a atribuição, mediante acordo pontual, de apoios comerciais, entre os quais a oferta de redutores, liras e mesmo garrafas isentas de caução e no apoio aos distribuidores em material de comunicação, *marketing* e mesmo de comparticipação em eventos locais, tais como feiras e certames. Para além de não ter sido produzida prova sobre estes factos, os mesmos também não seriam suficientes, só por si, para demonstrar que as cláusulas objeto dos autos não eram aplicadas na prática ou eram em sentido restritivo, limitado às vendas ativas.

Igualmente o Programa Estrela, invocado pelas recorrentes, como a “*principal ferramenta de trabalho da Galp Energia com os seus distribuidores de primeira linha e a que maior impacto tem na regulação da relação comercial*” não é suficiente para demonstrar a versão das recorrentes. Com efeito, sem duvidar que este Programa fosse efetivamente aplicado, a verdade é que o mesmo não contém nenhuma referência escrita quanto à admissibilidade das vendas passivas. Dir-se-á, conforme resulta da alegação das recorrentes, que a valia deste Programa para a demonstração do entendimento das recorrentes quanto às vendas passivas não está naquilo que o Programa refere, mas naquilo que omite. Assim, sustentam as visadas que *se entre as regras aplicáveis à atuação dos distribuidores constasse a proibição das vendas passivas, seria natural que tal facto se refletisse no referido Programa*. No entanto, pode verificar-se no *Manual do Programa Estrela* que, entre os itens mais importantes do mesmo, encontra-se a existência de um serviço de entrega ao domicílio 7 dias por semana, uma linha telefónica para pedidos de gás, receção de pedidos de gás por meios eletrónicos, sendo que nenhuma destes itens contém qualquer referência ao seu funcionamento apenas em resposta a solicitações de clientes da área geográfica atribuída. Não é, na verdade, minimamente consentâneo com

Processo 102/15.9YUSTR
Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

a tese da DI, a de que se encontrava em vigor uma proibição de realização de vendas passivas, que, consubstanciasse um parâmetro da relação entre fornecedor e distribuidores, e o programa desenhado pelo fornecedor que visa conceder incentivos financeiros para a realização de entregas ao domicílio, a existência de uma linha telefónica e meios eletrónicos para encomendas de gás não lhe fizesse qualquer referência. Na mesma linha de argumentação, a testemunha Pedro Condesso referiu, na fase organicamente administrativa, que o Programa Estrela, através do qual as empresas visadas comunicam com os distribuidores de primeira linha, incentiva “os distribuidores a atrair os consumidores ao ponto de venda” e, nesse sentido, “estimula as vendas passivas” (fls. 6036).

Discorda-se desta análise, pois o programa Estrela, no essencial e tal como as recorrentes também admitem, avalia o desempenho comercial do distribuidor (cfr. manual de fls. 3944), ou seja, a forma como presta o serviço ao cliente, sendo a questão das vendas passivas alheia a essa matéria. Razão pela qual todos os incentivos relacionados com as entregas ao domicílio não pressupõem necessariamente a admissibilidade de vendas passivas, sendo conciliável com uma proibição absoluta de vendas fora do território e com a assunção de que, estando essa proibição contida nos contratos, não era necessário fazer-lhe referência no aludido Programa.

Na verdade, a leitura defendida pelas recorrentes apenas faria sentido se, na prática, não fosse atribuída importância aos contratos, ou seja, se estes, na realidade, não servissem para orientar a conduta dos intervenientes. Ora, a prova produzida não sustenta esta conclusão, antes pelo contrário. Com efeito, tal como salienta a AdC na decisão impugnada, alguns dos distribuidores que responderam aos questionários anexaram uma cópia do contrato de distribuição que celebraram com as empresas visadas ou da cláusula de proibição das vendas incluída nos mesmos (fls. 5230 a 5238, 5290 a 5291, 5372 a 5375V, 5403 a 5410, 5493 a 5494 entre outros). Há ainda a correspondência trocada pelas visadas com os distribuidores, Alfândegacar, Automóveis, Lda. e João & José Filhos de Júlio Guerreiro Pires, Lda (cfr. fls. 5643 a 5646 e 6606 e 6606 v), a propósito de vendas fora do território ilustrativa de que os contratos eram essenciais, não sendo relevante, por ora, o tipo de vendas em causa. Razão pela qual ficou por demonstrar que as minutas



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

contratuais não eram encaradas pela Galp Energia e pelos seus distribuidores como o elemento central da regulação das suas relações e que o Programa Estrela era a principal ferramenta de trabalho. Antes resulta da prova produzida que eram instrumentos complementares, com valências distintas.

A possibilidade *supra* referida também não resulta do facto de se considerar inteiramente válido o argumento de racionalidade económica invocado pelas recorrentes, *no sentido de que a proteção territorial absoluta de que vem acusada a Galp Energia não seria sequer racional como instrumento de gestão do negócio e de maximização dos lucros da companhia nos dias de hoje. Não serve, portanto, à empresa. Isto porque, esclarecem as visadas, instituir uma regra que obrigue os distribuidores de territórios vizinhos a rejeitarem o fornecimento em caso de vendas passivas, seria, com grande probabilidade, o mesmo que remeter o cliente para os distribuidores de marcas concorrentes do seu território. Recorde-se, de facto, que o GPL é um produto altamente homogéneo e substituível entre marcas diferentes. De resto, a proibição de realização de vendas passivas a clientes finais oriundos de outros territórios – que, como resulta da DI – representam cerca de 30% das vendas dos distribuidores de primeira linha, implicaria que os distribuidores deveriam recusar a venda a consumidores finais de fora do seu território que entrassem num ponto de venda para comprar GPL, encaminhando-os para o revendedor do seu território.*

Admite-se que esta lógica tenha pleno sentido nos casos em que um cliente solicita gás em garrafa ao distribuidor do território vizinho por se ter incompatibilizado com o distribuidor do seu território. Efetivamente, nestas hipóteses, a recusa de fornecimento conduziria o cliente a recorrer a uma marca concorrente. Razão pela qual se aceita que, em geral, os distribuidores tinham noção, por razões de lógica, de que, em situações destas, as visadas não se oporiam ao fornecimento. Foi elucidativo, neste sentido, o depoimento de José Manuel Guerreiro Reina Pires (doravante José Manuel Pires), sócio da sociedade João José, Filho de Júlio Guerreiro, Lda, que após ter referido, forma confusa e inconsistente, que a Galp não permitia nenhum tipo de vendas fora do território, tenha acabado por afirmar que fornecia um cliente do território vizinho porque este se tinha incompatibilizado com o seu distribuidor e que queria mudar de marca, salientando que

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

isto beneficiava a Galp. Também Antero Morgado, fez referência a situações desta natureza. Os esclarecimentos prestados pela sociedade Sodisbricalmada, de fls. 9052, são igualmente ilustrativos de situações deste género, fazendo referência “*ao relacionamento pessoal e comercial (cortesia, disponibilidade, compromisso)*”. Razão pela qual também se admite como possível e lógico que as visadas incentivavassem as vendas passivas nestas situações.

Contudo, é evidente que nos demais casos, que terão ocorrido devido à distância (cfr. fls. 5824) ou por qualquer outra razão, já não se pode concluir, conforme pretendem fazer crer as recorrentes, que encaminhar o cliente para o distribuidor do seu território significaria perdê-lo para outra marca.

Assim, foi elucidativo neste sentido o depoimento de Antero Henriques Rosa Morgado, tendo o mesmo referido que *caso um cliente esteja a ser bem tratado por um colega não vai lá*. Para além disso, pese embora tenha admitido efetuar fornecimentos fora do território a pedido dos clientes, foi sobretudo em contextos relacionados com a possibilidade do cliente poder mudar de marca, ou por estar zangado com o seu distribuidor ou por estar muito distante, tendo afirmado ainda que *deve haver respeito pelas áreas, só se alguém se portar mal*.

No mesmo sentido Joaquim Luís referiu que é *desumano/desonesto um distribuidor de outro concelho ir vender no seu*, não tendo efetuado qualquer distinção quanto ao tipo de vendas.

Ainda de forma mais contundente João Abrantes, distribuidor de Manteigas, referiu que concorda com a cláusula de proibição de vendas fora do território, *porque cada um tem de ter a sua zona, que o mercado já está saturado e se forem para fora ninguém vende*, tendo resultado inequivocamente do seu depoimento que a testemunha considera que as vendas passivas, que implicam fornecimento fora do território a pedido do cliente, também estão proibidas pelo contrato. É certo que a testemunha esclareceu que, economicamente, não tinha interesse em satisfazer tais pedidos, devido aos custos. Contudo, isso não exclui o facto do mesmo concordar com a proibição pelas razões referidas e considerar que o contrato proíbe este tipo de vendas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Veja-se, neste sentido, também a declaração escrita da distribuidora Paço Rodrigues & Filhos, Lda”, de fls. 5653, na qual refere o seguinte: “*Não as realizamos não somente pelo contratualizado, mas também por questões éticas, não querendo prejudicar o colega revendedor 1ª linha, tendo em conta que iríamos parasitar o negócio ao fornecer a rede de revenda do colega revendedor dessas áreas. Além disso, esta situação não iria beneficiar o consumidor final. Entendemos que a atribuição de áreas é uma forma de organização que promove o sólido desenvolvimento das vendas dos revendedores*”.

O que se pretende evidenciar é que, fora dos casos em que a recusa de fornecimento implicaria a mudança de marca e em relação aos quais se admite que os distribuidores e as visadas aceitem que não faria sentido recusar, porque seria prejudicial para a marca e, por isso, seria prejudicial para todos, a mesma conclusão já não é forçosa nos demais casos. Com efeito, respeitando-se as áreas, mesmo perante solicitações de fornecimento fora do território por parte dos clientes, não há concorrência e não havendo concorrência não há, entre o mais, pressão, dentro da marca, para baixar os preços. O que beneficia a todos (recorrentes e distribuidores naturalmente).

Por conseguinte, as afirmações das testemunhas arroladas pelas recorrentes em sentido contrário apenas mereceram credibilidade no que respeita às situações referidas em que, devido a conflitos, negar o fornecimento implicaria uma forte probabilidade do cliente se mudar para outra marca.

A possibilidade em análise (quanto à interpretação que as visadas efetuavam da cláusula) também não resulta, apenas e só, dos depoimentos dos colaboradores das recorrentes (Gilberto Manuel dos Santos Gonçalves – doravante Gilberto Gonçalves – atual responsável do negócio do GPL em garrafa em Portugal Continental, e Sérgio Miguel Branco Bastos – doravante Sérgio Bastos – gestor de cliente da Petrogal desde 1992, João Inocêncio Pereira do Nascimento – doravante João Nascimento – delegado comercial da Petrogal, Pedro Condesso e Jorge Carvalho), que, no geral e de forma convergente e veemente, corroboram a sua tese, no sentido de que aquelas não proíbem as vendas passivas. E não seria porquanto estando em causa um alegado entendimento adotado durante anos e anos, no âmbito de relações contratuais com dezenas e dezenas de distribuidores, seria inverosímil que, a ser verdadeiro, não tivesse cristalizado em outros



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

elementos probatórios para além dos próprios depoimentos dos seus colaboradores. E a verdade é que assim foi.

Com efeito, há um elemento absolutamente incontornável e que corrobora a tese das recorrentes, no sentido de que não proibiam as vendas passivas, pelo menos desde 1997. Esse elemento traduz-se nos contratos escritos que, desde 1997, passaram a fazer referência apenas a vendas ativas. Perante esta evidência, consideram-se plenos de lógica dois dos argumentos aduzidos pelas recorrentes no sentido de não ser *crível que a Galp Energia contenha regras distintas relativas à liberdade de atuação territorial aplicáveis aos seus diferentes distribuidores de primeira linha, pois tal cenário daria origem a sobrecustos relacionados com a gestão dos contratos como um todo, na medida em que existiriam regras diferentes consoante o distribuidor e tal situação provocaria um profundo desequilíbrio do sistema de distribuição do GPL em garrafa como um todo, introduzindo concorrência intramarca por via das vendas passivas apenas em alguns territórios, sem que seja possível identificar uma qualquer razão de negócio válida e objetiva para que a empresa tivesse tomado tal opção.* Não resultou da prova produzida nenhum elemento minimamente consistente suscetível de infirmar ou abalar estes argumentos.

Mas há outros elementos probatórios a considerar, designadamente os questionários elaborados pela AdC, especificamente aqueles em que os distribuidores afirmaram ter efetuado vendas fora do território.

Para além disso, há afirmações efetuadas pelos distribuidores, nos questionários, que, podendo não ter sido tomadas em conta para efeitos de tratamento estatístico, porque saem foram do âmbito da pergunta, não podem ser ignoradas, tal como salientam as recorrentes. É, assim, o caso do questionário de fls. 6741, no qual o distribuidor Luís Valente Silva esclarece, em relação ao questionário que lhe enviaram anteriormente, que “*temos um contrato que define áreas no entanto praticamos vendas em Portugal continental onde podemos ir logicamente e manter margens líquidas*” e “*nunca recebemos nenhuma indicação da Petrogal para não realizar essas vendas, repito vendas onde tenho margem*”. Também a distribuidora Combigal esclareceu, a fls. 5303, o seguinte: “*Um Colaborador da Petrogal responsável pelo distrito da Guarda informou-me, em resposta*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

a mim aquando da minha entrada na gerência, que não há áreas definidas e que podemos vender onde quisermos e que os demais Colegas podem fazê-lo igualmente”.

As faturas juntas pelos distribuidores para demonstrarem que efetuaram vendas fora do território também são relevantes, conforme já referido.

Dir-se-á, para excluir a valia probatória dos elementos indicados, que existe, nos autos, correspondência trocada entre as visadas e os seus distribuidores reveladora de que aquelas proibiam as vendas passivas. A AdC salienta em particular a correspondência trocada com a Alfândegacar, Automóveis, Lda. e João & José Filhos de Júlio Guerreiro Pires, Lda (cfr. fls. 5643 a 5646 e 6606 e 6606 v).

Sucede que, em relação à Alfândegacar, a testemunha José Gomes confirmou que a rescisão do contrato pela Petrogal se deveu ao facto de ter aberto postos em territórios vizinhos, em nome de outras sociedades comerciais, o que lhe permitia vender gás mais barato que provinha da Alfândegacar. Dado ter-se tratado de uma situação “pouco tradicional” para contornar a proibição de vendas ativas, conforme caracterizou Sérgio Bastos, admite-se como razoável e, por isso, plausível o depoimento desta testemunha no sentido de que quando consignou, por escrito, “*não está Alfandegar, Lda., autorizada pela Galpgás a proceder a qualquer abastecimento independentemente da forma e local onde se processse*” estava a pensar nessa situação mais peculiar.

Quanto a João & José Filhos de Júlio Guerreiro Pires, Lda, os depoimentos de José Pires e do seu irmão João Pires, que geriam esta sociedade, foram inconsistentes e confusos, não tendo merecido qualquer credibilidade quanto aos motivos da rescisão do contrato. Acresce que a correspondência que precedeu a carta de fevereiro de 2008 e que consta a fls. 6608 e 6609 faz referência a aliciamento, o que é mais compatível com vendas ativas. Nesta medida, os depoimentos de Sérgio Bastos e Jorge Carvalho sobre este episódio, no sentido de que o mesmo se reportou a vendas ativas, mereceram credibilidade.

Sustenta ainda a AdC que *resulta da documentação enviada pelos distribuidores que as visadas, quando recebem uma denúncia respeitante a vendas fora do território, não realizam diligências no sentido de apurar primeiro de que tipo de venda se trata para*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

então tomar uma posição relativamente ao assunto com pleno conhecimento dos factos (fls. 5399 e 5649).

Considera-se que tais elementos não são suficientemente concludentes para afastar, pelo menos, uma dúvida objetiva, razoável e insanável, sobre a matéria, porquanto a primeira comunicação (fls. 5399) não exclui a possibilidade de terem sido efetuados contactos posteriores com o revendedor em causa no sentido de apurar o sucedido. Quanto à segunda, reporta-se à Alfândegacar que, conforme resulta dos documentos de fls. 6608 e 6609 já tinha um historial de “aliciamento” de clientes em outros territórios.

Assim, face a todos os meios de prova referidos ter-se-á de admitir, como possível, que desde, antes do ano 2000, o sentido normal da mesma cláusula, percebido pelas visadas, é o de que é proibido apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores e de que não limitaram de alguma forma a liberdade dos distribuidores no que toca à possibilidade de responder a pedidos não solicitados de clientes de outros territórios.

Quanto aos distribuidores, admite-se também, com base nas respostas afirmativas ao questionário elaborado pela AdC e nos depoimentos de Vítor Carvalho e Ricardo Couto, que alguns distribuidores tivessem o mesmo entendimento e que desde há muitos anos fosse prática frequente de alguns distribuidores realizarem entregas, em resposta a pedidos não solicitados de clientes, fora da sua área territorial.

Contudo, já não se admite que todos os distribuidores tinhão esse entendimento ou que existisse uma convergência de vontades reais entre a Petrogal e todos os distribuidores no sentido de que as cláusulas contratuais em análise apenas proibiam vendas ativas e não vendas passivas.

As testemunhas arroladas pelas recorrentes, *supra* identificadas, pretendem fazer crer que se tratava de uma questão absolutamente cristalina na sua relação com os distribuidores, designadamente que todos sabiam que a cláusula tinha um alcance limitado, que todos sabiam a diferença entre vendas ativas e passivas e o que podiam e não podiam fazer, que a proibição estava limitada às *invasões de área*, termo utilizado na gíria pelos delegados comerciais, e que estas se reportavam a angariação de clientes. Mais referiram, a propósito de queixas de distribuidores, que depois se vinha a apurar corresponderem a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

vendas passivas, que os distribuidores apresentam muitas queixas e que interpretam o contrato da forma que mais lhe convém, sugerindo que os mesmos estavam perfeitamente esclarecidos quanto ao entendimento das visadas. Contudo, porque lhes interessava, interpretavam a proibição no sentido da mesma incluir vendas passivas. Também salientaram que nunca lhes foi apresentada uma reclamação cujo conteúdo revelasse tratar-se claramente de uma venda passiva.

Adicionalmente, Pedro Krusse Gomes Neves (doravante Pedro Neves), advogado do departamento jurídico da Petrogal e responsável pela elaboração da circular e da minuta de 2010 que passou a incluir a referência a vendas ativas, referiu que, antes de efetuar a referida minuta, recolheu informação da unidade de negócios sobre a cláusula de proibição de vendas fora da área e concluiu, com base na informação recolhida, que, na prática, a mesma se reportava apenas às vendas ativas. Esclareceu ainda que alterou a minuta apenas porque a AdC, num despacho de arquivamento relativo a factos diversos, fazia referência a alterações contratuais necessárias para promover uma cultura de concorrência e, por isso, pretendeu pela via referida demonstrar que as visadas estavam alinhadas nesse espírito de cooperação e de promoção da cultura de concorrência, sem que, contudo, significasse que estavam assumir a prática de uma infração.

O que surpreende nos depoimentos das testemunhas e afasta, por isso, a sua valia no sentido de que existia uma plena convergência entre as vontades reais das visadas e de todo o seu universo de distribuidores, é que as mesmas simplesmente assumem que os distribuidores sabiam. Apenas Jorge Carvalho referiu que tratando-se de um elemento básico na relação comercial não acha possível que os distribuidores não tivessem sido esclarecidos pelos delegados comerciais. Sucede que esta afirmação não tem qualquer valia, porquanto testemunhas como Sérgio Bastos, João Nascimento e mesmo Gilberto Gonçalves, que afirmaram ter um contacto mais direto com os distribuidores, não a corroboram. Com efeito, o que se pode retirar dos seus depoimentos, em conjugação com o depoimento de Vítor Carvalho, é que, em situações pontuais de reclamações de *invasões de áreas* que se vinha a apurar que eram vendas passivas, a questão podia ter sido abordada. Admite-se ainda que ao longo dos anos e na sequência de múltiplos contactos pessoais entre distribuidores e delegados comerciais, o tema tivesse surgido em relação a

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

alguns e que o email de fls. 8995, subscrito por José Manuel Mirco, expresse o seu real entendimento sobre o sentido da cláusula. Contudo, a existência de uma específica abordagem pré-definida, aquando da celebração de novos contratos, a existência de reuniões de esclarecimento generalizadas em que tenha sido abordada especificamente a questão, a transmissão de comunicados escritos (para além da circular de finais de 2014) ou outras formas de esclarecimento dirigidas a todos os distribuidores simplesmente não existiram, conforme resultou dos referidos depoimentos. Nessa medida, as afirmações das testemunhas são desprovidas de qualquer materialidade passível de lhes dar o mínimo de consistência.

Razão pela qual os depoimentos das testemunhas João Abrantes e de Joaquim Luís, que não faziam distinção quanto ao tipo de vendas que consideravam proibidas à luz do contrato (com exclusão apenas das vendas no seu estabelecimento), foram inteiramente credíveis. É certo que os mesmos demonstraram que a cláusula lhes agrada, conforme referido. Contudo, isso não lhes retira credibilidade, tanto mais que não apresentaram qualquer sinal de estarem a faltar à verdade. Acresce ainda que, num contexto de total falta de um esclarecimento formal, como é o caso, é perfeitamente razoável e, por isso, verosímil que alguns distribuidores, como João Abrantes e de Joaquim Luís, tenham atribuído à cláusula aquele que é o seu sentido mais imediato, comum e linear.

Foi, assim, com base também nesta prova adicional que as respostas dos distribuidores que afirmaram nunca ter realizado quaisquer vendas fora do território (incluindo vendas passivas com deslocação do distribuidor), também ou só por causa dos contratos, não suscitaram dúvidas.

Importa, por último, referir, quanto à ausência de queixas, cujo conteúdo as permite identificar com vendas passivas, que não se considera que seja um elemento relevante, pois é perfeitamente razoável que um distribuidor, confrontado com uma venda passiva, a descreva de forma singela, sem pormenores que permitam a sua imediata identificação, ou que se socorra da expressão *invasão de área*, que no seu sentido comum não deixa de ser compatível com vendas passivas.

Os factos referentes aos distribuidores existentes nos Açores e na Madeira – pontos 179) a 183) e alínea o) –resultaram dos contratos juntos aos autos, da tabela anexa à



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

decisão impugnada e de elementos colhidos da página https://pt.wikipedia.org/wiki/Ilha_de_S%C3%A3o_Jorge, quanto à ilha de São Jorge. No que respeita especificamente à ausência de concorrência inter-ilhas e ao facto da mesma se resumir a casos excepcionais, foram considerados os esclarecimentos de fls. 5955, que aludem especificamente aos custos, e de fls. 6738. Relevou ainda o depoimento de Pedro Condesso, ao ter afirmado que os custos de transporte entre a Madeira e Porto Santo são muito elevados e que, por isso, Porto Santo é abastecido com contentores para compensar. Quanto aos factos não provados, não foi produzida prova sobre a densidade populacional das freguesias da Ilha de São Jorge, sendo certo que consta na página da Freguesia de Ribeira Seca que a mesma tem 1000 habitantes - <http://jribeiraseca.com/index.php?pagina=geografia.html>.

A factualidade relativa aos distribuidores Electromóveis, Lda e Cacémgás – pontos 184) a 185) – estão documentados nos esclarecimentos indicados nos factos provados.

Quanto aos factos referentes aos distribuidores de Lisboa e Porto – ponto 186) – foram consideradas as cópias dos contratos respetivos.

No que respeita aos factos relativos à circular – pontos 187) – os mesmos foram confirmados, entre outros, pela testemunha Gilberto Gonçalves, constando o seu texto a fls. 8996, não havendo razões para duvidar destes meios de prova.

No que respeita aos factos referentes ao elemento subjetivo – pontos 189) e 190) – as asserções *supra* exaradas sobre o entendimento das visadas quanto ao sentido das cláusulas em análise afasta a afirmação dos factos consubstanciadores do dolo, que lhes eram imputados na decisão impugnada.

Contudo, a prova produzida, em conjugação com regras da experiência comum e critérios de normalidade e razoabilidade, deixa a descoberto uma atuação inequivocamente descuidada da parte das visadas.

Assim, alegaram as visadas que os contratos que apenas proíbem vendas ativas deveram-se a casos em que a interação entre comerciais da Galp e distribuidores de primeira linha conduziu a que a versão final do contrato contivesse tal especificação. E que sempre que tal sucedeu, fosse no momento da celebração do contrato original fosse em momento posterior, em adendas aos contratos em vigor, a Galp nunca se opôs a

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

incluí-la. Mais referiram que nos restantes contratos assinados mesmo depois da década de 2000, não se tendo colocado a questão no decorrer da interação entre os comerciais da Galp e os distribuidores de primeira linha, acabava por se utilizar a minuta base existente, sem alterações a esse respeito. E que após a introdução da nova minuta contratual – já sem a cláusula que proibia todas as vendas fora da área atribuída -, por lapso na seleção da minuta contratual em vigor, voltou a fazer-se uso da minuta antiga.

Não foi produzida qualquer prova sobre estes factos, apenas suposições de Pedro Neves quanto à circunstância de não ter sido utilizada a minuta por si elaborada em 2010, tendo o mesmo referido que ter-se-á devido a lapso do comercial. Tratando-se de especulações, uma vez que a testemunha não tem qualquer participação na celebração dos contratos, tais afirmações não têm valia probatória.

Em todo o caso, mesmo que as asserções referidas fossem verdadeiras, tal não excluiria a verificação de um completo descuido da parte das visadas na manutenção das cláusulas em análise e na celebração de novos contratos com tais cláusulas.

Com efeito, a prova produzida é totalmente desprovida da existência de razões válidas que tivessem impedido os administradores das visadas e os responsáveis pela área de terem promovido a alteração dos contratos e a inclusão nos novos de uma cláusula limitadora apenas das vendas ativas e bem assim de perceberem claramente que era isso que se impunha que fosse feito.

Assim, em primeiro lugar e tal como já referido, não estamos a falar de acordos ou factos que razoavelmente se possa admitir que são alheios ao controlo dos administradores e dos responsáveis da área das visadas.

Em segundo lugar, conforme resultou do depoimento de Jorge Carvalho, que confirmou ter assinado vários contratos de distribuição, os contratos eram assinados pelo responsável da área, com delegação de poderes do administrador responsável. Ora, não resultou do seu depoimento, nem da demais prova produzida, qualquer evidência no sentido de que os contratos tenham sido redigidos contra instruções ou ordens expressas dos administradores e dos responsáveis da área ou que estes tenham sido enganados de qualquer forma. Isto mesmo se conclui relativamente à minuta de 2010. Com efeito, a minuta de 2010 foi redigida pelo departamento jurídico, tendo Pedro Neves esclarecido



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

que depois a sua utilização era da competência da unidade de negócios. Do depoimento de Jorge Carvalho e da demais prova produzida não resultou a mínima evidência de que, o administrador e/ou o responsável pela unidade de negócio em causa, tenham dado instruções expressas para que essa minuta passasse a ser utilizada.

Importa também notar que a prova produzida permite sustentar a fundada convicção que nem Jorge Carvalho, nem os responsáveis da área antes de si e os administradores tinham razões legítimas para crer que não era necessário alterar a cláusula porque todos os distribuidores estavam perfeitamente alinhados com aquele que era o seu entendimento sobre a cláusula. Com efeito, pese embora Jorge Carvalho tivesse afirmado estar disso convencido, por se tratar de um elemento básico da relação comercial, o certo é que tal convencimento, face à prova produzida, sustentava-se no completo vazio, pois, conforme já referido, não existia nenhum procedimento de informação pré-definido nesse sentido, antes de dezembro de 2014 não existiu qualquer comunicado escrito, nem sequer reuniões generalizadas de esclarecimento. Acresce ainda que se trata de um universo lato de distribuidores, que interagem com delegados comerciais diferentes e, em muitos casos, no âmbito de relações que se iniciaram há muitos anos, tendo existido, conforme se retira da própria defesa das recorrentes, a possibilidade de, em tempos, a cláusula ter sido assumida pelas próprias visadas ou pelas suas antecessoras no sentido de incorporar uma proibição absoluta. Neste contexto, não havia razões para que os administradores e responsáveis de negócios se pudessem sentir confortáveis com a simples assunção de que todos os distribuidores sabiam perfeitamente que uma cláusula que proíbe as vendas fora da área atribuída, sem esclarecer o tipo de vendas, se reportava apenas a vendas ativas, decorrente do facto de confiarem que essa informação era corretamente transmitida pelos delegados comerciais, sem qualquer procedimento de informação pré-definido.

E mesmo que esse alinhamento de entendimentos existisse na prática, ainda assim considera-se que estava ao alcance de administradores de empresas com a dimensão das recorrentes e dos seus responsáveis de negócio perceber que, dado o sentido comum e linear da cláusula incorporar qualquer tipo de venda, se impunha recolher informação sobre a necessidade ou não de alteração das cláusulas contratuais à luz do direito de concorrência, o que não sucedeu, conforme se conclui face à inexistência de qualquer

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

evidência nesse sentido. Note-se que estavam em causa cláusulas contratuais, ou seja, matéria da qual os referidos administradores e responsáveis de área não poderiam simplesmente alhear-se, pois estava inserida em negócios jurídicos que vinculavam a sociedade. Acresce que limitações de territórios são matérias que facilmente são associadas a práticas restritivas da concorrência, mesmo antes de 01 de janeiro de 2000, e que, por isso, alarmam uma pessoa medianamente diligente no exercício de funções de administração ou de gestão de negócio em empresas com a dimensão em causa, não sendo minimamente razoável admitir que as visadas não tivessem confiado o seu destino a pessoas que tivessem sido capazes de perceber isso (desde pelo menos a data em que passaram a incluir em alguns contratos a referência apenas a vendas ativas) se tivessem sido cuidadosas na análise dos contratos.

Conclui-se, assim, face à prova produzida, não existir qualquer dúvida no sentido de que as cláusulas em análise apenas se mantiveram nos contratos e foram inseridas nos novos não por razões alheias ou não diretamente imputáveis aos administradores e responsáveis da área das recorrentes, mas por evidente descuido.

Importa, por último, referir que não há elementos que permitam concluir que as visadas, nas pessoas dos seus administradores e responsáveis de área representaram a possibilidade de ao manter as referidas cláusulas estarem a efetuar uma prática restritiva da concorrência.

Quanto ao volume de negócios das visadas relativo ao ano de 2014 – ponto 191) – resultou da informação de fls. 7267 a 7269.

Relativamente ao volume de negócios que diz respeito ao GPL – ponto 192) – não há razões para duvidar das informações prestadas pelas próprias recorrentes, uma vez que são consentâneas com informação precedente sobre o volume de negócios relativo ao ano de 2013 (cfr. fls. 3283) e tida como boa pela AdC.

A ausência de antecedentes contraordenacionais desta natureza – ponto 193) – resulta da sua afirmação pela AdC, que é titular desses dados.

A postura de colaboração das visadas – ponto 194) – resulta dos autos, sendo de salientar que, pese embora tenham existido respostas contraditórias e insuficientes na



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

identificação dos distribuidores, não há razões para considerar que tal se tenha devido a qualquer propósito doloso.

Quanto à alteração dos contratos – ponto 195) – foi tido em consideração o depoimento de Gilberto Gonçalves.

Relativamente ao facto de um distribuidor de segunda linha estar disposto a dirigir-se fora do seu território para procurar um distribuidor de primeira linha diferente do da sua área territorial, em regra, porque não se encontrar satisfeito com o distribuidor do seu território – alínea h) –, o mesmo foi afirmado por João Nascimento e Jorge Carvalho. Contudo, consideraram-se tais afirmações essencialmente gratuitas e, por isso, não credíveis, porquanto é inverosímil que as visadas disponham de dados concretos para as sustentar.

Quanto aos factos das visadas incentivarem as vendas passivas, para além daquelas que são motivadas por conflitos entre os distribuidores de primeira linha e segunda linha, de alguns dos distribuidores sem contrato escrito serem dos que registam um maior volume de vendas de GPL, ao período de vigência do Programa Estrela e aos prejuízos sofridos pelas visadas no negócio do GPL – alíneas j), l), n) e p) – não foi produzida prova.”

Desta sentença vieram recorrer, formulando as seguintes conclusões, por ordem de entrada:

A. O M.^o P.^o:

“1. Constitui objecto do presente recurso a dota sentença proferida em 04/01/2016 (fls. 9102 a 9315), na parte em que considerou que não resultaram demonstrados os factos consubstanciadores do dolo directo mas da negligência inconsciente, e, que, por essa via, na ponderação das coimas concretas a aplicar, teve por balizas os limites mínimos e máximos aplicáveis em caso de negligência e fixou coimas substancialmente inferiores às aplicadas pela Autoridade da Concorrência (AdC).

II. Do erro notório na apreciação da prova

2. Ao dar como provado que “As visadas não representaram a possibilidade de ao



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

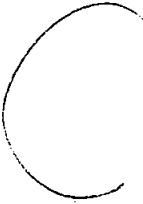
manter as cláusulas que proibiam vendas fora da área atribuída e ao celebrar novos contratos com essa cláusula estarem a efetuar uma prática restritiva da concorrência” (facto provado 190, fls. 9201), o Tribunal *a quo* violou as regras da experiência comum e da lógica.

3. Veja-se que, considerando o que é afirmado na douta sentença recorrida quanto:

- a) à dimensão das arguidas, expressa nas suas quotas de mercado e nos seus volumes de negócios, individuais e conjuntos [factos provados 75, 79, 80, 191 e 192];
- b) à longa implantação no mercado nacional da Petrogal [factos provados 154, 155, 158], e, quanto ao facto da Galp Madeira e da Galp Açores – constituídas posteriormente – serem detidas a 100% pela Petrogal [factos provados 3 e 4, fls. 9158];
- c) à circunstância das três arguidas pertencerem ao grupo Galp Energia [factos provados 1, 3 e 4, fls. 9157 e 9158] e de partilharem o mesmo Departamento Jurídico [fls. 9228-9229];
- d) ao facto de remontar ao ano 1997 o contrato mais antigo que inclui uma cláusula que, de forma expressa, apenas proíbe as vendas activas fora do território atribuído ao distribuidor [factos provados 113 e 114], o que revela que, pelo menos desde essa data, a Petrogal estava ciente de que não podia proibir aos seus distribuidores as vendas passivas fora dos respectivos territórios atribuídos;
- e) à interpretação a dar às cláusulas que proíbem as vendas fora do território, sem distinguir as vendas activas das passivas [*“a limitação de vendas passivas que a AdC considerou resultar das referidas cláusulas não é uma interpretação possível, mas corresponde ao sentido literal, comum e, por isso, imediato e linear de cláusulas que, ao não fazerem qualquer distinção quanto ao tipo de vendas, incluem necessariamente todas”* (fls. 9263, 5.º parágrafo)];
- f) ao facto de continuar a existirem distribuidores que desconhecem que as arguidas não penalizam quem faça vendas passivas fora do seu respetivo



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



território, e, que continuam a reger-se, por a tal se considerarem obrigados, pelo sentido literal da cláusula em questão, não fazendo nem vendas activas nem vendas passivas fora do seu território [facto provados 147];

g)ao facto de, até 22 de Dezembro de 2014 (data da circular referida no facto provado 187, a fls. 9199-9201), as arguidas nunca terem informado a totalidade dos seus distribuidores – de forma idêntica e simultânea - da distinção entre vendas activas e vendas passivas e de, nunca antes, terem comunicado à totalidade dos seus distribuidores – de forma idêntica e simultânea - que, pelo menos desde 2000, interpretavam restritamente a cláusula que proíbe as vendas fora do território, concretamente de que só vedavam aos distribuidores as vendas activas fora do território [facto provado 188, fls. 9201];

h)ao facto de colaboradores das arguidas – em sede de audiência de discussão e julgamento - terem declarado que muitas vezes os distribuidores queixavam-se de que outros distribuidores violavam a proibição de vendas fora do território, e, que, após averiguarem o que se passava, concluíam que as queixas eram referentes a vendas passivas e não a vendas activas [fls. 9228, 2.º parágrafo]. Tal situação aponta claramente para o desconhecimento por parte de distribuidores de que só as vendas activas eram sancionadas pelas arguidas;

i) ao facto das limitações de territórios serem “*matérias que facilmente são associadas a práticas restritivas da concorrência, mesmo antes de 01 de janeiro de 2000, e que, por isso, alarmam uma pessoa medianamente diligente no exercício de funções de administração ou de gestão de negócio em empresas com a dimensão em causa, não sendo minimamente razoável admitir que as visadas não tivessem confiado o seu destino a pessoas que tivessem sido capazes de perceber isso (desde pelo menos a data em que passaram a incluir em alguns contratos a referência apenas a vendas ativas) ”* (fls. 9234, 1.º parágrafo);

impunha-se extrair a conclusão lógica de que as arguidas não só representaram que a manutenção e a celebração de novos contratos com a cláusula em crise consubstanciavam uma prática restritiva da concorrência (relembra-se a dimensão e a implantação no território


C
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

nacional das arguidas, a existência de um Departamento Jurídico partilhado pelas arguidas, e, aquele que é o sentido mais imediato e comum da cláusula em questão), como quiseram manter/celebrar tal tipo de contratos.

4. A manutenção/celebração de contratos contendo a cláusula em crise, acompanhada de uma ausência de comunicação generalizada, idêntica e simultânea aos distribuidores de que não penalizavam quem fizesse vendas passivas fora do território, foi deliberada.

5. Veja-se que, por um lado, as arguidas não poderiam deixar de considerar qual o sentido mais imediato e comum da cláusula em questão nem que era esse o sentido apreendido por um homem médio na posição dos seus distribuidores, e, que, por outro lado, só em casos de conflito entre distribuidores, em que as arguidas eram chamadas e obrigadas a intervir, é que esclareciam os envolvidos na discordia que, afinal, não penalizavam quem fizesse vendas fora do território que resultassem de solicitações espontâneas de clientes.

6. Convinha às arguidas manter as suas redes de distribuidores em paz e sossego. Ora, informar todos eles de que afinal podiam vender nos territórios dos outros distribuidores desde que tais vendas resultassem de pedidos espontâneos de clientes residentes nesses outros territórios, trazia o potencial e sério risco de que, com tal informação, se multiplicassem conflitos entre os distribuidores das arguidas e bem assim guerras de preços entre os distribuidores que levassem ao baixar de preços.

7. Como se refere na dota sentença recorrida, “*respeitando-se as áreas, mesmo perante solicitações [espontâneas] de fornecimento fora do território por parte dos clientes, não há concorrência e não havendo concorrência não há, entre o mais, pressão, dentro da marca, para baixar os preços. O que beneficia a todos (recorrentes e distribuidores naturalmente)*” (fls. 9224, 2.º parágrafo).

8. A actuação dolosa das arguidas, na modalidade de dolo directo, resulta de presunções ligadas ao princípio da normalidade e das regras gerais de experiência. A conduta objectiva de cada uma das arguidas, os factos materiais e objectivos praticados pelas mesmas, analisados segundo as regras da experiência comum e da normalidade, provam os factos consubstanciadores de uma actuação dolosa, na modalidade de dolo directo.

9. Importa ainda salientar que, na dota sentença recorrida, se considerou que a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

contra-ordenação em questão é uma infracção permanente [fls. 9305, 2.º parágrafo], que tal infracção se mantém enquanto a cláusula em crise não for alterada ou eliminada “*por via de novos contratos ou adendas contratuais*” e que só a partir de Setembro de 2015 as arguidas começaram a eliminar tal cláusula dos contratos (fls. 9265, 3.º e 4.º parágrafos).

10. Assumindo-se na dnota sentença o referido entendimento de que a conduta contra-ordenacional das arguidas se manteve pelo menos até Setembro de 2015, não é possível sustentar que as arguidas não agiram como dolo e simultaneamente dar como assente (como o foi) que:

- a) Em 2010, o departamento jurídico (comum) das arguidas alterou a minuta dos contratos de distribuição por forma a que a proibição de vendas fora do território se referisse apenas e de forma expressa e inequívoca às vendas activas, na sequência de um despacho de arquivamento da AdC relativo a factos diversos mas que “*fazia referência a alterações contratuais necessárias para promover uma cultura de concorrência*” (fls. 9228-9229).
- b) Após esse conhecimento da posição da AdC e da subsequente alteração da minuta (em 2010, realça-se), a Petrogal celebrou três contratos de distribuição contendo uma cláusula de proibição de todas as vendas fora do território (fls. 9184, Tabela 7), a Galp Açores celebrou dois contratos de distribuição contendo a mesma cláusula (fls. 9188-9189, Tabela 9) e a Galp Madeira celebrou três contratos de distribuição exactamente com a cláusula referida [factos provados 130, 133, 138 e 139]. E, bem assim, a Petrogal manteve sem alterações os seus demais 196 contratos com o mesmo tipo de cláusula, e, a Galp Açores manteve sem alterações os seus demais 07 contratos com a cláusula em causa (vd. referidas Tabelas 7 e 9).

11. Realça-se ainda que, não obstante a decisão condenatória da AdC proferida nestes autos datar de 29 de Janeiro de 2015, só a partir de Setembro de 2015 as arguidas começaram a eliminar a cláusula proibida dos contratos.

12. É pois de todo impossível – de forma lógica e consequente – sustentar que, mesmo entre 2010 e Setembro de 2015, as arguidas não agiram com dolo directo.

13. Impõe-se concluir que a sentença recorrida enferma do vício de erro notório na apreciação da prova.”

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Termina no sentido de as arguidas serem condenadas pela contraordenação em causa a título de dolo directo e lhes sejam aplicadas coimas compatíveis com essa mesma imputação.

A este recurso vieram responder:

A.1.: As visadas Petróleos de Portugal – Petrogal, S.A., Galp Madeira – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A. e Galp Açores – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A. concluindo que se deve julgar improcedente o recurso interposto pelo Ministério Público, por reconhecidamente não se verificar na sentença, no que diz respeito à prova da prática dos factos a título de dolo, o vício a que alude o art.º 410.º, n.º 2, al. c) do CPP, ou qualquer outro.

A.2.: A AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA concluindo que “ Face à manifesta coincidência do objeto dos recursos, e em cumprimento dos princípios da economia e cooperação processuais, a AdC adere integralmente à Motivação do Ministério Público, aqui se requerendo, para todos os devidos e legais efeitos, que, à semelhança do recurso interposto pela AdC, seja dado integral provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e, em consequência, revogada parcialmente a sentença recorrida, por forma a que as Visadas sejam condenadas pela contraordenação em causa a título de dolo direto e lhe sejam aplicadas coimas de acordo com essa mesma imputação.”

B. A AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA:

“

A. A sentença, ora recorrida, conheceu do recurso de impugnação, interposto pelas Visadas, da Decisão da AdC de 29 de janeiro de 2015 que decidiu (i) declarar que as Visadas, ao celebrarem contratos de distribuição com os seus distribuidores de GPL em garrafa (relação comercial de natureza vertical), que incluem uma restrição das vendas passivas fora do território estabelecido no contrato, cometem infrações ao

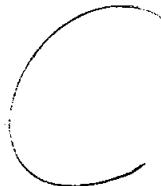
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no artigo 101.º do TFUE e (ii) aplicar uma coima total de € 9.290.000,00.

- B. A Sentença determinou a condenação das Visadas pela infracção, confirmando nessa parte a Decisão da AdC.
- C. Não obstante, a Sentença não reconheceu que a infracção tenha sido praticada com dolo, antes concluindo pela existência de negligéncia.
- D. Por outro lado, a Sentença considerou que a prática verificada à luz das regras nacionais não permitia o preenchimento da alínea c) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, na medida em que não existiria suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-membros.
- E. Como resulta da sentença, nos contratos celebrados entre as Visadas e os seus distribuidores de 1.ª linha (num primeiro estádio da cadeia, i.e., ao nível grossista) é atribuído a estes últimos um território de vendas, sendo proibida a venda de GPL em garrafa por parte de cada distribuidor fora do seu território.
- F. Nos termos da legislação aplicável às vendas fora do território, as vendas ativas (promoção ativa de vendas através v.g. de forças de vendas ou marketing) podem ser restringidas em determinadas circunstâncias, enquanto as vendas passivas (a mera resposta de um distribuidor a um pedido espontâneo de fornecimento com origem fora do território) não podem ser proibidas.
- G. A proibição das vendas passivas, por restringir a capacidade e estratégia comerciais das empresas configura, nos termos da legislação aplicável, uma repartição de território e é considerada uma infração grave (*hardcore*), sendo proibida pelo seu objeto e independentemente dos efeitos concretos na concorrência.
- H. Na Decisão da AdC resultou provado que, relativamente (i) à Petrogal, num universo de 240 contratos, as vendas passivas fora da área contratual são proibidas em 199 contratos em vigor; (ii) à Galp Açores, num universo de 9 contratos, as vendas passivas fora da área contratual são proibidas em todos os contratos em vigor; (iii) à Galp Madeira, num universo de 3 contratos, as vendas passivas fora da área contratual são proibidas em todos os contratos em vigor.
- I. Conforme já demonstrado na Decisão da AdC e confirmado pela Sentença, ao impedir-se um distribuidor de concorrer livremente em diferentes territórios, e



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



mantendo-se artificialmente um único distribuidor em cada território, não permitindo que o mesmo realize vendas passivas a clientes situados fora do seu território, limita-se a liberdade de escolha dos clientes e consumidores, tal como a concorrência entre a denominada concorrência intramarca.

- J. O Tribunal *a quo*, em despacho comunicado às partes em momento prévio ao da leitura da sentença, procedeu a uma alteração não substancial dos factos, nos termos da alínea f) do n.º 1 do CPP, aplicável ex vi artigo 41.º do RGCO, reconduzindo a atuação das Visadas ao disposto no n.º 3 do artigo 68.º da Lei da Concorrência, por considerar demonstrado que:
- (i) As visadas não tiveram o cuidado de, pelo menos, a partir de 01 de janeiro de 2000, promover a alteração dos contratos escritos existentes, excluindo a cláusula de proibição de vendas fora da área atribuída, ou, pelo menos, limitando a sua proibição, na redação da cláusula, apenas às vendas ativas, e de, nos novos contratos escritos celebrados após 01 de janeiro de 2000, procederem nos mesmos termos.
- (ii) As visadas não representaram a possibilidade de ao manter as cláusulas que proibiam vendas fora da área atribuída e ai celebrar novos contratos com essa cláusula estarem a efetuar uma prática restritiva da concorrência.”
- K. Na sequência da alteração não substancial dos factos, na sentença procede-se à imputação da infração em causa às Visadas a título de negligéncia inconsciente, não obstante a contraordenação em causa ter sido imputada pela AdC a título de dolo.
- L. O Tribunal *a quo* procedeu a uma incorreta interpretação e aplicação do n.º 3 do artigo 68.º da Lei da Concorrência, e dos artigos 14.º do CP e 8.º do RGCO, porquanto os elementos factuais que integram o processo não permitiam a exclusão do dolo da conduta das Visadas.
- M. Nos termos da Sentença a atuação das Visadas, ao celebrarem, mas em particular ao manterem em vigor os contratos restritivos, é reconduzida a um “descuido”, a raiar a negligéncia grosseira, sendo destacada a responsabilidade de uma empresa como a Galp.
- N. O erro do Tribunal *a quo* está em focar-se na manutenção ou não revogação dos contratos (o que seria devido a descuido e negligéncia) e não, como deveria, na celebração livre e consciente dos contratos contendo a proibição de vendas passivas

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

e onerando contratualmente os distribuidores, subtraindo-lhes de forma ilícita a liberdade para realizarem vendas fora do território.

- O. É paradigmático que o Tribunal fundamente a negligência no facto provado 167), quando afirma que “[d]esde, antes do ano 2000, o sentido normal da mesma cláusula, percebido pelas Visadas e por alguns distribuidores, é o do que é proibido apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela [vendas ativas] nos territórios atribuídos a outros distribuidores”.
- P. Confunde-se a celebração do contrato com a execução do contrato.
- Q. Efetivamente, o sentido que a Galp e apenas “alguns distribuidores” atribuíam à cláusula é manifestamente irrelevante para efeitos do preenchimento do tipo subjetivo.
- R. Efetivamente, parece confundir-se na Sentença recorrida o momento da prática do facto, i.e., a celebração dos contratos, com o cumprimento ou incumprimento ou execução dos contratos e a sua não revogação ao longo dos anos. São claramente questões distintas, que manifestamente não influem sobre a determinação do tipo subjetivo.
- S. Como resulta dos factos provados, a Galp tinha consciência desde 1997 da destriňa entre vendas ativas e vendas passivas e, desde 2000 e, como dado provado, mesmo em 2013, celebrou contratos contendo a proibição de todas e quaisquer vendas fora do território atribuído.
- T. Ou seja, o que releva para a determinação do tipo subjetivo é o facto de duas empresas, Galp na qualidade de fornecedora e um distribuidor, terem celebrado um contrato contendo a proibição de quaisquer vendas o que, como sancionado pelo Tribunal, é proibido e configura um ilícito.
- U. Se o contrato foi observado ou não, se a Galp controlava ou não as vendas, se os distribuidores vendiam ou não fora do território e, finalmente, se a Galp *cuidou* ou não de revogar formalmente os contratos, são questões atinentes à execução do contrato.
- V. Daqui decorre que não é pelo facto de a Galp não ter exercido plenamente os poderes resultantes do contrato ou de, no limite, por *descuido*, nas palavras da Sentença, ter sido menos diligente na alteração dos contratos, que se alteram os

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

elementos essenciais do tipo subjetivo: em determinado momento, a Galp, tendo consciência de que não poderia restringir as vendas passivas, decidiu, de modo livre e consciente, celebrar um contrato contendo tal proibição, agindo portanto com dolo (direto).

W. E não tendo havido qualquer desoneração contratual ao longo dos anos, não existiu naturalmente qualquer alteração do tipo subjetivo.

X. Todas as demais questões suscitadas pelo Tribunal quanto à execução do contrato em nada alteram a definição do tipo subjetivo, mais acrescendo que, como dado como provado, durante 14 anos não só a Galp não *cuidou* de revogar expressamente os contratos em causa como, já em momento posterior, voltou a celebrar contratos contendo a proibição de quaisquer vendas.

Y. Recordando as palavras de Eduardo Correia, “***o dolo só se excluirá, afirmando-se a negligência consciente, quando o agente só actuou porque confiou em que o resultado se não produziria***”.

Z. Fazendo a transposição para o caso concreto, a Sentença recorrida pretende portanto afirmar que a Galp, na qualidade de maior operador português e administrado por pessoas capazes (como se refere na Sentença²⁴), tendo consciência da proibição da restrição de vendas passivas em causa desde 1997, celebrou desde 2000 e durante 14 anos (em diferentes momentos) quase três centenas de contratos contendo uma proibição de quaisquer vendas, ***mas confiou que nenhum distribuidor cumpriria a cláusula em causa ou que a mesma não era geradora de quaisquer efeitos obrigacionais***. Não é verosímil.

AA. A prática proibida, consubstanciada na celebração dos contratos logo em 2000, foi cometida ***com dolo direto***. O maior ou menor *descuido* na execução, no cumprimento ou incumprimento do contrato em nada altera o tipo subjetivo, sendo, todavia, evidente que durante 14 não existiu qualquer desoneração contratual, não

²⁴ “[...] As limitações de território são matérias que facilmente são associadas a práticas restritivas da concorrência, mesmo antes de 01 de janeiro de 2000, e que, por isso, alarmam uma pessoa medianamente diligente no exercício da suas funções de administração ou de gestão de negócio em empresas com a dimensão em causa, não sendo minimamente razoável admitir que as visadas tivessem confiado o seu destino a pessoas que tivesse sido capazes de perceber isso (desde pelo menos a data em que passaram a incluir em alguns contratos a referência apenas a vendas ativas) se tivessem sido cuidadosas na análise dos contratos” (cf pág. 133 da Sentença recorrida).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

foram as cláusulas proibidas alteradas e foram inclusivamente celebrados novos contratos contendo a proibição de vendas passivas.

BB. Ou seja, a análise que se impunha ao Tribunal *a quo* nos presentes autos para efeitos de aferição do tipo subjetivo era por referência ao momento da celebração dos contratos e à vigência dos mesmos e não ao seu cumprimento ou incumprimento durante a execução contratual.

CC. Face a todo o exposto, é imperativo concluir que o Tribunal *a quo* fez uma errada aplicação dos artigos 14.º do CP, 8.º do RGCO e n.º 3 do artigo 68.º da Lei da Concorrência, o que se invoca para todos os devidos e legais efeitos, impondo-se que a Sentença em crise seja revogada neste ponto e substituída por outra que faça uma correta aplicação do direito ao caso concreto.

DD. Quanto à afetação do comércio entre os Estados-membros, o Tribunal *a quo* incorreu num manifesto erro de julgamento e aplicação do direito ao não aplicar a alínea c) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE ao caso *sub judicie*.

EE. No caso concreto, a Sentença recorrida considerou que existia uma infração em Portugal, mas que a restrição de vendas passivas em causa, de GPL, não seria suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros. A principal divergência parece residir na interpretação do que deve considerar-se como “suscetível de afetar”.

FF. Entende a AdC que, de acordo como a interpretação que melhor corresponde à letra da lei (e à luz da jurisprudência da União Europeia e das Orientações da Comissão sobre esta matéria), uma restrição ilícita de vendas passivas de GPL no território nacional, enquanto bem que, como demonstrado na Sentença, é comercializado entre Estados-Membros é suscetível (tem aptidão) de poder afetar o comércio entre Estados-Membros.

GG. Importará destacar que esta matéria já foi analisada em Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de janeiro de 2014 (Processo n.º 938/10.7PYLSB.L1), referente a um regulamento da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, considerado como uma infração às Lei da Concorrência nacional e ao TFUE, aí se tendo adoptado abordagem semelhante à seguida pela AdC no caso concreto: procurar determinar a susceptibilidade de afectação do comércio por confronto com a posição adoptada na sentença de exigir uma efectiva afectação.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

HH. Por seu turno, a Sentença recorrida, reconhecendo a infração no território nacional, parece claramente exigir uma demonstração de efetiva afetação de comércio entre Estados-Membros.

II. Por fim, reconhecendo e corrigindo o Tribunal ad quem os erros identificados, impõe-se, em consequência, uma reapreciação das coimas aplicadas às Visadas pelo Tribunal a quo, para que tais coimas possam traduzir o efetivo desvalor da conduta das Visadas, bem como as exigências de prevenção geral e especial."

A este recurso apresentaram resposta:

B.1. As visadas Petróleos de Portugal – Petrogal, S.A., Galp Madeira – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A. e Galp Açores – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A. que concluem no sentido de ser de julgar improcedente o recurso interposto pela Autoridade da Concorrência, por, face à matéria de facto dada como provada, não ter cabimento qualquer dos argumentos explanados para imputar a infração às visadas a título de dolo, nem tão pouco ter tido lugar qualquer erro de direito quanto à não aplicação da alínea c) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

C. As visadas PETRÓLEOS DE PORTUGAL – PETROGAL, S.A., GALP MADEIRA – DISTRIBUIÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES, S.A. e GALP AÇORES – DISTRIBUIÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES, S.A.:

1. "Vem o presente recurso interposto da douta sentença que, julgando parcialmente procedente a decisão proferida pela AdC, condena as Recorrentes em coimas de, respetivamente, três milhões e novecentos mil euros, cento e cinquenta mil euros e quarenta mil euros, pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos arts. 9.º, n.º 1 e 68.º, n.º 1, al. a) e 3, ambos da LdC.
2. Importa atentar antes do mais que, conforme anteriormente defendido pelas ora Recorrentes em sede de recurso de impugnação judicial, o objeto e os efeitos anticoncorrenciais de um acordo abrangido pelo art.º 9.º da LdC e pelo art.º



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 101.º do TFUE devem considerar-se não como condições cumulativas, mas sim como condições alternativas.
3. E, tal como também defendido pelas Recorrentes, perante o tipo infracional em causa e tendo a AdC optado por não analisar os efeitos da cláusula sobre a concorrência no mercado, nunca podia a infração ser qualificada como permanente, posição que mantêm.
 4. De facto, ou bem que se analisam os efeitos anticoncorrenciais, aferindo nesse sentido se a execução da infração e os seus efeitos se protelaram no tempo ou, então, se não é efetuada qualquer análise dos efeitos potencialmente anticoncorrenciais, a conclusão que se impõe é que a verificação de uma infração permanente não se afigura admissível, precisamente porque, não se tendo demonstrado nem sequer aferido que perdurasse a situação de antijuridicidade que necessariamente a carateriza, falta a verificação de um dos seus pressupostos essenciais.
 5. Sucedeu pois que, lida a sentença recorrida, da mesma não resulta a imputação às Recorrentes de qualquer facto relativamente aos eventuais efeitos restritivos para a concorrência no mercado, eventualmente resultantes da execução dos contratos de distribuição.
 6. Na realidade, aliás, concluiu o Tribunal pela não demonstração de efeitos anticoncorrenciais, em consonância com o facto de ter considerado provado que as Recorrentes não proibiram ou limitaram as vendas passivas.
 7. Mas se assim é, não poderia o Tribunal *a quo* concluir pela existência de uma infração permanente, caraterizada, relembrar-se, por um estado de antijuridicidade a que as Recorrentes podiam pôr fim, precisamente porque afirma simultaneamente que os efeitos subjacentes a esse mesmo estado não existiram em momento algum do suposto período de infração.
 8. A conduta das Recorrentes não originou portanto, nas próprias palavras do Tribunal, uma compressão do bem jurídico em causa, pelo que não poderia ser qualificada como infração permanente, o que impõe que se conclua que a celebração de cada um dos contratos de distribuição em causa no presente processo constitui uma infração de mera atividade, que se consumou no momento da respetiva celebração.
 9. O reconhecimento desta circunstância comporta consequências muito significativas para o presente processo, desde logo a evidência de que, de todos os contratos celebrados após a entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 e considerados ilegais pelo Tribunal *a quo*, apenas em relação a 14 deles não se poderá considerar prescrito o procedimento contraordenacional.
 10. Com efeito, decorre expressamente do art.º 48.º, n.º 1 al. b) da Lei n.º 18/2003 que o procedimento de contraordenação em matéria de infração às disposições substantivas da referida lei extingue-se por prescrição no prazo de cinco anos a contar da data da consumação do facto ilícito.
 11. Certo sendo que, mesmo considerando a eventual interrupção do procedimento pelo prazo máximo legalmente admissível, a prescrição do procedimento tem sempre

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

lugar decorridos sete anos e meio da celebração de cada contrato de distribuição, nos termos do artigo 28.º do RGCO, uma vez que, nos termos do art.º 27.º-A do mesmo diploma legal, não se verificou qualquer causa de suspensão.

12. Por conseguinte, encontra-se o procedimento prescrito, pelo menos, relativamente a 193 dos 211 contratos de distribuição celebrados pelas Recorrentes, cujas cláusulas são consideradas pelo Tribunal *a quo* como constituindo uma infração por objeto, número que corresponde a 91,5% do total dos contratos de distribuição em causa nos presentes autos.
13. Assim, e independentemente dos restantes vícios e erros de que padece a sentença sob recurso, a prescrição do procedimento relativamente a mais de 90% das infrações imputadas às Recorrentes refletir-se-á necessariamente no que respeita aos critérios que presidiram à fixação concreta do montante das coimas aplicadas, questão que mais adiante se retomará.
14. Sem conceder, sempre se acrescenta que, em qualquer caso, as normas constantes dos arts. 9.º e 74.º da LdC e/ou dos artigos 4.º e 48.º da Lei n.º 18/2003, na interpretação segundo a qual um acordo entre empresas, restritivo da concorrência por objeto e ao qual o Tribunal *a quo* não atribuiu qualquer efeito restritivo da concorrência, não configura uma infração de mera atividade que se consuma no momento da celebração do próprio acordo, a partir do qual se inicia a suspensão do correspondente procedimento contraordenacional, seriam sempre materialmente inconstitucionais, por violação dos arts. 2.º, 18.º, n.os 1 e 2 e 29.º, n.º 1 da CRP, o que se argui para os devidos efeitos.
15. Acresce que, ao abrigo do art.º 43.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, estatuía-se que *"constitui contraordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas partes na infração, 10% do volume de negócios no último ano (...)"*.
16. Sendo que, não tendo o legislador observado o cuidado de especificar o que se deveria entender por "último ano", o entendimento adotado no Ac. do TRL de 07.11.2007 foi o de que *"o ano a considerar para a determinação do limite máximo da coima é aquele em que cessou a prática ilícita"*, sob pena de o valor máximo da coima poder ir variando ao ritmo da evolução do mercado e da própria diligência da autoridade administrativa no exercício da ação sancionatória.
17. Ignorando contudo esta orientação jurisprudencial, viria o legislador a consagrar, no art.º 69.º, n.º 2 da LdC, solução normativa diversa, segundo a qual, *"no caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo anterior, a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 10 % do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência (...)"*.
18. A posição adoptada por parte do TRL quanto à inconstitucionalidade desta contudo permanece porém inalterada, conforme resulta de Ac. de 11.03.2015, proc. n.º 204/13.6YUSTR.L1-3.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

19. Discorrendo sobre a questão suscitada pelas Recorrentes em sede de impugnação judicial, mas considerando-a sob o ponto de vista da igualdade formal, limitou-se o Tribunal *a quo* a consignar que “*(...) ainda que 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.*”
20. O entendimento acolhido na decisão sob recurso não se afigura no entanto conforme ao princípio da legalidade, na sua vertente de determinabilidade da medida da coima por referência ao momento da prática da infração, nem ao princípio da igualdade.
21. De facto, a norma constante da lei ora vigente condiciona a moldura abstrata da coima à morosidade da decisão que vier a ser proferida pela AdC, já que é o momento da prolação desta decisão que fixa o exercício (volume de negócios) relevante para a determinação do seu limite máximo. Este critério, com o todo o devido respeito, dissocia a penalidade cominada à infração do momento em que esta é praticada, relegando a determinação da moldura abstrata para um critério futuro e indeterminado. E potencia, ainda, a ocorrência de situações em que agentes infratores colocados em condições essencialmente semelhantes possam estar sujeitos a variações da penalidade abstrata determinadas por razões de natureza meramente aleatória ou até discricionária, ditadas pelo momento do proferimento da decisão condenatória por parte da AdC.
22. Tal consequência, emergente da norma legal em causa, fere manifestamente o princípio da igualdade, consagrado no art.º 13.º, n.º 1 da CRP, para além de que, ao fazer com que o *quantum* da medida da coima acabe por ficar dependente de circunstâncias incertas e futuras, temporalmente desconexas do momento da prática dos factos, viola o princípio da legalidade, previsto no art.º 29.º, nrs. 1 e 3 da CRP, à luz do qual se estabelece que “*ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da respetiva conduta*”.
23. Esclareça-se que, diversamente do entendimento sufragado pelo Tribunal recorrido, a violação do princípio da igualdade que se alegou não se prende com a igualdade em sentido estritamente formal, i.e., a aplicabilidade de iguais critérios de determinação da medida abstrata da coima para todos os destinatários da norma, antes radicando na desigualdade que poderá vir a resultar dos diferentes tempos de proferimento da decisão da AdC relativamente a situações essencialmente semelhantes.
24. Termos em que se argui, para os devidos efeitos legais, a inconstitucionalidade material do art.º 69.º, n.º 2 da LdC, por violação dos princípios da igualdade e da legalidade, previstos nos arts 13.º e 29.º, nrs. 1 e 4 da CRP, aplicáveis em sede de ilícitos contra-ordenacionais por via do art.º 32.º, n.º 10 da CRP.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

25. Chamaram ainda a atenção as Recorrentes na sua impugnação judicial para o facto de que, no que tange à moldura aplicável e volumes de negócios das mesmas, embora se tivesse feito constar da DI que, "para efeitos de determinação da medida concreta da coima, a Autoridade considera relevante ponderar igualmente os volumes de negócios diretamente relacionados com a infração ao longo da respetiva duração (por referência às vendas realizadas no mercado relevante considerado pela Autoridade)", em parte alguma da DI se vislumbra qualquer tipo de distinção entre o volume de negócios total, alcançado pelas Recorrentes, e o volume de negócios relacionado com a infração, que será o mais relevante.
26. Certo sendo que, segundo metodologia que a AdC se auto-impôs, nas suas "Linhas de Orientação sobre a Metodologia a Aplicar na Determinação de Coimas", de 20 de Dezembro de 2012, «para efeitos de determinação do montante de base, considera-se o volume de negócios realizado pelo visado pelo processo quanto aos bens ou serviços direta ou indiretamente relacionados com a infração», expressamente se reconhecendo, no comentário a tal entendimento, que "esta delimitação permite aproximar o montante base que servirá para determinar a coima das eventuais ou potenciais vantagens obtidas pelo visado pelo processo, de forma mais direta do que o volume de negócios total, e estabelece um termo comparativo relativamente ao impacto económico da infração e do peso relativo de cada visado no sector afetado" (sublinhados nossos).
27. Na sentença recorrida, reconhece expressamente o Tribunal *a quo* que, no que respeita a esta questão, assiste razão às Recorrentes, e que foi pela AdC violado o disposto no art.º 58.º, n.º 1, al. c) do RGCO, uma vez que "da leitura da decisão não se comprehende se a AdC tomou em consideração o referido volume de negócios para os efeitos indicados nas aludidas Linhas de Orientação ou para outro tipo de ponderação".
28. Incompreensivelmente, contudo, diante de um vício declarado da DI, não se retirou na decisão sob recurso as devidas consequências legais, consignando-se apenas que, por as Recorrentes se terem pronunciado no recurso de impugnação judicial sobre esse elemento concreto, se trata de uma nulidade que deve considerar-se "sanada".
29. Mais uma vez com o respeito devido, entendeu o STJ, em Ac. de 21.12.2006, que a sanação poderá ocorrer apenas por intermédio da autoridade administrativa e "com recurso a diligências probatórias indispensáveis para apuramento dos elementos em falta", significando isso que "a sanção para o incumprimento da al. b) do n.º 1 do referido art. 58.º do RGCO é a nulidade da decisão impugnada, nos termos dos arts. 283.º, n.º 3, 374.º, n.º 2, e 379.º, n.º 1, al. a), do CPP, aplicável subsidiariamente".
30. Trata-se, de resto, de entendimento também perfilhado por esse Venerando Tribunal da Relação, conforme decorre do Ac. de 19.02.2013, onde se lê que "(...) a decisão administrativa é nula e o tribunal recorrido deveria ter declarado

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

essa nulidade e determinado a remessa dos autos à autoridade administrativa para suprir o vício".

31. Termos em que, ao ter sido aplicada às Recorrentes uma coima, à luz do art.º 69.º da LdC, sem se vislumbrar na DI qualquer explicitação sobre o volume de negócios concretamente relacionado com a infração e de que forma é que o mesmo contribuiu para a determinação da medida da coima, verifica-se uma nulidade, por omissão de pronúncia sobre factos que não poderiam deixar de ser conhecidos, em conformidade com o disposto no art.º 379.º, n.º 1, al. c) do CPP, subsidiariamente aplicável por força do disposto no art.º 41.º, n.º 1 do RGCO.
32. Acrescente-se, por mera cautela de patrocínio, que a interpretação do disposto no art.º 69.º da LdC no sentido de que o limite máximo da medida abstrata da coima não se afere com referência ao volume de negócios relacionado com a infração, mas antes pelo volume de negócios total, é materialmente inconstitucional, por violar, designadamente, o princípio da legalidade previsto no art.º 29.º, n.º 1 da CRP, para além do disposto no art.º 32.º, n.º 10 da CRP, o que se argui para os devidos efeitos.
33. Invocaram ainda as Recorrentes que, lida a DI, em parte alguma da mesma se vislumbra referência a algum facto que especificasse um qualquer ato de natureza anticoncorrencial, praticado por uma pessoa física ligada às pessoas coletivas visadas, e que, nesse sentido e em estrita obediência aos critérios legais estatuídos no art.º 73.º, n.º 2 da LdC, admitisse a imputação de responsabilidade pelo ilícito às ora Recorrentes.
34. Entendeu o Tribunal *a quo*, no entanto, que se mostra irrelevante no caso dos autos reconhecer esta garantia às Recorrentes, argumentando que, "(...) tendo por referência cláusulas contratuais, é com incontornável clareza que se percebe que subjacente a essa imputação está a assunção de que os factos, quer por via da assinatura dos contratos (celebrados após 2000), quer por via da sua manutenção (quanto aos contratos anteriores), foram praticados, em última instância, pelos seus administradores (diretamente ou por pessoas cuja atividade estava compreendida na sua esfera de vigilância e controlo)" (cfr. pp. 51 a 53 da sentença recorrida).
35. O Tribunal *a quo*, portanto, limitou-se a considerar que a infração foi praticada ou pelos administradores das Recorrentes, em nome e no interesse das mesmas, sem que tal conste de qualquer dos factos provados, ou que tais administradores violaram os deveres de vigilância e de controlo dos seus subordinados (os verdadeiros agentes da ação ou omissão), a que se encontravam adstritos, embora tal também não decorra do elenco dos factos provados.
36. A este propósito, parecer o Tribunal *a quo* ter ignorado a questão essencial suscitada pelo parecer subscrito por Figueiredo Dias e Nuno Brandão nos autos, que não reside tanto na necessidade de se especificar os nomes e apelidos das pessoas que atuaram ou deixaram de atuar, embora a mesma não deixe de ser



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

relevante para que se possa concretamente determinar quem individualmente foi responsável pela ação ou omissão em causa.

37. Fundamental, de facto, seria a menção específica à prova do cargo, enquanto pedra de toque que distingue as duas alíneas do n.º 2 do art.º 73.º da LdC, nas quais radicam as duas vias possíveis de imputação de responsabilidades às Recorrentes.
38. Como bem explicam Figueiredo Dias e Nuno Brandão a esse propósito, “não sendo embora exigível a sua identificação pelo nome, é indispensável a verificação do seu estatuto funcional. E sé-lo-á pelo relevo detido por esse estatuto para vários planos da questão da imputação do facto à pessoa coletiva, todos eles sistematicamente referidos ao ilícito-típico da infração”.
39. Com o devido respeito por posição contrária, não se comprehende como, impondo o legislador que a responsabilidade de uma pessoa coletiva só existirá verificados os pressupostos no art.º 73.º, n.º 2 da LdC, qualquer desses mesmos pressupostos possam não encontrar menção alguma na matéria de facto provada.
40. Repare-se, a propósito, que a sentença recorrida nem sequer é clara quanto a qual das alíneas do n.º 2 do art.º 73.º fundamentará, no caso concreto, a imputação de responsabilidade contra-ordenacional às Recorrentes.
41. Termos em que, ao ter condenado as Recorrentes pela prática de uma contraordenação sem que da decisão conste qualquer menção acerca da identidade e/ou da qualidade e poderes dos concretos agentes singulares que, à luz do art.º 73.º, n.º 2 da LdC, legitimariam a imputação de responsabilidade às Recorrentes, padece a mesma de nulidade, por violação do disposto do art.º 58.º do RGCO e, em concreto, por falta de fundamentação e omissão de pronúncia, em conformidade com o disposto no art.º 379.º, n.º 1, al. c) do CPP, subsidiariamente aplicável ex vi art.º 41.º, n.º 1 do RGCO.
42. Qualquer interpretação do art.º 58.º do RGCO, no sentido de que poderá ser aplicada uma coima a pessoas coletivas sem que na decisão proferida pela autoridade administrativa se explice e concretize a identificação das concretas pessoas singulares cuja atuação e poderes lhes torna imputáveis os factos, à revelia do art.º 73.º, n.º 2 da LdC, é materialmente inconstitucional, por violar o princípio da legalidade previsto no art.º 29.º, n.º 1 da CRP, para além do disposto nos arts. 18.º, n.º 1 e 32.º, n.º 10 da CRP, o que se argui para os devidos efeitos.
43. Em relação ao mérito da causa propriamente dito, importa notar que, aquando da prolação da DI, adiantava a AdC que “(...) ao impedir-se um distribuidor de concorrer livremente em diferentes territórios, e mantendo-se artificialmente um único distribuidor em cada território, não permitindo que o mesmo realize vendas passivas a clientes situados fora do seu território, limita-se a liberdade de escolha dos clientes e consumidores. Do mesmo modo, limita-se a concorrência entre distribuidores de GPL em garrafa da Galp (i.e. a concorrência

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

intramarca) que são impedidos de explorar oportunidades de arbitragem resultantes de algum nível de diferenciação de preços entre regiões”.

44. Segundo expressamente decorre do ponto 168 dos factos provados, porém, considerou o Tribunal *a quo* que da prova produzida em audiência se retira que “*as visadas não limitaram de forma alguma a liberdade dos distribuidores no que toca à possibilidade de responder a pedidos não solicitados de clientes de outros territórios*” (sublinhado nosso).
45. Aliás, viria mesma o considerar que, “*desde há muitos anos que é prática frequente de alguns distribuidores realizarem entregas, em resposta a pedidos não solicitados de clientes, fora da sua área territorial*”.
46. Significa isto que ficou demonstrado que, independentemente do que constava do clausulado contratual, não havia nada que do ponto de vista da postura das Recorrentes limitasse os seus distribuidores de primeira linha no que diz respeito à aceitação da realização de vendas passivas a clientes fora do seu território, sendo que, no que diz respeito a parte dos distribuidores com contratos em vigor, era prática frequente fazerem-no.
47. Acresce que, segundo decorria da posição expressa pela AdC na DI a propósito da suscetibilidade de restrição da concorrência, “*a limitação das vendas passivas impede que um dado cliente possa, apercebendo-se das diferenças de preço ou outras condições de fornecimento (prazo de entrega, condições de pagamento, etc.), praticadas entre distribuidores em territórios geográficos próximos ou contíguos, optar pelo revendedor que pratique as melhores condições de oferta. Esta restrição concorrencial implica que um distribuidor de primeira linha pode praticar preços e condições comerciais sem qualquer pressão concorrencial por parte de outros distribuidores da mesma marca que operem em territórios limítrofes, contribuindo para a repartição do mercado entre distribuidores*”.
48. Importa no entanto atentar que o que ficou provado em sede audiência que “*proibir um distribuidor Galpgás de um determinado território de responder a um pedido não solicitado de um revendedor de segunda linha de outro território que se dirige a ele por não estar satisfeito com o distribuidor Galpgás do seu território, o seu distribuidor natural, geraria a possibilidade do cliente mudar para um distribuidor de uma marca concorrente*”.
49. Sendo que, segundo decorre do ponto 172 dos factos provados, mais do que simplesmente não proibir que tais vendas fossem efetuadas, “*as visadas incentivam as vendas nas situações referidas no parágrafo anterior*”.
50. No que tange concretamente a esta matéria, o que consta da sentença é que “*admite-se que esta lógica tenha pleno sentido nos casos em que um cliente solicita gás em garrafa ao distribuidor do território vizinho por se ter incompatibilizado com o distribuidor do seu território. Efetivamente, nestas hipóteses, a recusa de fornecimento conduziria o cliente a recorrer a uma marca concorrente. Razão pela qual se aceita que, em geral, os distribuidores tinham*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

noção, por razões de lógica, de que, em situações destas, as visadas não se oporiam ao fornecimento”.

51. A questão, porém, é que que o ponto 173 dos factos provados não restringe a aplicabilidade desta regra às situações em que o cliente se tenha incompatibilizado com o distribuidor do seu território.
52. Na realidade, o que se menciona apenas é a insatisfação do cliente em relação ao seu distribuidor natural, sem especificar a sua causa.
53. Mas então, se é certo que estando o cliente insatisfeito com o seu distribuidor uma recusa de fornecimento por parte de um distribuidor vizinho conduziria a que o cliente fosse comprar a outra marca, por que razão é que esse risco haverá de suceder apenas em casos de conflito propriamente dito?
54. Com o devido respeito pelo Tribunal *a quo*, pretender-se-á fazer crer que, estando um cliente insatisfeito com o seu distribuidor por causa de preços praticados ou por causa de condições de fornecimento oferecidas, uma recusa de venda por parte de distribuidor vizinho não o conduzirá, também, a dirigir-se a outras marcas?
55. Não obstante, o que verdadeiramente entra em contradição com a decisão que é tomada a final é a circunstância de que, na p. 124 da sentença, acaba o Tribunal *a quo* por reconhecer que não resultou da prova produzida nenhum elemento minimamente consistente suscetível de infirmar ou abalar os argumentos apresentados pelas Recorrentes no sentido de “(...) *não ser crível que a Galp Energia contenha regras distintas relativas à liberdade de atuação territorial aplicáveis aos seus distribuidores de primeira linha, pois tal cenário daria origem a sobrecustos relacionados com a gestão dos contratos como um todo, na medida em que existiriam regras diferentes consoante o distribuidor e tal situação provocaria um profundo desequilíbrio do sistema de distribuição do GPL em garrafa como um todo, introduzindo concorrência intramarca por via das vendas passivas apenas em alguns territórios, sem que seja possível identificar uma qualquer razão de negócio válida e objetiva para que a empresa tivesse tomado tal opção*” (sublinhado nosso).
56. O Tribunal, portanto, admite que as regras eram iguais para toda a rede, e que não faria sentido autorizar vendas passivas apenas em alguns territórios.
57. Ainda assim, porém, acaba por concluir que as Recorrentes deveriam ter tido o cuidado de transmitir a todos os seus distribuidores que as vendas passivas eram permitidas.
58. Com todo o devido respeito, parece olvidar-se que ficou expressamente reconhecido, no ponto 167 dos factos provados, que “*o sentido normal da mesma cláusula, percebido pelas visadas e por alguns distribuidores, é o de que é proibido apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores*” (sublinhado nosso).
59. Significa isto, portanto, que considerou o Tribunal recorrido demonstrado em julgamento que: (i) o sentido normal da cláusula inserida nos contratos era o de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

que proibia apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores; (ii) esse sentido normal da cláusula era o percebido pelas Recorrentes e por parte dos distribuidores; (iii) no entanto, porque alguns distribuidores estariam supostamente em erro quanto ao sentido normal da cláusula, deveriam as Recorrentes tê-los esclarecido.

60. Com o respeito devido pelo Tribunal *a quo*, se o sentido normal era o de que a cláusula não proibia as vendas passivas, e se esse sentido normal era percebido pelas Recorrentes e pela quase totalidade dos distribuidores da rede, por que razão então se entende que havia um acordo restritivo da concorrência, motivado apenas por uma errada interpretação da cláusula por parte de uma inexpressiva minoria?
61. Termos em que se conclui que, face ao exposto, decorre do texto da decisão uma contradição insanável entre os pontos 167 e 188 dos factos provados, a qual impõe, à luz do art.º 410.º do CPP, que se proceda à alteração da matéria de facto provada, julgando não provado o ponto 188.
62. Mas, consideram também as Recorrentes que a matéria de facto provada impunha uma decisão distinta da adotada em matéria de direito.
63. Desde logo as Recorrentes consideram que o Tribunal a quo cometeu um erro de direito ao concluir que uma cláusula incluída nos seus contratos com os distribuidores de primeira linha que proíbe "vendas fora da área territorial atribuída", é suscetível de proibir vendas passivas, i.e., vendas realizadas em *mera resposta a um pedido espontâneo de fornecimento com origem fora do território*.
64. Com efeito, constitui matéria de facto provada que as vendas, incluindo as passivas, dos distribuidores de primeira linha podem ocorrer, essencialmente, de duas formas: (a) os clientes dirigem-se diretamente à loja e adquirem o GPL em garrafa; (b) os clientes efetuam um contacto telefónico, solicitando uma entrega no domicílio (ou no ponto de venda, no caso dos grossistas) (ponto 89 dos factos provados).
65. Respeitando o presente processo únicamente às vendas passivas que implicam uma deslocação do distribuidor ao território vizinho para proceder à entrega, a aplicação do direito aos factos impõe a conclusão de que no momento em que, para o direito civil e comercial, se considera estabelecido o vínculo entre as partes do contrato de compra em venda, o local da venda de produtos entregues pelos distribuidores em territórios vizinhos é a própria instalação do distribuidor, onde a encomenda foi recebida.
66. De facto, os artigos 217º e segs., e 408.º, 874.º e 879.º do Código Civil, aplicáveis à compra e venda, têm vindo a ser interpretados pela jurisprudência dos tribunais superiores, incluindo do próprio Tribunal da Relação de Lisboa, determinando que: "*I- O contrato de compra e venda fica perfeito com o acordo das partes quanto à transmissão da coisa ou direito mediante um preço, situando-se o cumprimento das obrigações de entrega da coisa vendida e de*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

pagamento do preço no âmbito da execução do contrato" (Acórdão TRL de 08-02-2007).

67. Nas obrigações de natureza genérica não fica prejudicada a natureza meramente consensual do contrato nem a circunstância de as obrigações de pagamento do preço e de entrega da coisa se situarem no âmbito da execução do contrato (cfr. artigo 408.º, nº 2 Código Civil).
68. Não obstante, o Tribunal *a quo* considerou que tal entendimento não é aceitável dado que *"no agir diário e comum, a venda não é associada às declarações de vontade, mas à sua consumação com a entrega do produto"*. E que, só o conhecimento técnico-jurídico avançado próprio de um jurista atribuiria à cláusula tal sentido, sendo mesmo nestes casos necessário que se fizesse uma leitura da realidade sempre mediada por conceitos jurídicos, o que não seria, para o Tribunal *a quo*, minimamente razoável (cfr. pág. 113 da Sentença).
69. Mais considerou o Tribunal recorrido que a proibição das vendas passivas *"corresponde ao sentido literal, comum e, por isso, imediato e linear de cláusulas que, ao não fazerem qualquer distinção quanto ao tipo de vendas, incluem necessariamente todas"* (cfr. pág 162 da Sentença)
70. Consideram contudo as Recorrentes que o Tribunal *a quo* errou ao extrair tal conclusão dado que, no contexto dos presentes autos, em que se discute o alcance de uma cláusula de um contrato, afirmar que a venda, no *"agir diário e comum"*, é entendida como consumando-se com a entrega, equivale a afirmar que é esse o sentido normal que lhe atribuem as visadas e os distribuidores, i.e. as partes no contrato.
71. Todavia, se fosse esse o sentido atribuído à venda, seria então imperioso concluir que o *"sentido normal"* da cláusula para as partes era o de proibir vendas passivas, na modalidade em que implicam uma entrega fora do território.
72. Sucede que não é essa a conclusão do Tribunal *a quo*, que considera como factos provados que *"desde, antes do ano 2000, (...) o sentido normal da mesma cláusula, percebido pelas visadas e por [161 de 199] distribuidores, é o de que é proibido apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores"* (ponto 167 dos factos provados).
73. Acresce que além deste elemento, o Tribunal *a quo* estava obrigado a interpretar a vontade negocial, designadamente o sentido normal da cláusula, à luz das regras civilísticas da interpretação da declaração negocial, o que se dispensou de fazer, preferindo aplicar um inaudita sentido resultante do *"agir diário e comum"*, sem que se entenda com que justificação.
74. É igualmente inconciliável com a matéria de facto dada como provada no referido ponto 167, a circunstância de o Tribunal *a quo* entender que a proibição das vendas passivas *"corresponde ao sentido literal, comum e, por isso, imediato e linear de cláusulas que, ao não fazerem qualquer distinção quanto ao tipo de vendas, incluem necessariamente todas"* (cfr. pág 162 da Sentença)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

75. Tal equivaleria a existir um sentido comum para o Tribunal *a quo* e um outro para a grande maioria dos declaratários da cláusula em causa.
76. A correta aplicação do direito ao caso em análise nos presentes autos teria determinado a única conclusão possível, a de que a cláusula que proíbe vendas fora do território não proíbe, por si só, qualquer tipo de vendas passivas: tanto as vendas em loja como as telefónicas são feitas no local onde o distribuidor se encontra quando se dá o encontro de vontades: nas suas instalações, situadas no seu território.
77. Termos em que se conclui que, face ao exposto, decorre do texto da decisão uma contradição insanável entre os pontos 145 a 147 e 167 dos factos provados, e que impõe a conclusão de que a cláusula em crise nos autos não tem o sentido que lhe é atribuído na sentença recorrida, pelo que devem as Recorrentes ser absolvidas.
78. Mas o Tribunal *a quo* cometeu erro também quanto à interpretação que faz do conceito de acordo, dado que considera que “*essencial ao conceito de acordo é a ideia de suscetibilidade de influenciar o comportamento dos operadores no mercado, decorrente de um comportamento coordenado de empresas*”.
79. Entende o Tribunal *a quo* que “*o que importa, para efeitos da afirmação da existência de um acordo, não é apurar se o mesmo influenciou ou não o comportamento dos intervenientes (o que já tem a ver com os efeitos do acordo), mas a sua suscetibilidade de influenciar o respetivo comportamento*” (cfr. pág. 159 da sentença).
80. Na análise relativa à existência de um acordo, o Tribunal *a quo* cometeu pelo menos três incontornáveis erros de direito. Primeiro, apreendeu erradamente da jurisprudência aquilo em que consiste no conceito de acordo, designadamente o seu elemento essencial. Errou também naquilo que considerou ser a vontade declarada, determinando-a com base em critérios não constantes da lei e em evidente contradição com a matéria de facto provada. E, no apuramento daquilo a que corresponde a vontade comum das partes, errou ainda ao considerar que prevalecia aquela que entendeu ser a vontade declarada sobre a vontade real.
81. Assim, quanto ao conceito de acordo, constitui pois jurisprudência assente que a forma de manifestação da vontade das partes, designadamente quando se trata de uma vontade declarada, não se sobrepõe àquela que venha a apurar-se ser a vontade real e efetiva das partes. O que importa é que se apure a expressão fiel da vontade das partes que corresponde, naturalmente, à sua vontade real.
82. Além disso, existe jurisprudência dos tribunais da União Europeia, como o acórdão JCB do Tribunal Geral, em que não obstante se ter provado que o fornecedor havia recomendado preços aos seus distribuidores e que os preços que lhes cobrou eram suscetíveis de influenciar os preços retalhistas destes, tal não era suficiente para existir um acordo.
83. Mas o tribunal *a quo* cometeu ainda um outro erro de direito resultante daquilo que considerou constituir a vontade declarada das partes.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

84. O exercício do tribunal recorrido foi tão somente o de considerar que cláusulas que determinam que "o Revendedor não poderá vender Galpgás fora da área [contratualmente atribuída]" "corporizam: (i) declarações de vontade de ambos os intervenientes; (ii) e declarações de vontade expressas e explícitas, ou seja, especificamente dirigidas à proibição de vendas fora de um determinado território" (sublinhado nosso). Como tal, "a limitação de vendas passivas que a AdC considerou resultar das referidas cláusulas não é uma interpretação possível, mas corresponde ao sentido literal, comum e, por isso, imediato e linear de cláusulas que, ao não fazerem qualquer distinção quanto ao tipo de vendas, incluem necessariamente todas" (pág. 162 da sentença) (sublinhado nosso).
85. Nestes termos, conclui o tribunal recorrido que a vontade declarada das partes é a de proibir as vendas passivas.
86. É, contudo, francamente surpreendente que para o Tribunal recorrido o "sentido comum" da dita cláusula seja o de proibir vendas passivas. É que não se comprehende nem pode aceitar-se que o sentido comum de uma cláusula possa ser assumidamente um para o tribunal recorrido e outro para a grande maioria das entidades que assinaram a declaração que a mesma corporiza.
87. Tal entendimento é, na verdade, inconciliável com o ponto 167 dos factos provados onde se diz que sentido normal da cláusula, percebido pelas visadas e por 161 de 199 distribuidores, é o de que apenas as vendas ativas são proibidas.
88. Se puder afirmar-se que a vontade declarada por uma determinada parte de um contrato é a que corresponde ao sentido normal que tal parte deu ao contrato (*in casu*, à cláusula em questão), é manifesto que a vontade declarada das visadas e de 161 dos seus 199 distribuidores que se vincularam a tal cláusula, é a de que esta proíbe apenas vendas ativas, e não as passivas, como se afirma na sentença recorrida.
89. Não pode por isso, relativamente aos contratos celebrados entre as visadas e os 161 distribuidores em causa, sustentar-se que a vontade declarada das partes é no sentido de proibir as vendas passivas, não existindo por isso qualquer elemento, mesmo à luz do enquadramento adotado pelo tribunal recorrido - o da suscetibilidade de a vontade declarada influenciar o comportamento dos operadores -, que permita tal conclusão.
90. Com efeito, nestes casos nem poderá afirmar-se que a vontade declarada poderia influenciar um comportamento contrário às regras do direito da concorrência, dado que é incontrovertido, como consta da matéria de facto provada, que a vontade declarada é compatível com o direito da concorrência.
91. No que concerne aos contratos celebrados entre as visadas e os restantes 38 distribuidores, o mínimo que poderá dizer-se é que as vontades declaradas são divergentes. Embora o Tribunal *a quo* tenha considerado que a vontade declarada destes distribuidores é a de que são proibidas vendas passivas, a das visadas continua a ser a de que são proibidas unicamente vendas ativas. Nestes



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- termos, existindo divergência entre as vontades declaradas, não pode de lado algum extraír-se a existência de uma vontade comum por via destas vontades.
92. Diga-se ainda que, além de ter ignorado os elementos constante dos autos que lhe permitiam determinar a vontade declarada, o tribunal recorrido errou também ao procurar determinar o suposto sentido "linear" das cláusulas contratuais em discussão, ignorando o que a lei dispõe sobre o esforço de interpretação de declarações negociais, designadamente no artigo 236.º do Código Civil.
93. É inaceitável o entendimento da lei dado pelo Tribunal *a quo*, sendo o mesmo não só contrário à respetiva letra como à jurisprudência citada, segundo a qual a existência de um acordo exigirá, no mínimo, uma convergência de vontades.
94. Por fim, o Tribunal *a quo* errou naquilo que considerou constituir a vontade comum das partes, que determinou com base na aludida "*suscetibilidade de influenciar o comportamento dos operadores*", sobrepondo aquilo que (incorrectamente) percecionou como correspondendo à vontade declarada à vontade real apurada.
95. Embora tenha ficado provado que a vontade real das recorrentes e dos seus distribuidores era a de que estivessem proibidas unicamente as vendas ativas (e não também das vendas passivas), a sentença considera provado que "[a]s visadas não limitaram de alguma forma a liberdade dos distribuidores no que toca à possibilidade de responder a pedidos não solicitados de clientes de outros territórios" (sublinhado nosso) (cfr. ponto 168 dos factos provados).
96. Ficou igualmente provado, *inter alia*, que "[e]m regra, os distribuidores não recusam a venda a consumidores finais de fora do seu território que entrem no seu ponto de venda para comprar GPL" e "Desde há muitos anos que é prática frequente de alguns distribuidores realizarem entregas, em resposta a pedidos não solicitados de clientes, fora da sua área territorial" (sublinhado nosso).
97. E também que um suposto acordo quanto à proibição de vendas passivas não teria rationalidade económica (cfr. ponto 171 da matéria provada) e que as Recorrentes incentivavam até as vendas passivas em determinadas situações (cfr. ponto 172).
98. Assim, a matéria considerada provada nos autos demonstra que, com base no comportamento das Recorrentes e dos seus distribuidores, pelo menos a partir de janeiro de 2000, o concurso de vontades reais entre as partes é no sentido de permitir a realização de vendas passivas fora do território contratual (ou de apenas proibir as vendas ativas).
99. Temos pois que não obstante ter apurado a vontade real das visadas e dos seus distribuidores, o Tribunal recorrido determinou que o concurso de vontades resulta daquelas que percecionou (erradamente, como se viu) constituírem as vontades declaradas.
100. Diga-se, desde logo, que tal opção está em contradição frontal com a jurisprudência do TJUE, designadamente o acórdão *Bayer*, que claramente dá



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

especial relevo à vontade real das partes na determinação daquilo a que corresponde o concurso de vontades.

101. É também surpreendente que perante os factos provados *supra* enunciados sustente o Tribunal *a quo* que não constam dos autos factos concludentes de que a suposta vontade declarada no sentido de proibir vendas passivas, a existir, tenha sido alterada, no sentido da jurisprudência do TRL de 29.1.2014, supracitada.
102. O Tribunal *a quo* rejeita pois a jurisprudência do TRL determinando que só a revogação expressa por via de novo contrato ou uma adenda contratual podem alterar a declaração (supostamente) contida numa cláusula contratual. No citado acórdão do TRL admitia-se, como se disse, que factos concludentes (sem os limitar a um novo contrato ou uma adenda contratual) pudessem alterar o sentido da declaração negocial inicial.
103. Por fim, o Tribunal *a quo* considera que a possibilidade de revogação (expressa) da cláusula em discussão apenas começou em setembro de 2015, considerando que a alegada infração durou até essa data.
104. Ora, resulta dos pontos 187 e 188 da matéria dada como provada que a circular, enviada a todos os distribuidores em 22 de dezembro de 2014, teve o *"sentido de esclarecer todos os distribuidores, cujos contratos não referiam apenas vendas ativas, de que o seu entendimento é o de que era proibido apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores"*.
105. Por esta razão, mesmo admitindo (apenas por hipótese e para efeitos de patrocínio) que as cláusulas em discussão configurariam um acordo entre empresas restritivo da concorrência, o comunicado de 22 de dezembro de 2014 constitui, evidente e forçosamente, "um facto concludente" (para usar as palavras desta Relação) de que os distribuidores se aperceberam, pelo menos nessa data, da interpretação que as visadas faziam da referida cláusula.
106. Em face do exposto, é pois forçoso concluir que o Tribunal *a quo* cometeu diversos erros de direito, designadamente, (i) ao considerar que elemento essencial do conceito de acordo é o da suscetibilidade de influenciar o comportamento dos operadores e não o de vontade comum entre das partes; (ii) ao identificar incorretamente a suposta vontade declarada das partes, atribuindo-lhe um sentido distinto do sentido normal da cláusula; em (iii) ao dar primazia à vontade (supostamente) declarada sobre a vontade real, falhar em captar aquela que era expressão fiel da vontade comum das partes; e em (iv) concluir que o alegado "acordo" restritivo se manteve mesmo após o comunicado de 22 de dezembro de 2014.
107. Nesta medida, deve considerar-se que o elemento objetivo do tipo contraordenacional correspondente ao "acordo" não se encontra preenchido, devendo, consequentemente, as Recorrentes ser absolvidas.
108. Por fim, a título meramente subsidiário, e por simples cautela de patrocínio, sempre se diga que, ainda que improcedendo todos os argumentos acima



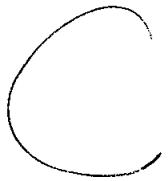
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

invocados, as coimas pelos quais vêm as Recorrentes condenadas pelo Tribunal *a quo* assumem valores injustificadamente elevados, impondo-se a sua redução, à luz das circunstâncias.

109. De acordo com o decidido, não poderá qualificar-se a conduta das Recorrentes como sendo reduzida por um total de cinco motivos, entre os quais o elevado número de contratos que continham as cláusulas.
110. Se é verdade que o número de contratos que continham as cláusulas será elevado, parece ter olvidado o Tribunal *a quo* que resulta expressamente dos pontos 145 a 147 dos factos provados que só 95 dos 174 distribuidores com contratos que proíbem vendas fora do território é que declararam que nunca as realizaram, sendo que, apenas 38 disseram não o ter feito por razões contratuais. Para além disso, um total de 79 referiu, expressamente, ter realizado vendas passivas.
111. Além disso, recorde-se, a este respeito, que o Tribunal *a quo* considera constituir um facto provado que o sentido normal da cláusula para as Recorrentes e para 161 de 199 distribuidores de primeira linha era o de só limitar a realização de vendas ativas fora do território.
112. Conclui-se, portanto, que dos 253 contratos em vigor no território nacional, não há sequer um acordo restritivo da concorrência (seja pela vontade declarada seja pela vontade real), não se verifica nenhum efeito, e não existe qualquer risco anticoncorrencial resultante da cláusula, em 215 desses contratos, ou seja, em cerca de 85% de toda a rede comercial.
113. Acabam as Recorrentes por ser condenadas ao pagamento de coimas no global superior a 4 milhões de euros apenas e só porque 38 dos seus 253 distribuidores não se aperceberam que, na rede, as Recorrentes não limitam nem proíbem a realização de vendas passivas.
114. Face ao exposto, em sede de medida da coima, apenas se permitiria considerar demonstrado que, dos 253 distribuidores de toda a rede, unicamente 15% referiram que não fizeram quaisquer tipos de vendas por razões contratuais, sendo que desses não se logrou apurar concretamente quantos não realizaram vendas passivas.
115. Nessa medida, devem as coimas aplicadas às Recorrentes ser necessariamente reduzidas, adequando-se o montante da coima (mais de 4 milhões de euros) ao número limitado (38) de distribuidores que disseram não ter realizado vendas fora do território por razões contratuais. Em consequência, o montante total das coimas aplicadas nunca deveria ser superior a 614.308 euros, que reflete uma redução proporcional em função do número de distribuidores com os quais terá sido, segundo o Tribunal *a quo*, celebrado um contrato com uma cláusula restritiva da concorrência.
116. Não pode também deixar de se chamar à colação o facto de que, em Portugal, esta foi a primeira vez que se verificou, da parte da AdC, uma condenação no âmbito de um processo envolvendo cláusulas de exclusividade em acordos de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



distribuição. Todos os anteriores processos (12) foram arquivados com compromissos.

117. De facto, em todas estas doze decisões de arquivamento com compromissos até hoje adotadas pela AdC, esta autoridade aceitou (ou propôs-se aceitar para os processos ainda em curso) pôr termo aos processos desde que as empresas visadas procedessem à supressão da cláusula contratual em causa e, nalguns casos, ao envio de circular dando conhecimento da supressão da mesma.
118. Mais uma vez com o devido respeito, se refere o Tribunal *a quo* que razões de prevenção geral negativa impõem a condenação das Recorrentes, coloca-se então a questão de saber por que razão é que, em todos os doze processos instaurados no nosso país até agora, se considerou ser despicienda essa mesma finalidade da pena.
119. Acresce que, em todo o caso, tendo o Tribunal *a quo* dado por provado o envio pelas Recorrentes de uma circular em 22 de outubro de 2014, onde se esclarece o sentido da cláusula em crise nos autos, não pode concluir-se que a infração durou mais um ano, até setembro de 2015, pelo que deverá sempre operar-se uma redução de coima que reflita a subtração deste período.
120. Refira-se ainda que, conforme ficou demonstrado *supra*, o procedimento encontra-se prescrito, pelo menos, relativamente a 193 dos 211 dos contratos de distribuição celebrados pelas Recorrentes, o que corresponde a 91,5% do total dos contratos de distribuição em causa nos presentes autos. Impunha-se, assim, ao Tribunal *a quo* retirar as devidas consequências, isto é, reduzindo-se substancialmente o número de contratos em causa (8,5%), tal deveria refletir-se no montante da coima. Ora, devendo subtrair-se 91,5% do montante da coima determinada pelo Tribunal *a quo*, a coima não deveria nunca ultrapassar os 347.650 euros.
121. Pelo que, face ao exposto, por se constatar ser injustificados os montantes das coimas aplicadas às Recorrentes, devem as mesmas ser objeto de uma drástica redução, para valores substancialmente mais próximos dos respetivos limites mínimos."

Terminam no sentido da respectiva absolvição da prática da contra-ordenação de que vêm condenadas, por manifesta inexistência de factos que consubstanciem ilícito contra-ordenacional.

Subsidiariamente, pela revogação da sentença recorrida, em face da declaração de nulidade decorrente da omissão de pronúncia sobre factos que não poderiam deixar de ser conhecidos, em conformidade com o disposto no art.^º 379.^º, n.^º 1, al. c) do CPP, subsidiariamente aplicável por força do disposto no art.^º 41.^º, n.^º 1 do RGCO.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A este recurso vieram responder:

C.1. A AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (AdC):
“Do recurso interposto pelas Visadas

Da alegada prescrição quanto aos contratos anteriores a 31 de julho de 2007

- A) Como bem decidiu o Tribunal a quo o comportamento das Visadas, ao celebrarem os acordos, configura uma infração permanente, que se manteve, pelo menos, até setembro de 2015, não pode proceder a alegada prescrição dos contratos anteriores a 31 de julho de 2007.
- B) Contrariamente ao sustentado pelas Visadas, do Acórdão PTM e SIC não é possível concluir, como pretendem as Visadas, que toda e qualquer infração por objeto “constitui uma infração de mera atividade” e que “a consumação é instantânea, isto é, ocorre no momento em que se verifica o acordo de vontades, momento esse que regra geral (e salvo prova em contrário) coincidirá com a redução a escrito do contrato”
- C) Ao invés, e tal como entendeu o Tribunal a quo, no caso concreto, estamos perante acordos típicos considerados restritivos da concorrência, cuja revogação não ocorreu, pelo que se encontra verificado o objeto anticoncorrencial em relação à conduta imputada a todas as Visadas, a que acresce não ter sido por estas invocada a justificação a que alude o n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 19/2012 e o n.º 1 do artigo 101.º do TFUE — p. 179 e p. 182 da sentença.
- D) Como é entendimento do TRL, num caso de paralelismo evidente, no processo Lactogal e outros (p. 36): «*A inserção em contratos de cláusulas consideradas anticoncorrenciais pode ser entendida como uma infração permanente, relativamente à qual, nos termos do artigo 27.º do RGCO e do Artigo 119.º do Código Penal, o prazo de prescrição conta-se a partir do momento em que cessar a consumação. No caso concreto, não tendo havido uma revogação dos contratos celebrados pela Lactogal até pelo menos 2010, data em que a Lactogal os entregou à AdC como contratos em vigor com os seus distribuidores, independentemente dos efeitos dos contratos, a infração objetiva perdurou pelo menos até tal data, evitando o Decurso do prazo da prescrição.*

Da alegada inconstitucionalidade material do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência, por pretensa violação do princípio da legalidade

Processo 102/15.9YUSTR

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- E) A AdC adere integralmente ao entendimento do Tribunal a quo, quanto à inexistência de violação do princípio da legalidade e, em consequência, à falta de provimento da alegada constitucionalidade material do critério de determinação do volume de negócios adotado no n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência.
- F) Como refere o Tribunal a quo este critério irá ter expressão diversa consoante a decisão da AdC demore mais ou menos tempo a ser proferida. Contudo, isso também poderá suceder quando se aprecia a situação económica do visado (critério previsto na alínea g) do n.º 1 do artigo 69.º da lei da Concorrência) ou o tempo decorrido desde a prática da infração, que nos termos da alínea d) do n.º 2 do artigo 72.º do CP, ex vi artigo 32.º do RGCO, é possível de conduzir à atenuação da sanção. Vemos assim, que o ordenamento jurídico, no que respeita à determinação da medida da sanção, tem várias normas jurídicas cuja expressão final e concreta pode variar em função do andamento dos autos.
- G) A ratio legis desta opção legislativa prende-se, tão-só e naturalmente, com a preocupação do legislador em balizar o valor máximo da coima aplicável com a situação económica atual dos visados pelo processo de contraordenação, e não com qualquer possibilidade de atuação calculista e premeditada por parte da AdC no sentido de “escolher o momento mais propício para a prolação de uma decisão condenatória” em função dos volumes de negócio apresentados pelas empresas visadas pelos processos.
- H) O facto do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 determinar que a coima aplicável pela AdC não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC, não impacta com o princípio da legalidade, maxime com os n.ºs 1 e 4 do artigo 29.º da CRP.
- I) Os critérios de determinação do valor da coima e do seu limite máximo, encontravam-se previstos por lei anterior ao momento da prática dos factos que são imputados às aqui Recorrentes, tornando-se, pois, evidente que aquilo que o princípio da legalidade proíbe, por imposição do referido corolário do princípio da tipicidade, são as molduras indetermináveis, sendo inquestionável que mesmo numa moldura abrangente a coima concreta a aplicar pode ser determinada, desde logo em consequência do volume de negócios futuro que será efetivamente considerado.

Da alegada inação do tribunal a quo quanto à pretensa nulidade da Decisão da AdC por si reconhecida



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- J) O Tribunal a quo pronunciou-se, expressamente, na sentença recorrida sobre a alegada inexistência de distinção na Decisão da AdC entre o volume de negócios total alcançado pelas Visadas e o volume de negócios relacionado com a infração, pelo que improcede a invocada violação da alínea c) do n.º 1 do artigo 58.º do RGCO.
- K) Da sentença consta expressamente (p. 51) que não obstante entender-se que a AdC violou o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 58.º do RGCO, o Tribunal considera que a referida nulidade se encontra sanada, porquanto “as recorrentes pronunciaram-se no recurso de impugnação sobre esse elemento concreto (cfr. ponto 640 e ss), explicitando a sua concreta importância na determinação da medida da coima. É, por isso, evidente que exerceram cabalmente o seu direito de defesa, prevalecendo-se, por isso, da faculdade que lhes foi negada por via da aludida insuficiência”.
- L) Nos termos da Lei, a AdC tem de determinar a moldura abstrata da coima por referência ao volume de negócios total.
- M) Não recaindo sobre a AdC qualquer obrigação legal de apresentar os cálculos e as respetivas ponderações, esclarece-se que na Decisão da AdC, e em cumprimento da lei aplicável, para efeitos de determinação da medida concreta da coima, foi considerado o volume total de negócios realizado no ano anterior à decisão final condenatória, não obstante e seguindo as melhores práticas da União Europeia e procurando interpretar de forma mais favorável os critérios do artigo 69.º da Lei da Concorrência, não deixou de ponderar-se também os volumes de negócios diretamente relacionados com a infração.

Da alegada nulidade da sentença por falta de indicação das pessoas singulares que legitimam a imputação de responsabilidade às Visadas

- N) A Sentença pronunciou-se e fundamentou a decisão de julgar improcedente a alegada não concretização na Decisão da AdC sobre a identidade e/ou qualidade e poderes dos concretos agentes singulares que, à luz do art.º 73.º, n.º 2 da Lei da Concorrência legitimariam a imputação de responsabilidades às Visadas, tendo concluído que no presente processo a manifestação de vontade das Recorrentes se

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

encontra expressa pela assinatura dos seus legais representantes (ou por quem os represente) nos contratos celebrados com os distribuidores.

- O) No caso em apreço, os contratos em causa foram fornecidos pela Galp Energia à AdC, não tendo em momento algum sido questionada a sua autenticidade ou a validades das assinaturas apostas nos mesmos.
- P) Como se refere, expressamente, na sentença (p. 53) “poderá ser aplicada uma coima a pessoas coletivas sem que, na decisão proferida pela autoridade administrativa, se explice e concretize a identificação das pessoas singulares cuja atuação e poderes lhe torna imputáveis os factos, não viola o disposto nos arts. 29.º/1, 18.º/1 e 32.º/1 todos da CRP, quando como é o caso, a própria configuração da infração e/ou o seu contexto não suscitam dúvidas no sentido de que a imputação dos factos assenta num dos critérios de conexão previstos no citado normativo legal” — cf. p. 53 da sentença.
- Q) Não está em causa qualquer violação do princípio da legalidade, pelo facto da AdC na sua Decisão não identificar as pessoas singulares, que, terão assinado os 250 contratos, os quais **(i) foram fornecidos pelas Visadas; (ii) se encontram juntos aos autos nunca tendo sido suscitada, ao longo de todo o processo, nem tão-pouco na audiência de julgamento, a validade da vinculação das Visadas.**
- R) Em síntese, inexiste qualquer nulidade da sentença recorrida por omissão de pronúncia, devendo também quanto a este ponto improceder os argumentos das Visadas

Da alegada contradição insanável de que padece a sentença recorrida (capítulo III)

- S) Defendem as Visadas que do texto da sentença decorre uma contradição insanável entre os pontos 167 e 188 dos factos provados, contradição esse que, de acordo com as mesmas, impõe, nos termos do artigo 410.º do CPP, que se proceda à alteração da matéria de facto provada, julgando não provado o ponto 188 dos factos provados.
- T) Tal alegada contradição é invocada pelas Visadas porque as mesmas entendem que se o sentido normal da cláusula inserida nos contratos era o de que a mesma não proibia as vendas passivas, e se esse sentido normal era percebido pelas Visadas e pela quase totalidade dos distribuidores da rede, então não se poderia concluir pela



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

existência de um acordo restritivo da concorrência motivado apenas por uma errada interpretação da cláusula por parte de uma inexpressiva minoria.

- U) O ponto de partida da argumentação das Visadas é manifestamente errado e, de certa forma, até falacioso, não sendo verdade que o Tribunal a quo tenha concluído que *“o sentido normal da cláusula inserida nos contratos era o de que proibia apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores.”*
- V) O que o Tribunal a quo veio considerar foi *“o sentido normal da mesma cláusula, percebido pelas visadas e por alguns distribuidores é o do que é proibido apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela [vendas ativas] nos territórios atribuídos a outros distribuidores”* - cf. facto provado 167)
- W) Em passagem alguma da sentença o Tribunal a quo conclui que o sentido objetivo, abstrato e normal da cláusula em questão seja o de que proibia apenas as vendas ativas fora do território. Ou seja, a conclusão que o Tribunal a quo faz relativamente ao modo como as Visadas implementaram tal cláusula a partir do ano de 2000 é questão diversa do sentido e conteúdo objetivo que decorre das concretas declarações de vontade expressas e explícitas contidas em tal cláusula.
- X) Por outro lado, a argumentação das Visadas improcede igualmente, porque o preenchimento do tipo objetivo em causa é independente da implementação ou não por parte das Visadas do acordo em causa. Ou seja, o maior ou menor impacto (implementação) da restrição de vendas passivas não é determinante para efeitos do preenchimento do tipo previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência e no artigo 101.º do TFUE.
- Y) O mesmo é dizer que a infração existe e subsiste enquanto a cláusula que proíbe as vendas passivas vigorar entre as partes e não for revogada, porquanto o facto ilícito consiste na inclusão e manutenção nos contratos das cláusulas referenciadas, que foi o que se verificou nos presentes autos (cf. factos provados 106), 127), 138). Para este efeito é irrelevante o facto de os contratos terem ou não sido implementados em conformidade com a restrição contratual existente, ou de as Visadas terem assumido determinada interpretação a partir de determinado momento.
- Z) Na realidade, num universo total de 240 contratos celebrados entre a Visada Petrogal e os seus distribuidores, 199 contratos contêm uma cláusula contratual que proíbe a realização de vendas ativas e passivas fora do território contratualmente

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

fixado; num universo de 9 contratos celebrados entre a Visada Galp Açores e os seus distribuidores, os 9 contêm a mesma cláusula; assim como os 3 contratos celebrados entre a Visada Galp Madeira e os seus distribuidores.

- AA) Mais resulta da matéria de facto provada que apenas em setembro/outubro de 2015 é que as Visadas iniciaram um processo de revisão de todos os contratos, fazendo referência apenas às vendas ativas na cláusula que proíbe as vendas fora da área atribuída – cf. facto provado 195).
- BB) Sendo que, dos 174 distribuidores que responderam aos inquéritos elaborados pela AdC e cujos contratos não permitem a realização de vendas fora do território definido no contrato, pelo menos 95 distribuidores não realizaram qualquer venda fora do território - cf. facto provado 145) e desses 95 distribuidores, pelo menos 38 não efetuaram quaisquer vendas fora do território por razões contratuais -cf. facto provado 147).
- CC) Deste modo, ainda que o Tribunal *a quo* tenha considerado que as Visadas não implementavam desde, pelo menos 2000, a cláusula que limitava as vendas passivas – cf. facto provado 167) -, a verdade é que tais cláusulas nunca foram objeto de esclarecimento aos distribuidores - cf. facto provado 188) -, ou de alteração ou eliminação, continuando a vigorar entre as partes, sendo, pois, imperativo concluir que inexiste qualquer contradicção entre os pontos 167) e 188) dos factos provados.

Do alegado erro de direito quanto à natureza atribuída ao contrato de compra e venda

- DD) Defendem igualmente as Visadas que decorre do texto da decisão uma contradição insanável entre os pontos 145 a 147 e 167 dos factos provados, o que impõe a conclusão de que a cláusula que limita a as vendas fora do território contratualmente fixado não tem o sentido que lhe é atribuído na sentença recorrida, devendo, por essa razão, as Visadas serem absolvidas.
- EE) Em concreto, as Visadas discordam do sentido atribuído pela AdC e pelo Tribunal *a quo* à cláusula em questão, defendendo que a análise de tal cláusula inserida no devido contexto económico e jurídico determinaria a conclusão de que, por si só, não poderia extrair-se da dita cláusula uma proibição à realização de vendas passivas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- FF) Antes de mais, importa distinguir o conteúdo objetivo da cláusula em questão, da forma como as partes vinculadas àquela cláusula a interpretavam e o sentido normal que atribuíam à mesma, até porque a forma como as Visadas interpretavam tal cláusula e a implementação da mesma por parte das Visadas é questão distinta do preenchimento do tipo.
- GG) Conforme resulta dos contratos juntos aos autos, a cláusula de limitação tem muitas vezes a seguinte redação: ***“O REVENDEDOR não poderá vender GALPgás fora da área a que se refere o n.º 1 desta cláusula”*** (fls. 1866), sendo que em alguns contratos o distribuidor só pode vender fora da área contratual mediante autorização prévia da Petrogal escrita ou expressa: ***“Para efeitos deste Contrato, considera-se como área geográfica do REVENDEDOR o concelho de Tavira, exceto a freguesia de Cachopo, não podendo o REVENDEDOR vender GALPGÁS fora do mesmo, salvo prévia autorização escrita da PETROGAL”*** (fls. 1847).
- HH) Quanto ao conteúdo desta cláusula contratual, a posição das Visadas no sentido de que a única coisa que releva para efeitos de determinação do sentido normal da cláusula em questão é a vontade real das partes independentemente da forma como tal vontade é expressa não pode ter qualquer acolhimento.
- II) Desde logo, importa chamar a atenção para a cláusula em questão conter uma declaração expressa (cf. n.º 1 do artigo 217.º do Código Civil), pelo que face ao conteúdo literal da cláusula em questão, dúvidas não restam que o conteúdo objetivo da mesma traduz uma efetiva proibição de vendas fora do território contratualmente fixado. Não constando da cláusula em questão uma distinção entre vendas ativas e vendas passivas é imperativo concluir que a proibição insita à cláusula abrange as duas realidades: as vendas ativas e passivas.
- JJ) Esta é, aliás, a única conclusão possível face ao facto de, pelo menos a partir de 1997, existirem 40 contratos que passam a proibir expressamente a realização de vendas ativas por parte dos distribuidores de primeira linha - cf. facto provado 114); e do facto de 34 contratos que proíbem a realização de vendas fora do território contratual (sem fazerem referência às vendas ativas) terem sido celebrados pela Visada Petrogal depois do ano de 2000. – cf. facto provado 115); o mesmo se verificando para todos os contratos celebrados pela Visada Petrogal após o segundo semestre de 2010, os quais proíbem todas as vendas (sem fazer apenas referência às vendas ativas) fora da área contratualmente estabelecida - cf. – facto provado



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

116); e para todos os contratos celebrados pela Galp Açores, – cf. factos provados 127 e 129) e pela Galp Madeira – cf. facto provado 133).

- KK) Também o envio da circular por parte das Visadas em 22 de dezembro de 2014 (cf. facto provado 187), no âmbito da qual é feita uma distinção entre vendas ativas e passivas, é revelador da percepção que as Visadas tinham do conteúdo objetivo da cláusula em apreço: o sentido objetivo é o da abrangência de ambos os tipos de vendas.
- LL) Por fim, as Visadas tentam retirar do conceito de “vendas fora do território” (ii) as situações em que os clientes de outra área territorial se dirigem diretamente à loja e adquirem o GPL em garrafa e (ii) as situações em que os clientes efetuam um contacto telefónico, solicitando uma entrega ao domicílio (ou no ponto de venda, no caso dos grossistas), para, deste modo, esvaziar o conteúdo de “vendas fora do território” e, deste modo, tentar demonstrar que as mesmas nunca foram proibidas nem pela literalidade da cláusula, nem pela atuação das Visadas.
- MM) Como é óbvio, a cláusula em questão quando proíbe a realização de vendas fora do território abrange todas as situações em que haja um pedido de fornecimento por parte de algum distribuidor de segunda linha ou cliente final que tenha residência fora do território contratualmente adjudicado ao distribuidor de primeira linha.
- NN) Ao contrário do que as Visadas pretendem fazer crer, as regras de direito civil aplicáveis à situação em apreço (artigos 879.º e 885.º do Código Civil) não alteram em nada as conclusões constantes da sentença recorrida.
- OO) Não merece, pois, qualquer reparo a sentença a quo quando conclui que as cláusulas em análise continham declarações de vontade expressas e explícitas, quer das Visadas, quer dos seus distribuidores, que proibiam vendas passivas fora da área atribuída, com deslocação do distribuidor para fora do seu território, inexiste qualquer contradição que justifique a alteração da mesma quanto a este ponto.

Do alegado erro de direito quanto à interpretação dada do conceito de acordo

- PP) Com vista a demonstrar que o preenchimento do tipo objetivo não se encontra verificado, as Visadas vêm defender que um dos elementos essenciais do tipo em causa não se encontra preenchido: o elemento “acordo”, sendo que, também neste ponto, as Visadas encontram-se inteiramente desprovidas de razão.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- QQ) O artigo 9.º da Lei da Concorrência proíbe os acordos entre empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional.
- RR) Relativamente ao conceito de acordo, a jurisprudência da União Europeia é clara no sentido de que para que se verifique um acordo é necessário que haja um concurso de vontades entre, pelo menos, duas partes, independentemente da forma de manifestação, desde que esta constitua a expressão fiel da intenção das mesmas.
- SS) Assim, o concurso de vontades que integra o acordo tem que ser manifesto - ou seja tem que ser comunicado de alguma forma - e tem que condicionar o comportamento futuro no mercado das empresas partes no acordo, remetendo-se para toda a jurisprudência referida na presente Resposta.
- TT) Deste modo, não só é legítimo, como correto sob o ponto de vista jurídico, concluir-se, tal como resulta da Sentença *a quo*, que o acordo é suscetível de influenciar o comportamento das empresas no mercado uma vez que através do acordo as partes se comprometem a observar uma determinada conduta no mercado.
- UU) Relativamente à invocação de jurisprudência europeia por parte das Visadas com a finalidade de provar que não ficou demonstrada a suscetibilidade da cláusula em questão influenciar o comportamento das empresas no mercado, importa referir que quanto aos conceitos de vontade declarada e vontade efetiva trata-se de noções que foram consideradas pelos tribunais europeus em casos em que não estavam em causa cláusulas contratuais escritas entre fornecedor e distribuidores, pelo tal invocação deverá ser desconsiderada para os efeitos pretendidos pelas Visadas.
- VV) **A inexistência de uma correspondência entre a vontade real e declarada das partes é irrelevante quando estão em causa cláusulas contratuais escritas uma vez que permanecendo as mesmas em vigor serão sempre suscetíveis de influenciar o comportamento das empresas no mercado mesmo sendo outra a vontade real.**
- WW) Dos factos provados resulta que o acordo inicial de limitação das vendas, quer ativas quer passivas, permaneceu exatamente o mesmo desde o momento da celebração dos contratos em questão, até, pelo menos 2015, nunca existindo uma convergência plena de vontades entre as Visadas e os seus distribuidores no sentido de que as



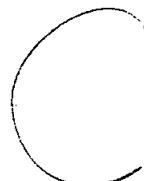
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

cláusulas contratuais que proibiam as vendas fora da área contratual apenas limitavam as vendas ativas e não as passivas.

- XX) Ora, no âmbito do conceito de acordo, a forma da vontade das partes não é importante desde que tal vontade seja expressa (e não tácita), resultando claramente dos autos e confirmado pela sentença *a quo* (cf. pontos 188 e 189 dos factos provados) que **nunca as Visadas manifestaram o próprio entendimento de que as cláusulas que limitam todas as vendas devessem ser interpretadas no sentido de impedir unicamente as vendas ativas.**
- YY) Uma vez que esta cláusula limita as vendas sem fazer qualquer tipo de distinção entre o tipo de venda e uma vez que as vendas podem ser ativas ou passivas é imperativo concluir que estas cláusulas limitam quer as vendas ativas, quer as vendas passivas. Por esta razão não se pode admitir a tese das Visadas de acordo com a qual o sentido comum desta cláusula seja o de que que a mesma apenas limita as vendas ativas.
- ZZ) Em segundo lugar, a afirmação das Visadas de que o sentido normal destas cláusulas é o de que as mesmas apenas limitam a angariação de clientes (*i.e.*, as vendas ativas), e que tal entendimento é perfilhado não só pelas Visadas como “*para a grande maioria das entidades que assinaram*” é incorreta, porquanto decorre do facto provado 167), que apenas “**alguns distribuidores**” referiram que interpretavam estas cláusulas como referentes apenas a vendas ativas.
- AAA) Com efeito, o Tribunal *a quo* confirmou que dos 174 distribuidores que responderam ao inquérito da AdC e cujos contratos não permitem a realização de vendas fora do território 38 distribuidores não efetuaram quaisquer vendas por razões contratuais, 57 não realizaram vendas fora do território e 79 realizaram vendas passivas fora do território (cf. pontos 145 a 147 dos factos provados).
- BBB) Em consequência, não pode considerar-se suportada pelos factos a afirmação das Visadas de acordo com a qual a partir de janeiro de 2000 o concurso de vontades reais entre as partes é no sentido de permitir as vendas passivas fora do território contratual.
- CCC) A inexistência de uma correspondência entre a vontade real e efetiva das partes envolvidas no acordo e a vontade declarada, sobretudo quando estão em causa cláusulas contratuais escritas, é irrelevante. Podendo tal divergência afetar ou não a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



vinculatividade jurídica do acordo, a mesma não compromete a suscetibilidade da vontade declarada influenciar o comportamento no mercado dos operadores envolvidos, seja a vontade real do conhecimento ou não dos intervenientes.

- DDD) Não compromete na medida em que **os operadores podem, a qualquer momento, adequar a sua conduta à vontade declarada, no pressuposto de que, face à sua não eliminação, é a mesma que prevalece. E o que importa, para efeitos de afirmação da existência de um acordo, não é apurar se o mesmo influenciou ou não o comportamento no mercado dos intervenientes (o que já tem a ver com os efeitos do acordo), mas a sua suscetibilidade de influenciar o referido comportamento.**
- EEE) Face a todo o exposto, resulta manifesto que o elemento objetivo do tipo contraordenacional correspondente ao “acordo” encontra-se efetivamente preenchido, não merecendo a Sentença a quo qualquer reparo quanto ao efetivo preenchimento do tipo objetivo.

Do alegado erro de direito quanto aos requisitos a observar na avaliação do objeto restritivo da concorrência

- FFF) Vêm, por fim, as Visadas defender que o Tribunal a quo cometeu um erro grave de direito ao considerar ser irrelevante, para o presente caso, a divergência real das Visadas e dos seus distribuidores e a vontade, supostamente, declarada, invocando a necessidade de o Tribunal a quo ter tido em conta o contexto económico e jurídico do acordo controvertido, concluindo que, na ausência de tal análise, o Tribunal a quo incorreu num manifesto erro na aplicação do direito.
- GGG) Conforme decidido na Sentença a quo, é jurisprudência assente da União Europeia que as limitações das vendas passivas são por natureza contrárias ao artigo 101.º do TFUE tendo as mesmas por objeto limitar os fornecimentos e repartir os mercados.
- HHH) Com efeito, a restrição do território no qual, ou dos clientes aos quais, o comprador parte no acordo, no caso concreto um distribuidor de GPL em garrafa, pode vender os seus produtos ou serviços é considerada uma restrição “grave” (“hardcore”) da concorrência de acordo com a alínea b) do artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria. Acresce que é entendimento da Comissão Europeia que as distorções



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

graves da concorrência elencadas no referido artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria constituem geralmente restrições da concorrência por objeto²⁵.

- III) Contudo, conforme a AdC demonstrou na sua decisão, a análise do contexto económico e jurídico subjacente aos acordos de distribuição de GPL em garrafa celebrados pelas Visadas leva a concluir que as cláusulas restritivas das vendas passivas fora do território contratual constituem restrições por objeto.
- JJJ) Com efeito, como acima referido, quanto ao teor das cláusulas em apreço as mesmas proíbem literalmente a realização de vendas por parte dos distribuidores fora da área contratual, pelo que o objetivo das mesmas é precisamente o de limitar as vendas dos distribuidores.
- KKK) Uma vez que - como atrás referido - o conceito de "vendas" abrange quer as vendas ativas quer as vendas passivas, a restrição das vendas passivas, em particular, impede que um determinado cliente possa, apercebendo-se das diferenças de preço ou outras condições de fornecimento (prazo de entrega, condições de pagamento, etc.), praticadas entre distribuidores em territórios geográficos próximos e contíguos, optar pelo revendedor que pratique as melhores condições de oferta.
- LLL) Esta restrição concorrencial permite que o distribuidor de primeira linha possa praticar preços e condições comerciais sem qualquer pressão concorrencial por parte de outros distribuidores da mesma marca que operem em territórios limítrofes, contribuindo para a repartição do mercado entre distribuidores.
- MMM) Em síntese, de acordo com a redação das cláusulas e tendo em conta o contexto em que se mantiveram em vigor resulta que as mesmas devem, *per se*, ser consideradas como restrições da concorrência por objeto uma vez que são suscetíveis de impedir, de facto, que os distribuidores respondam a solicitações de clientes situados em territórios atribuídos a outros distribuidores das Visadas e que, desta forma, concorram com estes.

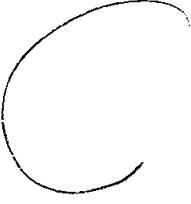
Da medida concreta da coima

- NNN) A AdC, nas motivações do recurso que autonomamente interpôs da sentença, identificou um conjunto de erros cujo reconhecimento e correção pelo Tribunal *ad quem* impõe, em consequência, uma reapreciação das coimas aplicadas às Visadas

²⁵ Orientações de 2010, parágrafos 23 e 50. E Comunicação *De Minimis* ponto 13.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



pelo Tribunal *a quo*, por forma a que tais coimas possam traduzir o efetivo desvalor da conduta das Visadas, bem como as exigências de prevenção geral e especial.

OOO) No que respeita processos citados pelas Visadas de decisões com compromissos, importa referir que as circunstâncias concretas de cada caso são completamente distintas entre si. Desde logo, e não obstante a AdC não se encontrar vinculada às decisões tomadas em cada caso concreto, nos referidos processos citados pelas Visadas não existia uma restrição com características idênticas à dos autos (hardcore), pelo que também esta linha de argumentação das Visadas não pode proceder."

Termina no sentido de o recurso não merecer provimento e a decisão recorrida ser de manter.

Nesta instância a Exma. Procuradora Geral adjunta apôs o seu visto.

II.

Colhidos os vistos legais, cumpre agora apreciar e decidir.

O âmbito do recurso é delimitado pelas conclusões extraídas pelo recorrente da respectiva motivação, sendo apenas as questões aí sumariadas as que o tribunal de recurso tem de apreciar, conforme jurisprudência uniforme do STJ (cfr. Ac. STJ de 28.04.99, CJ/STJ, ano de 1999, p. 196 e jurisprudência ali citada), sendo que os poderes de cognição deste tribunal se restringem à matéria de direito por força do disposto no n.º 1 do artigo 75º do Dec. Lei 433/82 de 27 de Outubro e alterações posteriores, sem prejuízo das de conhecimento oficioso, designadamente os vícios indicados no art.º 410º n.º 2 do C.P.P. (cfr. Ac. STJ para fixação de jurisprudência nº 7/95, de 19/10/95, publicado no DR, série I-A de 28/12/95).

No caso dos autos, face às conclusões da motivação do recurso, as questões suscitadas são as seguintes:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

1. Pelo M.º P.º:

1.1. Se a sentença enferma de vício de erro notório na apreciação da prova a que alude o art.º 410º n.º 2 al. c) CPP;

2. Pela Autoridade da Concorrência:

2.1. Se existe erro de julgamento quanto à modalidade da culpa em causa na preenchimento do tipo de ilícito imputado às visadas;

2.2. Se existe erro de julgamento da matéria de direito quanto à não aplicação da al. c) do art.º 101º TFUE.

3. Pelas visadas **Petróleos de Portugal – Petrogal, S.A., Galp Açores – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A. e Galp Madeira – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A.:**

3.1. Se ocorreu a prescrição do procedimento contra-ordenacional quanto aos contratos celebrados entre 1966 e 31.6.2007;

3.2. Se o art.º 69º n.º 2 da Lei 19/2012 sofre de vício de inconstitucionalidade material por violação do princípio da legalidade;

3.3. Se a sentença recorrida enferma de nulidade nos termos do art.º 379º n.º 1 al. c) CPP por omissão de pronúncia;

3.4. Se a sentença recorrida enferma de nulidade nos termos do art.º 379º n.º 1 al. c) CPP por ausência de fundamentação e omissão de pronúncia;

3.5. Se a sentença recorrida se encontra afectada de vício de contradição insanável do art.º 410º n.º 2 al. b) CPP;

3.6. Se a decisão contém erro de direito quanto:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 3.6.1. À natureza atribuída ao contrato de compra e venda;
- 3.6.2. À interpretação dada do conceito de acordo;
- 3.6.3. Aos requisitos na avaliação do objecto restritivo da concorrência;
- 3.7. A medida da coima aplicada.

As diferentes questões suscitadas pelos recorrentes, na medida em que têm preponderância e consequências diferentes, impõem uma hierarquização no respectivo conhecimento sendo de apreciar, em primeiro lugar, as relativas a questões prévias e outras suscitadas pelas visadas recorrentes, excepto quanto à medida da coima que está intimamente conexionada com questões postas pelos demais recorrentes e que, por isso, se relegará para final.

Assim, passando a apreciar o recurso interposto pelas visadas recorrentes, a primeira das questões dirige-se saber se ocorreu a prescrição do procedimento contra-ordenacional quanto aos contratos celebrados entre 1966 e 31.6.2007.

Essa concreta questão já havia sido posta ao tribunal recorrido em sede de recurso de impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência, tendo merecido a seguinte argumentação e decisão:

“Invocam as recorrentes a prescrição do procedimento contraordenacional pelo menos relativamente a 193 dos 211 contratos de distribuição considerados pela AdC, celebrados em data anterior a 27 de julho de 2007, considerando o prazo máximo de prescrição de sete anos e meio e a qualificação da conduta como permanente, de acordo com os fundamentos já exarados e analisados.

Subsidiariamente, sustentam as recorrentes que as normas constantes dos artigos 9.º e 74.º da Lei n.º 19/2012 e/ou dos artigos 4.º e 48.º da Lei n.º 18/2003, na

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

interpretação segundo a qual um acordo entre empresas, restritivo da concorrência por objeto e ao qual a AdC não imputou qualquer efeito restritivo da concorrência, não constitui uma infração de mera atividade que se consuma no momento da celebração do próprio acordo, a partir do qual se inicia a suspensão do correspondente procedimento contraordenacional, seriam sempre materialmente inconstitucionais, por violação dos artigos 2.º, 18.º, n.ºs 1 e 2 e 29.º, n.º 1 da CRP, o que se argui para os devidos efeitos.

A decisão da questão suscitada está dependente, no essencial, da qualificação da infração imputada como instantânea ou permanente, uma vez que será este o elemento a ditar, à luz do disposto no art. 119º/1 e 2, al a), do Código Penal (CP), ex vi art. 32º, do RGCO, o início do prazo de prescrição.

Delimitados os termos da disputa, já se concluiu que estamos perante uma infração permanente. Mais resulta dos factos provados e nos termos já analisados que a conduta se manteve, pelo menos, até setembro de 2015, pelo que é evidente que o prazo de prescrição de cinco anos previsto no art. 48º/1, al b), da Lei nº 18/2003, de 11.06, e no art. 74º/1, al b), da LdC (atual) ainda não decorreu.

O entendimento exarado não ofende nem o princípio do Estado de Direito Democrático, previsto no art. 2º, da CRP, nem o princípio da proporcionalidade, consagrado no art. 18º, da CRP, nem o princípio da legalidade estipulado no art. 29º/1, da CRP.

Com efeito, não resulta de nenhum dos princípios indicados qualquer orientação específica quer quanto à qualificação das infrações como instantâneas ou permanentes, quer quanto ao início de prazo de prescrição. Ao que acresce que a interpretação adotada é necessária, adequada e



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

C

proporcional para cumprir as finalidades subjacentes à intervenção punitiva enquanto o efeito antijurídico se mantiver.

Por conseguinte, não se verifica a prescrição do procedimento contraordenacional.”

Tal como se mostra referido, na mesma sentença foi atribuída a natureza de infracção permanente (aquando da definição do quadro legal aplicável à mesma) com os seguintes argumentos:

“Contudo, importa considerar, no caso, a possibilidade de estarmos perante uma conduta permanente, tal como defende a AdC. Não é esta a posição das recorrentes, que, a propósito da prescrição do procedimento contraordenacional, sustentam que um acordo restritivo da concorrência por objeto constitui uma infração de mera atividade, pelo que a consumação é instantânea, ou seja, ocorre no momento em que se verifica o acordo de vontades, momento esse que regra geral (e salvo prova em contrário) coincidirá com a redução a escrito do contrato. Mais acrescentam que o facto de o acordo ter um prazo de vigência mais ou menos longo não altera a classificação do tipo. O Tribunal do Comércio de Lisboa nota a este propósito que, nos termos do princípio pacta sunt servanda, refletido no artigo 406.º do Código Civil, quem celebra um acordo para vigorar durante determinado tempo quer já, no momento da celebração do acordo, a sua vigência por todo esse prazo (incluindo a sua eventual renovação automática, quando prevista inicialmente no contrato). O acordo, ou, transpondo agora para a estrutura da infração, a ação típica, dá-se num só momento. Assim, em virtude da opção tomada pela AdC de imputar às Visadas apenas infrações por objeto, a celebração de cada um dos contratos de distribuição em causa no presente



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

processo constitui uma infração de mera atividade, que se consumou no momento da respetiva celebração.

Considera-se que não assiste razão às recorrentes. Vejamos.

Impõe-se esclarecer, a título prévio, que não suscita controvérsia que a conduta imputada às recorrentes se reconduz, em abstrato, a uma prática restritiva da concorrência por objeto, traduzida especificamente na celebração e manutenção de contratos de distribuição com uma cláusula de proibição de vendas passivas fora de determinado território. É esta a conduta específica que importa qualificar como instantânea ou permanente.

Socorremo-nos, para tanto, do conceito de “crime permanente” desenvolvido por Eduardo Correia, no seu manual de Direito Criminal, Volume I³¹, pela sua clareza. Assim, esclarece o ilustre Professor o seguinte:

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, 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.

A existência deste dever, naturalmente ligada à natureza dos bens jurídicos protegidos, distingue o crime permanente dos chamados crimes de efeitos permanentes – v.g. o furto.

Nos crimes permanentes, realmente, o primeiro momento do processo executivo comprehende todos os atos praticados pelo agente até ao aparecimento do evento (...), isto é, até à consumação inicial da infração; a segunda fase é constituída por aquilo a que certos autores fazem corresponder uma omissão, que ininterruptamente se escoa no



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

tempo, de cumprir o dever, que o preceito impõe ao agente, de fazer cessar o estado antijurídico causado, donde resulta, ou que corresponde, o protrair-se da consumação do delito. Desta forma, no crime permanente haveria, pelo menos, uma ação e uma omissão, que o integrariam numa só figura criminosa.

Considerando estes parâmetros, a conclusão que se alcança é no sentido de que a infração em análise é uma infração permanente. Com efeito, no momento da celebração do contrato com a cláusula referida verifica-se a consumação inicial por via da produção do efeito antijurídico. Esse efeito antijurídico consiste especificamente no potencial de lesão do interesse protegido, que é a concorrência. Ora, esse efeito antijurídico permanece enquanto a cláusula se mantiver em vigor. Efetivamente, a manutenção da cláusula, tal como a celebração do contrato, é potencialmente lesiva para o referido interesse, impendendo sobre o agente o dever de fazer cessar o estado antijurídico causado e que apenas se mantém e protela no tempo por sua vontade.

A conclusão precedente, assente numa perspetiva conceptual, é ainda mais evidente se se adotar uma abordagem pragmática centrada nos efeitos do entendimento contrário que atribui à infração em análise uma natureza instantânea. Com efeito, admitir-se este entendimento equivaleria, na prática, a permitir-se, por via da impossibilidade de reação, a manutenção de contratos com a referida cláusula após o decurso do prazo de prescrição do procedimento contraordenacional a contar desde a celebração do contrato. Este efeito demonstra, de forma que se considera ser particularmente impressiva e quase intuitiva, que após o momento inicial da consumação da conduta através da celebração do contrato persiste um estado antijurídico, enquanto a cláusula se mantiver em vigor.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

³¹ Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 310.”

Na motivação do recurso e no tocante a esta questão, as visadas recorrentes voltam a utilizar os argumentos que já apresentaram em sede de recurso de impugnação. O essencial da respectiva argumentação reduz-se às considerações de que “*não tendo o Tribunal a quo atribuído aos acordos celebrados qualquer efeito restritivo na concorrência, não poderia concluir pela existência de uma infracção permanente, pelo que o procedimento contrordenacional se encontra prescrito pelo menos relativamente a 193 dos 211 contratos*” e “*um acordo restritivo da concorrência por objeto constitui uma infracção de mera atividade, cuja consumação é instantânea, ou seja que ocorre no momento em que se verifica o acordo de vontades, momento esse que regra geral (e salvo prova em contrário) coincidirá com a redução a escrito do contrato*”.

Em apoio da sua tese, trazem as visadas recorrentes à discussão alguns trechos do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa proferido em 25 de Novembro de 2008, denominado pelas Visadas Acórdão PTM e SIC, extraindo do mesmo que em todos os casos de infracção por objecto “*constitui uma infracção de mera atividade, a consumação é instantânea, isto é, ocorre no momento em que se verifica o acordo de vontades, momento esse que regra geral (e salvo prova em contrário) coincidirá com a redução a escrito do contrato*”

Com o devido respeito pelo entendimento das visadas, o acórdão chamado à liça em apoio da sua pretensão apresenta algumas dissemelhanças factuais com o caso de que nos ocupamos, sendo de pôr em destaque que naquele estava em causa, dentre outras questões, a prescrição de um acordo contendo duas cláusulas — cláusula de preferência e cláusula de exclusividade



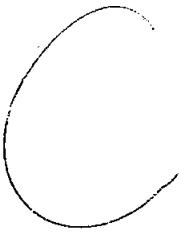
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

sendo que no caso da primeira delas “*a própria celebração do acordo se refere a negociações falhadas (...) não aceites*” e que “[...] *não se imputa, (...) quaisquer factos concretos, condutas que permitam concluir pela verificação das situações descritas, nem que a SIC tenha tomado conhecimento das propostas, que foram entretanto feitas. Nenhum facto é imputado, que permita concluir que a cláusula foi cumprida, sequer parcialmente. Na decisão faz-se referência às negociações falhadas, sem que seja imputado qualquer facto concreto, que permita relacionar essas negociações com a cláusula de preferência*”. Tal como se defende nos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa no Acórdão de 29 de Janeiro de 2014, proferido no processo n.º 18/12.0YUSTR.E1.L1, disponível em www.gde.mj.pt/jtrl., também aqui, «*A infração imputada consiste na violação do Direito da Concorrência em cláusulas de determinados contratos que, por si só, são restritivas da concorrência, independentemente da produção concreta de efeitos, os quais são à partida presumidos pelo legislador. Assim, o desvalor da infração permanecerá, em nosso entender, enquanto o contrato continuar em vigor. A infração deve qualificar-se, pois, de permanente e não de instantânea*» e, por consequência se adopta também a conclusão ali inserida de que «*A inserção em contratos de cláusulas consideradas anti-concorrenciais pode ser entendida como uma infracção permanente, relativamente à qual, nos termos do artigo 27.º do RGCO e do artigo 119.º do Código Penal, o prazo de prescrição conta-se a partir do momento em que cessar a consumação.*”

Esta solução merece ainda o apoio da doutrina - de que é exemplo Manuel Lopes Maia Gonçalves, Código Penal Português Anotado e Comentado, p. 453, 18.ª edição, 2007, Almedina, ao definir crimes permanentes como “*aqueles cuja execução se prolonga no tempo, como o sequestro, a deserção e a omissão do cumprimento do dever de alimentos (...)*”, mas esclarecendo que



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



“nos crimes permanentes a execução persiste no tempo, porque há uma voluntária manutenção da situação antijurídica, até que a execução cesse, ficando então o crime exaurido; e por isso o prazo de prescrição do procedimento criminal só se verifica quando cessa a execução, v.g. quando num crime de sequestro o sequestrado readquire o jus ambulandi.” e, sem preocupações de ser exaustivo, da jurisprudência, vertida nos acórdãos da Relação, do Porto, de 4.12.1996 e 16/10/2001, disponíveis em www.gde.mj.pt/jtrp, e, de Lisboa, de 3.12.2009, 11.12.2009 e, mais recente, de 28.03.2014, todos disponíveis em www.gde.mj.pt/jtrl, este último com o seguinte elucidativo sumário: *“I - Configura ilícito contra-ordenacional permanente a inserção em contratos de fornecimento de géneros alimentícios de cláusulas em infracção às Leis de concorrência. II - Nos ilícitos permanentes há a criação voluntária de um estado anti-jurídico, mantido e querido no tempo, pelo agente, até à cessação do facto censurável. III - Os ilícitos permanentes distinguem-se dos de efeitos duradouros ou permanentes. IV - Nos ilícitos de natureza instantânea ou de estado, que se contrapõem aos permanentes, há a criação de um estado anti-jurídico, todavia naqueles o agente desprende-se desse estado, sucedendo-se os efeitos à margem de qualquer resolução criminosa. V - O prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional, nos ilícitos permanentes, conta-se a partir da cessação de tais contratos, referidos em I, seja por revogação seja por resolução e desde que consentida.”*

Nesta perspectiva, nenhuma censura merece a decisão contida na sentença recorrida quanto à não prescrição do procedimento contra-ordenacional relativamente aos contratos celebrados entre 1966 e 31.6.2007.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Como **segunda questão**, suscitam as visadas recorrentes que o art.º 69º n.º 2 da Lei 19/2012 sofre de vício de inconstitucionalidade material por violação dos princípios da igualdade e da legalidade, previstos nos arts 13.º e 29.º, nrs. 1 e 4 da CRP, aplicáveis em sede de ilícitos contra-ordenacionais por via do art.º 32.º, n.º 10 da CRP.

Fundam tal juízo face ao entendimento tido na sentença (pág. 209) sobre a questão suscitada, mas considerando-a sob o ponto de vista da igualdade formal, limitou-se o Tribunal a quo a consignar que “*(...) ainda que 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.*”

Alegam que “*a norma constante da lei ora vigente condiciona a moldura abstrata da coima à morosidade da decisão que vier a ser proferida pela AdC, já que é o momento da prolação desta decisão que fixa o exercício (volume de negócios) relevante para a determinação do seu limite máximo. Este critério dissocia a penalidade cominada à infração do momento em que esta é praticada, relegando a determinação da moldura abstrata para um critério futuro e indeterminado. E potencia a ocorrência de situações em que agentes infratores colocados em condições essencialmente semelhantes possam estar sujeitos a variações da penalidade abstrata determinadas por razões de natureza meramente aleatória ou até discricionária, ditadas pelo momento do proferimento da decisão condenatória por parte da AdC. Ora, tal consequência, emergente da norma legal em causa, fere desde logo o princípio da igualdade, consagrado no art.º 13.º, n.º 1 da CRP, para além de que, ao fazer com que o quantum da medida da coima acabe por ficar dependente de*

Processo 102/15.9YUSTR

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

circunstâncias incertas e futuras, temporalmente desconexas do momento da prática dos factos, viola o princípio da legalidade, previsto no art.º 29.º, nrs. 1 e 3 da CRP, à luz do qual se estabelece que “ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da respetiva conduta” e que “em presença dos critérios legais de determinação da medida abstrata da coima vigentes, nenhuma pessoa coletiva poderá objetivamente formular qualquer previsão do quantum sancionatório em que poderá incorrer, uma vez que tal implicará uma prognose, virtualmente impossível, quanto à evolução futura do seu volume de negócios e quanto ao tempo de demora de uma eventual decisão condenatória da AdC.”

Adiantam ainda que “o critério previsto no art.º 69.º, n.º 2 da LdC, verifica-se que, em situações extremas, o mesmo é suscetível de conduzir a que a decisão condenatória não se encontre, na ausência de dados que permitam apurar o volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior, balizada por um limite máximo, podendo dessa forma a coima concretamente aplicável ser fixada num qualquer valor que a AdC entenda ajustado, o que redundaria num exercício de poderes discricionários, intoleráveis à luz da lei e da Constituição.”, e “Mas, mais grave do que isso, é a constatação de que, ao relegar para o exercício imediatamente anterior à decisão o surgimento do padrão pelo qual se há-de pautar a definição do limite máximo da coima aplicável, o critério legal supra exposto abre a porta a que a AdC possa, mais uma vez no uso de uma discricionariedade que a lei não autoriza, escolher o momento mais propício para a prolação de uma decisão condenatória, com o natural agravamento que daí decorre ao nível da coima concreta a aplicar.”

Concluem, pois que “uma de duas: (i) ou optam as Recorrentes por não oferecer qualquer defesa, para que, por essa via, lhes seja admitido que a data da prolação de uma decisão condenatória ocorra no futuro menos remoto

Processo 102/15.9YUSTR

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

possível, o que representa uma condicionante constitucionalmente intolerável ao exercício do direito de audição e defesa, ou; (ii) optam, legitimamente, por apresentar defesa, requerendo a realização de diligências complementares de prova que tenham por adequadas e convenientes, mas nesse caso sujeitando-se a um eventual agravamento da medida da coima, caso, dentro de uns anos, venham a lograr alcançar um volume negócios mais elevado do que o obtido ao tempo da prática dos factos.

Trata-se de um jogo de sorte e de azar que, permita-se observar, se afigura absolutamente inadmissível num processo sancionatório, que deve pautar-se por estritos limites, legal e constitucionalmente consagrados.”

O normativo posto em causa, relativo à determinação da medida da coima, dispõe que “*No caso das contra-ordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo anterior, a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 10 % 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*” manifestando as visadas recorrentes que tal solução legislativa veio a ser adoptada ao arrepio do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7251/2011 que, apreciando decisão tomada ao abrigo do art.º 43.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, anterior regime jurídico da concorrência, veio decidir «*não julgar inconstitucional a dimensão normativa, reportada aos artigos 43.º, n.º 1, alínea a) e 46.º, ambos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, no sentido de, para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstrata da coima, se dever*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

entender a referência feita a “volume de negócios do último ano” como significando aquele ano em que cessou a prática ilícita».

Esta concreta questão foi objecto de apreciação, no sentido de que nenhuma violação dos apontados princípios constitucionais se evidenciava, com a seguinte argumentação: “*Analizando a questão, importa esclarecer que não está em causa a apreciação, à luz da jurisprudência perfilhada ao abrigo da lei anterior, da bondade do critério utilizado pelo legislador no atual art. 69º/2, da LdC, como é evidente, mas aferir apenas e só da conformidade constitucional da norma com os citados princípios da igualdade e da legalidade.*

No que respeita ao princípio da igualdade e 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.

É certo que este critério irá ter expressão diversa consoante a decisão da AdC demore mais ou menos tempo a ser proferida. Contudo, isso também poderá suceder quando se aprecia o critério previsto no art. 69º/1, al g), da LdC, a conduta posterior aos factos a que alude o art. 71º/2, al e), do CP, ex vi art. 32º, do RGCO, ou o tempo decorrido desde a prática da infração, que nos termos do art. 72º/2, al d), do CP, ex vi art. 32º, do RGCO, é passível de conduzir à atenuação da sanção. Vemos, assim, que o ordenamento jurídico, no



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

que respeita à determinação da medida da sanção, tem várias normas jurídicas cuja expressão final e concreta pode variar em função do andamento dos autos. Contudo, isso não conduz à desconformidade das normas aplicáveis com o princípio da igualdade, porquanto, na sua formulação genérica e abstrata, preveem critérios iguais para todos os destinatários.

Do que se trata, na verdade, é da sua aplicação prática. Sucedeu que, quanto a esta, não se vislumbra nenhum indício, nem as recorrentes invocam qualquer fundamento para se concluir que a AdC, mercê de um tratamento diferenciado em relação a empresas nas mesmas circunstâncias, violou o princípio da igualdade.

No que concerne ao princípio da legalidade, o critério adotado pelo legislador no art. 69º/2, da CRP, não afeta este princípio, na vertente da determinabilidade, pois os visados, ainda que 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. O que se considera suficiente para determinar a sua conduta.

Acresce ainda que, caso o volume de negócios seja inexistente, os limites não serão fixados arbitrariamente pela AdC, mas resultam diretamente do art. 17º/1 e 2, do RGCO.

Por conseguinte, não se verifica a inconstitucionalidade invocada pelas recorrentes.”

Vejamos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O princípio da legalidade, com inscrição constitucional, consagrado no n.º 1 do artigo 29.º CRP, exige que uma infracção esteja claramente definida na lei, estando tal condição preenchida sempre que o interessado possa saber, a partir da disposição pertinente, quais os actos ou omissões que determinam responsabilidade penal e as respectivas consequências [*1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.*]

(...)

3. Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior.

4. Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido.

(...).]

Por relação à moldura da coima, os respectivos limites, mínimo e máximo, das molduras contra-ordenacionais abstractas em causa nos autos, resultam de uma opção proveniente dos órgãos constitucionalmente competentes para a feitura dos diplomas legais, relativamente aos quais os Tribunais devem obediência no cumprimento da sua função: administração da Justiça em nome do Povo.

A própria Lei é provida de mecanismos a que o intérprete/aplicador deve obediência e que permitem graduar correcta e justamente a medida da sanção.

Com efeito, para além da norma geral consignada no R.G.C.O. – art.º 18.º - atinente à determinação da medida da coima, e que contém os critérios que devem presidir à sua graduação, a Lei da Concorrência, no normativo contido



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

no seu artigo 69º, prevê, de uma forma inclusivamente mais completa/exhaustiva com a que está consignada no regime geral, quais os critérios que devem presidir à determinação da medida das sanções contra-ordenacionais (coimas e sanções acessórias).

São esses legais critérios que norteiam as entidades com competência sancionatória e que permitem encontrar a expressão numérica (no caso da aplicação de uma coima) que traduz a medida da culpa e demais circunstâncias legalmente atendíveis para a fixação de uma sanção.

Apesar da apreciação trazida ao recurso acerca da constitucionalidade do art.º 69, feita no acórdão de 11.03.2015 desta Relação, disponível em www.gde.mj.pt/jtrl, no referido preceito o legislador não se limitou a prever a moldura da sanção aplicável, tendo também ali estabelecido critérios concretos e precisos para determinação da medida da coima. Ora, a existência desses critérios ultrapassando em muito os indicados nos n.ºs 1 e 2 do artigo 18.º do RGIMOS e a indicada natureza do procedimento de determinação da sanção, reduzem em muito os poderes do aplicador e permitem o seu efectivo controle.

A fixação do limite máximo da moldura aplicável em “10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência” não deixa de, *per si*, representar um elemento objectivo e fidedigno revelador da situação económica da pessoa colectiva em causa e, por outra via, estabelecer uma sanção que se repercuta directamente no benefício em que também se terá reflectido o cometimento da infracção. De resto e ainda do ponto de vista dos princípios, o estabelecimento daquele critério possibilita uma melhor, justa e equitativa aplicação da respectiva sanção, com cabal respeito dos princípios constitucionais da proporcionalidade e adequação.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Quanto ao argumento da possibilidade de uso de uma discricionariedade que a lei não autoriza por parte da AdC decorrente de uma possível escolha do momento mais propício para a prolação de uma decisão condenatória, com o natural agravamento que daí decorre ao nível da coima concreta a aplicar, diremos que é um argumento reversível na medida em que também pode redundar na incidência daquela percentagem em volume de negócios que no exercício do ano anterior ao da decisão correu menos bem; essa imprevisibilidade que as recorrentes parecem fazer notar como correndo em seu prejuízo, também pode correr, afinal, em seu benefício.

Apesar de se pronunciar numa perspectiva da amplitude da moldura da coima, não deixamos de fazer apelo às considerações tecidas no acórdão do TC 41/2004, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/acordaos: "O problema que neste caso, como no dos arrestos citados, emerge é o de uma eventual violação do princípio da legalidade pela excessiva amplitude existente entre a medida mínima e a medida máxima da coima. A excessiva amplitude poderia transferir para a Administração que aplica a coima o poder de definir sanção sem se evidenciarem os critérios que impediriam o mero funcionamento da oportunidade ou outros interesses não controláveis, em termos de legalidade, pelos destinatários das normas. Em última análise, a excessiva amplitude tornaria imprevisível a sanção e transferiria incontrolavelmente para o aplicador do Direito a fixação da sanção que, em rigor, caberá ao legislador.

Com efeito, a norma que se analisa prevê coimas cujos valores são de uma ordem de grandeza profundamente diferente, correspondendo o limite máximo a uma multiplicação por mil do limite mínimo.

Há, assim, indiscutivelmente uma variação elevadíssima entre o mínimo e o máximo da coima que, em abstracto, traduziriam o efeito de transferência para



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

o aplicador do Direito o poder prático de criar a sanção. No entanto, se este argumento poderá ser em geral relevante para um juízo de inconstitucionalidade por violação do princípio da legalidade, sobretudo quando estejam em causa penas, há razões específicas relacionadas com este tipo de ilícitos explicativos desta variação de limites que têm de ser consideradas.

Trata-se, com efeito, de ilícitos especialmente graves relacionados com a actividade de instituições de crédito e actividade financeira em que apenas pode estar em causa o perigo para os bens jurídicos ou já danos especialmente graves para a actividade financeira e para pessoas singulares. O facto de o legislador ter fixado no Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (artigo 18º) critérios específicos de determinação da medida da coima, como o do impedimento de que a sanção seja compensada economicamente com os benefícios retirados da infracção bem como a dificuldade de determinar esse benefício, revelam que o problema da amplitude só é solucionável neste domínio de infracções pela elevação dos limites máximos. É exactamente essa a perspectiva que leva o legislador alemão a admitir que a medida da coima possa ser elevada até ao necessário para compensar o benefício económico resultante da infracção (cf., sobre tal posição do legislador alemão, FERNANDA PALMA e PAULO OTERO, Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XXXVII, 1996, p. 557 e ss.), caminho pelo qual não enveredou, totalmente, o legislador português, que previu um critério geral de determinação da medida da coima mais moderado, fixando-se um limite para a ultrapassagem do limite máximo da coima (artigo 18º, nº 2, do Regime Geral das Contra-Ordenações). Mas uma tal moderação não pode significar uma

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

renúncia a impedir qualquer compensação económica com a prática da infracção (artigo 19º, nº 2, do Regime Geral das Contra-Ordenações).

Os critérios de determinação da medida da coima exigem, por outro lado, uma fundamentação da coima aplicada pela Administração que não se compadece com meras razões de oportunidade, mas que tem de ponderar a dimensão da gravidade do facto, da culpa do agente e da sua situação económica.

Por outro lado, a elevação dos limites máximos das coimas é, nestes domínios de actividade económica, uma alternativa à legislação de sanções penais, justificada pelo princípio da necessidade da pena.

Assim, se várias e importantes razões justificam limites bastante elevados para as coimas nesta área, também não é menos verdade que uma certa natureza “técnica” das condutas infractoras pode levar a subsumir na previsão legal destas normas condutas cuja gravidade de culpa é bastante baixa. A distância elevada entre o limite mínimo e o máximo da coima é, deste modo, como foi referido no Acórdão nº 574/95, um tributo justificado do princípio da legalidade ao princípio da culpa. A sobreposição a todas estas considerações de uma afirmação formal da legalidade sem atribuição de qualquer relevância às especificidades da política legislativa neste sector de actividade, acabaria por impedir, em última análise, uma qualquer ideia de elevada atenuação da culpa em função de alguma dificuldade de certos agentes dispor de todo o conhecimento adequado para evitar estas infracções que não pressupõem intuições éticas imediatas, mas um certo saber técnico e uma lógica de competência e de responsabilidade profissional.”, para lermos, na eleição daquele critério como determinativo do limite máximo da coima, um meio de evitar que a sanção seja compensada economicamente com os benefícios retirados da infracção bem como a dificuldade de determinar esse benefício.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Diremos ainda que, na sua essência, o conhecimento por parte das visadas das balizas sancionatórias estabelecidas em lei se mostra existente já à data da notificação para a defesa na fase administrativa do processo, ou seja, já sabe da previsível incidência na sua actividade económica, ficando apenas a respectiva liquidação dependente da prolação e do momento da decisão condenatória; mas isso é o que sucede com todas as condenações com expressão pecuniária, mesmo no âmbito penal, em que apenas na sentença se mostra fixada a pena concreta – dias de multa – e a taxa diária respectiva também aferida, no momento da condenação, em função da condição económica do condenado.

Face ao que mencionamos nenhuma violação do princípio da legalidade se prefigura no art.º 69º n.º 2 da Lei 19/2012.

A terceira das questões diz respeito a nulidade da sentença por omissão de pronúncia sobre factos que não poderiam deixar de ser conhecidos a que se refere o art.º 379º n.º 1 al. c) CPP, consubstanciando-se essa nulidade em não constar na referida Decisão “*qualquer tipo de distinção entre o volume de negócios total alcançado pelas Recorrentes, e o volume de negócios relacionado com a infração, que será o mais relevante*” e a sentença recorrida não extraiu consequências quando reconhece que “*... foi pela AdC violado o disposto no art.º 58.º, n.º 1, al. c) do RGCO, uma vez que “da leitura da decisão não se comprehende se a AdC tomou em consideração o referido volume de negócios para os efeitos indicados nas aludidas Linhas de Orientação ou para outro tipo de ponderação.”*”, considerando tal nulidade como “sanada” por as Recorrentes se terem pronunciado no recurso de impugnação judicial sobre esse elemento concreto.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Na sua argumentação, chamam as visadas o teor do acórdão do STJ de 21.12.2006 e do Tribunal da Relação de 19.02.2013, para afirmar que cabe à autoridade administrativa suprir o vício, pelo que a sentença recorrida deveria anular a decisão e determinar a baixa do processo.

Recordemos o que se mostra mencionado na sentença quanto a este aspecto: *”Os requisitos da decisão administrativa estão definidos no art. 58º, do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), considerando-se, a propósito e tal como sustentam Figueiredo Dias e Nuno Brandão no parecer junto aos autos, que o “preceito procede a uma enunciação esgotante dos aspetos essenciais de uma decisão de caráter condenatório próprio de um ordenamento sancionatório público”.*

Relativamente ao grau de exigência no cumprimento, em geral, deste preceito, considera-se que a fundamentação não pode deixar de tornar patente para o arguido as razões de facto e de direito que conduziram à sua condenação. Por conseguinte, o critério operativo de determinação do grau de fundamentação da decisão administrativa condenatória deve ser o direito de defesa do arguido, podendo-se, assim, concluir que a fundamentação da decisão será suficiente se possibilitar ao arguido “um juízo de oportunidade sobre a conveniência da impugnação judicial”. Acrescenta-se ainda que a fundamentação da decisão administrativa também deve, em sede de impugnação judicial, “permitir ao tribunal conhecer o processo lógico de formação da decisão administrativa”.

A lei é omissa quanto ao regime aplicável no caso de omissão dos elementos exigidos pelo art. 58º/1, do RGCO. No essencial e de forma mais preponderante, têm sido dois os regimes propostos, designadamente o recurso ao regime geral das irregularidades, por aplicação subsidiária dos arts. 118º/1



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

e 123º, ambos do CPP, ou o recurso ao regime especial da sentença penal condenatória, previsto no art. 379º, do CPP, ex vi art. 41º/1, do RGCO.

Entende-se que é de aplicar a segunda hipótese enunciada, uma vez que 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 sacionamento”.

Isto significa que a omissão dos requisitos previstos no art. 58º/1, do RGCO, conduz a uma nulidade sanável, que se considera suprida caso o arguido tenha incluído, na sua defesa, os elementos omitidos ou insuficientemente concretizados (cfr. art. 121º/1, al c), do CPP, ex vi art. 41º/1, do RGCO). A possibilidade de se tratar de uma nulidade insanável é uma hipótese que, sem prejuízo de melhor entendimento, se considera que não tem suporte legal, face ao regime geral consagrado nos arts. 119º, a contrario, e 120º, ambos do CPP. São estes os parâmetros gerais a considerar na decisão das concretas questões suscitadas pelo recorrente.

Assim, em concreto, no que respeita à atendibilidade pela AdC dos “volumes de negócios diretamente relacionados com a infração ao longo da respetiva duração” considera-se que assiste razão às recorrentes. Com efeito, a mera enunciação desse elemento como um dos fatores a considerar na determinação da medida da coima poderia não ser problemática, para efeitos de compreensão da decisão, não fosse o caso da AdC ter publicado as “Linhas de Orientação sobre a Metodologia a Aplicar na Determinação de Coimas”. Aí esclarece que o primeiro passo metodológico consiste na determinação de um montante base, que considera o volume de negócios realizado pelo visado pelo processo quanto aos bens ou serviços direta ou indiretamente relacionados



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

com a infração. Ora, da leitura da decisão não se comprehende se a AdC tomou em consideração o referido volume de negócios para os efeitos indicados nas aludidas Linhas de Orientação ou para outro tipo de ponderação. Considerase, por isso, que AdC violou o disposto no art. 58º/1, al c), do RGCO.

Sucede que as recorrentes pronunciaram-se no recurso de impugnação sobre esse elemento concreto (cfr. ponto 640 e ss), explicitando a sua concreta importância na determinação da medida da coima. É, por isso, evidente que exerceram cabalmente o seu direito de defesa, prevalecendo-se, por isso, da faculdade que lhes foi negada por via da aludida insuficiência. Consequentemente, considera-se que a referida nulidade se mostra sanada.”

O argumento invocado pelo tribunal para considerar sanada a nulidade que havia constatado na decisão administrativa, mostra-se alinhado com o teor do Assento 1/2003,in DR 21, SÉRIE I-A, de 2003-01-25, que fixou a seguinte jurisprudência: “*Quando, em cumprimento do disposto no artigo 50.º do regime geral das contra-ordenações, o órgão instrutor optar, no termo da instrução contra-ordenacional, pela audiência escrita do arguido, mas, na correspondente notificação, não lhe fornecer todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o processo ficará doravante afectado de nulidade, dependente de arguição, pelo interessado/notificado, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria administração, ou, judicialmente, no acto de impugnação da subsequente decisão/acusação administrativa.”*

Mas se o texto citado da jurisprudência fixada deixava alguma abertura, em virtude da referência ao acto de impugnação judicial como um dos momentos processuais de arguição da nulidade, na fundamentação do mesmo



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

aresto encontramos a pedra de toque para a sustentação da decisão ora em apreciação quando se indica nas conclusões II e III antecedentes àquela decisão “II — *A notificação fornecerá os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito (artigo 101.º, n.º 2) e, na resposta, o interessado pode pronunciar-se sobre as questões que constituem objecto do procedimento, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos (artigo 101.º, n.º 3)(51).* III — *A omissão dessa notificação incutirá à decisão administrativa condenatória, se judicialmente impugnada e assim volvida «acusação», o vício formal de nulidade (sanável), arguível, pelo «acusado», no acto da impugnação [artigos 120.º, n.ºs 1, 2, alínea d), e 3, alínea c), e 41.º , n.º 1, do regime geral das contra-ordenações] (52).* Se a impugnação se limitar a arguir a invalidade, o tribunal invalidará a instrução, a partir da notificação omissa, e também, por dela depender e a afectar, a subsequente decisão administrativa [artigos 121.º, n.ºs 2, alínea d), e 3, alínea c), e 122.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º , n.º 1, do regime geral das contra-ordenações]. Mas, se a impugnação se prevalecer do direito preterido (pronunciando-se sobre as questões objecto do procedimento e, sendo caso disso, requerendo diligências complementares e juntando documentos), a nulidade considerar-se-á sanada [artigos 121.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal e 41.º , n.º 1, do regime geral das contra-ordenações]. IV (a) — *Se a notificação, tendo lugar, não fornecer (todos) os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o vício será o da nulidade sanável (artigos 283.º, n.º 3, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), arguível, pelo interessado/notificado (artigos 120.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º , n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), no prazo de 10 dias após a notificação (artigos 105.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º , n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), perante a própria administração ou, judicialmente, no acto da impugnação [artigos 121.º, n.º 3, alínea c), e 41.º , n.º 1, do regime geral das contra-ordenações](53).* Se a impugnação

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

se limitar a arguir a nulidade, o tribunal invalidará a instrução administrativa, a partir da notificação incompleta, e também, por dela depender e a afectar, a subsequente decisão administrativa [artigos 121.º, n.ºs 2, alínea d), e 3, alínea c), e 122.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações]. Todavia, se o impugnante se prevalecer na impugnação judicial do direito preterido (abarcando, na sua defesa, os aspectos de facto ou de direito omissos na notificação mas presentes na decisão/acusação), a nulidade considerar-se-á sanada [artigos 121.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações]."

Traduzindo-se o vício invocado como de omissão de pronúncia, o mesmo só ocorre quando o Tribunal não conhece da questão que lhe é colocada, mesmo que não aprecie todos os argumentos invocados pela parte em apoio da sua pretensão, sendo questões apenas os problemas concretos a decidir e não os simples argumentos, opiniões ou doutrinas expendidos pelas partes na defesa das teses em presença. Ora essa questão mostra-se apreciada em concreto na sentença recorrida.

A alegação das visadas fundamenta a invocação de nulidade da decisão administrativa na falta de menção ao volume de negócios directamente relacionado com a infracção e falta de explicitação dos termos em que o mesmo foi levado em consideração na concreta medida da coima, alegação que não pode ser atendida na medida em que o art.º 69º da Lei 19/2012 não impõe esse critério como obrigatório, como se depreende do corpo do preceito quando refere "*Na determinação da medida da coima a que se refere o artigo anterior, a Autoridade da Concorrência pode considerar, nomeadamente, os seguintes critérios ...*" (destaque nosso), apenas estando obrigada a enunciar os critérios efectivamente aplicados e a sua respectiva ponderação face à prova produzida e de mais elementos constantes do processo, sendo apenas estabelecido como



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ponto inultrapassável a observância do limite máximo estabelecido no n.º 2 do mesmo normativo.

Como **quarta questão**, invocam as recorrentes a nulidade da sentença, com violação do disposto no art.º 58º do RGCO, falta de fundamentação e de omissão de pronúncia nos termos do art.º 379º n.º 1 al. c) CPP, por falta de indicação das pessoas singulares que legitimam a imputação de responsabilidades às visadas, argumentando que em parte alguma da mesma sentença se vislumbra referência a algum facto que especificasse um qualquer acto de natureza anticoncorrencial, praticado por uma pessoa física ligada às pessoas colectivas visadas, e que, nesse sentido e em estrita obediência aos critérios legais estatuídos no art.º 73.º, n.º 2 da LdC, admitisse a imputação de responsabilidade pelo ilícito às ora Recorrentes. Mais consideram as recorrentes que na decisão, ora sob recurso, o tribunal vem: (i) reconhecer que só mediante a verificação dos factores de conexão previstos no art.º 73.º, n.º 2 da LdC existe fundamento para imputação de responsabilidade às Recorrentes e; (ii) entender que se mostra admissível concluir pelo preenchimento desses factores de conexão, sem que dos factos provados conste menção quanto aos respectivos pressupostos de facto, em particular no que tange a qualquer referência, por mínima que seja, às pessoas físicas cuja acção ou omissão esteve em causa.

Chamam ainda em abono da sua tese o teor de parecer que fizeram juntar aos autos em fase de recurso de impugnação judicial da decisão administrativa no sentido de ser exigido que na decisão conste a identificação de quem foi individualmente responsável pela acção ou omissão em causa, entendimento que se mostra vertido em decisões jurisprudenciais da Relação de Lisboa de 26.10.2010 e de Coimbra de 18.03.2015.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Relembrando o que se mencionou na sentença recorrida acerca desta questão, o tribunal *a quo* entendeu ser de dispensar essa menção “*No que respeita à não concretização, em termos factuais, dos critérios de conexão previstos no art. 73º/2, da LdC, aceita-se, como não poderia deixar de ser, que a imputação dos factos às recorrentes, enquanto pessoas coletivas, pressupõe a verificação de um dos fatores de conexão estipulados no citado preceito. Contudo, isso não significa necessariamente que, o substrato de facto imputado, tenha de identificar as pessoas singulares respetivas. Com efeito, o que se considera ser essencial, sem prejuízo de melhor entendimento, é que não haja dúvidas quanto à verificação de um dos fatores de conexão. E isso, no plano da imputação factual, pode ser extraído da própria configuração da infração ou do seu contexto.*

O caso presente é paradigmático nesse sentido, pois a prática restritiva da concorrência que é imputada às recorrentes traduz-se em cláusulas inseridas em contratos, contratos estes que as próprias recorrentes juntaram aos autos. Ora, isso significa que as recorrentes aceitam a sua participação enquanto sujeito negocial, o que pressupõe um vínculo que apenas podia ser assumido e mantido pelos seus administradores ou por pessoas cuja atividade, neste plano específico, estava necessariamente compreendida na esfera de vigilância e controlo daqueles (cfr. art. 409º, do Código das Sociedades Comerciais – CSC). É também a configuração da infração que torna indubitável uma atuação em nome e no interesse das visadas. Com efeito, as cláusulas sancionadas estavam inseridas em contratos celebrados em seu nome ou das suas antecessoras e que as recorrentes assumiram e que regulavam as suas relações com os distribuidores, pelo que necessariamente conectadas com a organização, funcionamento e realização dos fins das visadas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Consequentemente, quando no plano dos factos se imputam os mesmos às recorrentes, tendo por referência cláusulas contratuais, é com incontornável clareza que se percebe que subjacente a essa imputação está a assunção de que os factos, quer por via da assinatura dos contratos (celebrados após 2000), quer por via da sua manutenção (quanto aos contratos anteriores), foram praticados, em última instância, pelos seus administradores (diretamente ou por pessoas cuja atividade estava compreendida na sua esfera de vigilância e controlo).

Por conseguinte, pese embora o muito respeito que nos merecem o Professor Figueiredo Dias e o Professor Nuno Brandão e se concorde com uma parte significativa das asserções gerais que tecem no parecer junto aos autos, não se partilha a sua conclusão final no sentido de que “ao não especificar nos factos provados qualquer concreta conduta de alguma pessoa física integrada na organização das sociedades visadas e, do mesmo passo, abstendo-se de precisar o estatuto funcional de quem terá atuado por sua conta, a decisão condenatória omitiu uma matéria de facto essencial à realização do ilícito-típico”.

Nos termos do art.º 73º da Lei da Concorrência, na parte relevante para a questão posta:

“1 - Pela prática das contraordenações previstas na presente lei podem ser responsabilizadas pessoas singulares, pessoas coletivas, independentemente da regularidade da sua constituição, sociedades e associações sem personalidade jurídica.

2 - As pessoas coletivas e as entidades equiparadas referidas no número anterior respondem pelas contraordenações previstas na presente lei, quando cometidas:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

a) Em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou

b) Por quem atue sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

3 - Entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade.

...”.

Como bem refere a resposta da Autoridade da Concorrência, estão em causa nos autos cláusulas inseridas em contratos escritos, fornecidos pela própria visada Galp, como estando em vigor, sendo que a manifestação de vontade das Recorrentes se encontra expressa pela assinatura dos seus legais representantes (ou por quem os represente) nos contratos celebrados com os distribuidores. Tais contratos mostram-se assim assumidos pelas visadas e foi com base nos mesmos que manteve o relacionamento comercial com os distribuidores, assumindo as obrigações que para si decorriam dos mesmos, ou seja, assumindo-os como sendo da sua autoria.

Não tendo sido postos em causa, pelas visadas, a veracidade e autenticidade dos documentos ou das assinaturas nos mesmos apostas e, na medida em que foi a Galp Energia quem voluntariamente forneceu cópia dos contratos em questão à AdC como sendo os contratos que se encontravam em vigor no âmbito da rede de distribuição de GPL da Galp, inexiste a necessidade de fazer intervir qualquer outro factor de conexão na medida em que os mesmos foram celebrados em seu (da visada) nome e no seu interesse. De resto, em



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

momento algum dos autos e do processado as visadas põem em causa a qualidade e poderes de intervenção das pessoas singulares que subscreveram em seu nome tais contratos.

Diremos mesmo mais: a exigência que as visadas fazem notar da indicação da qualidade/estatuto funcional dos intervenientes na elaboração dos contratos não se mostra correspondentemente exigida para a validade dos contratos perante a outra parte contraente na medida em que não se mostra indicada essa qualidade junto das assinaturas respectivas.

Por outra via, a invocação da jurisprudência das Relações trazida na motivação de recurso não consegue abalar o que acima vimos mencionando na medida em que, em ambos os casos tratados, em tais decisões era posta em causa a concreta competência funcional da pessoa singular em questão para intervir como representante da pessoa colectiva, o que manifestamente não sucede no caso de que nos ocupamos.

Inexiste, pois, qualquer nulidade da sentença recorrida seja por falta de fundamentação seja por omissão de pronúncia.

Desta problemática retiram ainda as recorrentes visadas que a interpretação feita do art.º 58º RGCO “*no sentido de que poderá ser aplicada uma coima a pessoas coletivas sem que na decisão proferida pela autoridade administrativa se explice e concretize a identificação das concretas pessoas singulares cuja atuação e poderes lhes torna imputáveis os factos, à revelia do art.º 73.º, n.º 2 da LdC, é materialmente inconstitucional, por violar o princípio da legalidade previsto no art.º 29.º, n.º 1 da CRP, para além do disposto nos arts. 18.º, n.º 1 e 32.º, n.º 10 da CRP*”.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Tal como já anteriormente mencionámos, o princípio da legalidade, com inscrição constitucional, consagrado no n.º 1 do artigo 29.º CRP, exige que uma infracção esteja claramente definida na lei, estando tal condição preenchida sempre que o interessado possa saber, a partir da disposição pertinente, quais os actos ou omissões que determinam responsabilidade penal e as respectivas consequências [1. *Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.*

(...)

3. *Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior.*

4. *Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido.*

(...).]

O princípio da legalidade, tal como defendem Gomes Canotilho e Vital Moreira, in Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. 1, pág. 494, nota IV. IV., “... analisa-se nos seguintes aspectos específicos: (a) reserva de lei da AR em matéria de crimes, penas, medidas de segurança e seus pressupostos, só podendo o Governo legislar sobre essas matérias mediante autorização daquela (art. 165º-1 /c); (b) proibição de intervenção normativa de regulamentos, não podendo a lei cometer-lhes tal competência (proibição de regulamentos penais delegados); (c) exclusão do direito consuetudinário como fonte de definição de crimes ou de punição penal (cfr. nº 3). É questionável se o



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

princípio da legalidade (e também da tipicidade) se aplica às normas criadas por integração de lacunas (cfr. AcTC nº 331/03). Em princípio, só quando a integração de lacuna se traduza numa «criação normativa» com a natureza de legislatio (do tipo dos antigos assentos) se poderá considerar existir uma norma (e não interpretação jurisdicional) para efeitos de controlo da constitucionalidade.

Além da lei interna, podem ser fonte de legalidade penal o direito internacional (costume internacional e convenções internacionais) e o direito comunitário europeu, na medida em que a UE tenha poderes penais, no âmbito do «espaço europeu de justiça». De resto, nos termos do art. 8º, as normas penais, internacionais e europeias prevalecem sobre o direito interno, mas deve ter-se em consideração que a reserva de constituição dos princípios do Estudo de direito democrático (art. 8º-4) exige reserva de lei (ou acto equivalente) quanto à definição e tipificação das condutas criminais.”

Da definição do princípio da legalidade extraível para os ilícitos de mera ordenação social resulta claramente que a condenação do recorrente assentou em lei punitiva do ilícito contra-ordenacional antecedente ao respectivo cometimento, como, de resto, impõe o art.º 2º do RGCO.

Por seu lado, o princípio da tipicidade, segundo os mesmos autores e obra citada, a pág. 495 “...abrange os seguintes requisitos: (a) suficiente especificação do tipo de crime (ou dos pressupostos das medidas de segurança), tornando ilegítimas as definições vagas, incertas, insusceptíveis de delimitação; (b) proibição da analogia na definição de crimes (ou de pressupostos de medidas de segurança); (c) exigência de determinação de qual o tipo de pena que cabe a cada crime, sendo necessário que essa conexão decorra directamente da lei. O princípio da tipicidade exclui tanto as fórmulas

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

vagas na descrição dos tipos legais de crime, como as penas indefinidas ou de moldura tão ampla que em tal redunde. Neste sentido, o princípio da legalidade, na qualidade de parâmetro constitucional, impõe a formulação da norma penal com um conteúdo autónomo e suficiente, possibilitando um controlo objectivo na sua aplicação individualizada e concreta (cfr. AcTC nº 93/01)."

Ora, a perspectiva atrás enunciada acerca do estabelecimento do factor de conexão para afirmar da responsabilização da pessoa colectiva e para fundamentar a condenação das visadas recorrentes obedecem a todos os apontados requisitos, como impõe o art.º 1º n.º 1 do RGCO, com as adaptações necessárias da realidade do ilícito criminal para a realidade jurídica contra-ordenacional, nenhuma violação do invocado princípio da legalidade se mostra evidenciada.

A **quinta das questões** suscitadas no recurso interposto pelas visadas refere-se a contradição insanável do art.º 410º n.º 2 al. b) CPP, assente nos factos provados 167 [Desde antes do ano 2000 o sentido normal da mesma cláusula, percebido pelas visadas e por alguns distribuidores, é o do que é proibido apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela [vendas ativas] nos territórios atribuídos a outros distribuidores] e 188 [Para além dos factos descritos no parágrafo precedente, as visadas não levaram a cabo qualquer outra iniciativa, desde 01 de janeiro de 2000, no sentido de esclarecer todos os distribuidores, cujos contratos não referiam apenas vendas ativas, de que o seu entendimento é o de que era proibido apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores.], pretendendo que o último deles seja relegado para os não provados.

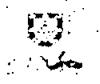
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Sustentam essa contradição e pretensão na alegação de que “o que verdadeiramente entra em contradição com a decisão que é tomada a final é a circunstância de que, na pág. 124 da sentença, acaba o Tribunal a quo por reconhecer que não resultou da prova produzida nenhum elemento minimamente consistente suscetível de infirmar ou abalar os argumentos apresentados pelas Recorrente no sentido de «(...) não ser crível que a Galp Energia contenha regras distintas relativas à liberdade de atuação territorial aplicáveis aos seus distribuidores de primeira linha, pois tal cenário daria origem a sobrecustos relacionados com a gestão dos contratos como um todo, na medida em que existiriam regras diferentes consoante o distribuidor e tal situação provocaria um profundo desequilíbrio do sistema de distribuição do GPL em garrafa como um todo, introduzindo concorrência intramarca por via das vendas passivas apenas em alguns territórios, sem que seja possível identificar uma qualquer razão de negócio válida e objetiva para que a empresa tivesse tomado tal opção» (sublinhado das mesmas).

Mais concluem as visadas “que considerou o Tribunal recorrido demonstrado em julgamento que: (i) o sentido normal da cláusula inserida nos contratos era o de que proibia apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores; (ii) esse sentido normal da cláusula era o percebido pelas Recorrentes e por parte dos distribuidores; (iii) no entanto, porque alguns distribuidores estariam supostamente em erro quanto ao sentido normal da cláusula, deveriam as Recorrentes tê-los esclarecido.”, pelo que perguntam: “se o sentido normal era o de que a cláusula não proibia as vendas passivas, e se esse sentido normal era percebido pelas Recorrentes e pela quase totalidade dos distribuidores da rede, por que razão então se entende que havia um acordo restritivo da concorrência motivado apenas por uma errada interpretação da cláusula por parte de uma inexpressiva minoria?”.

Com o devido respeito pela leitura que as visadas fazem da sentença recorrida, o tribunal a quo não concluiu que “o sentido normal da cláusula inserida nos contratos era o de que proibia apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores.”

O que na realidade se afirma no facto provado 167 é “*o sentido normal da mesma cláusula, percebido pelas visadas e por alguns distribuidores, é o do que é proibido apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

clientela [vendas ativas]” (destaque nosso), o que é bem diferente de que o sentido **objectivo, abstracto e normal** da cláusula em questão seja o de que proibia apenas as vendas activas fora do território.

Esta é a leitura que podemos fazer do texto da sentença como se depreende da afirmação, porque conclusão diametralmente oposta, contida pág. 163 da mesma “*Considera-se, assim, não existir qualquer dúvida no sentido de que as cláusulas em análise continham declarações de vontade expressas e explícitas, quer das visadas, quer dos seus distribuidores, que proibiam vendas passivas fora da área atribuída, com deslocação do distribuidor para fora do seu território.*”

Esta conclusão relativa ao modo como as visadas implementaram tal cláusula a partir do ano de 2000 é questão distinta do sentido e conteúdo objectivo que decorre das concretas declarações de vontade expressas e explícitas contidas em tal cláusula.

E por relação à eventual contradição, agora por confronto com a fundamentação de direito levada à sentença recorrida, o preenchimento do tipo objectivo em causa é independente da implementação ou não por parte das visadas do acordo em causa, não sendo determinante, para efeitos do preenchimento do tipo previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência e no artigo 101.º do TFUE, a dimensão maior ou menor do impacto (implementação) da restrição de vendas passivas, existindo e perdurando a infracção enquanto a cláusula que proíbe as vendas passivas vigorar entre as partes e não for revogada.

Tal é o entendimento seguido na sentença de 24 de Maio de 2013 proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão “*A simples vigência do contrato implica riscos de lesão do valor da livre concorrência, pois que qualquer distribuidor zeloso e cumpridor da legalidade pode ser*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

compelido a dar cumprimento ao contratado, em obediência ao princípio ‘pacta sunt servanda’ [...] para evitar litígios.’ [estava em discussão cláusulas proibidas de fixação de preços acordadas entre um fornecedor e um distribuidor e que teriam deixado de ser implementadas a partir de determinada altura], confirmada pelo Tribunal da Relação de Lisboa em decisão de 29.01.2014, no âmbito do processo n.º 18/12.0YUSTR (processo Lactogal), disponível em www.gde.mj.pt/jtrl: “*O facto ilícito consiste na inclusão nos contratos das cláusulas referenciadas e de mais nada*”. (...) (realce da responsabilidade da AdC)

Ainda neste enfoque do confronto com a fundamentação de direito na sentença, vejam-se os factos provados 106 [“*em 199 dos 240 contratos em vigor (que correspondem a 83,8% dos contratos) existe uma cláusula que proíbe o distribuidor de primeira linha de vender GPL em garrafa fora da área identificada no mesmo.*”], 127) [“*todos os contratos escritos incluem uma cláusula que define a área geográfica em que o distribuidor de primeira linha está autorizado a vender o GPL fornecido pela Galp Açores, não podendo o mesmo vender o GPL como revendedor de primeira linha da Galp Açores fora da mesma, salvo prévia autorização da Galp Açores.*”] e 138 [“*todos os contratos incluem uma cláusula que estabelece a área geográfica em que o distribuidor está autorizado a vender o GPL fornecido pela Galp Madeira, não podendo o mesmo vender o GPL como revendedor de primeira linha da Galp Madeira fora da mesma, salvo autorização escrita da Galp Madeira.*”] que permitem concluir pela existência e manutenção de cláusulas contratuais susceptíveis de preencher o tipo objectivo da infracção em causa.

Conforme se mostra estabelecido no facto provado 195 “*Em setembro/outubro de 2015, no âmbito de um processo de atualização da rede, as visadas iniciaram um processo de revisão de todos os contratos, fazendo Processo 102/15.9YUSTR*

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

referência apenas às vendas ativas na cláusula que proíbe as vendas fora da área atribuída.”, sendo que a manutenção dessa cláusula foi sinalizada como tendo consequências pelo tribunal recorrido “[...] estando em causa cláusulas contratuais escritas, considera-se que as mesmas são suscetíveis de influenciar o comportamento dos distribuidores enquanto a sua letra se mantiver inalterada. Com efeito, enquanto isto se verificar, poderão existir distribuidores que continuarão a pautar a sua conduta de acordo com o que resulta do contrato, por entenderem que, sem a sua alteração, o mesmo continua a reger a relação negocial. Neste contexto específico, entende-se que uma revogação ou cessação do acordo, traduzida numa vontade clara e levada ao conhecimento das outras empresas participantes de se subtrair ao acordo, exige a alteração ou eliminação da própria letra da cláusula, por via de novos contratos ou adendas contratuais.

Ora, no caso concreto, esta possibilidade apenas se começou a tornar uma realidade, conforme ficou demonstrado, em setembro de 2015.

Por conseguinte, conclui-se, em primeiro lugar, pela existência de um acordo e, em segundo lugar, que a conduta se manteve, pelo menos, até setembro de 2015.”

O segmento acabado de citar conduz-nos à conclusão de que a infracção existe em função da cláusula, contida nos contratos, que proíbe a realização de vendas passivas fora do território atribuído pelas visadas aos distribuidores. Para este efeito mostra-se irrelevante a implementação, ou não, dos contratos em conformidade com a restrição contratual existente, ou de as visadas terem assumido determinada interpretação a partir de determinado momento.

Acresce que apesar do tribunal *a quo* ter considerado provado (facto 167) que na interpretação que as Visadas faziam de tal cláusula, bem como na sua



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

actuação, as mesmas não proibiam a realização de vendas passivas, a verdade é que um número significativo de distribuidores [*por alguns distribuidores*] interpretava tal cláusula como não permitindo a realização de vendas passivas, o que se mostra melhor esclarecido no facto provado 147 [“*Dos 95 distribuidores cujos contratos proíbem quaisquer vendas fora da área atribuída e que não as realizaram, pelo menos 38 não efetuaram quaisquer vendas fora do território (com deslocação do distribuidor para fora do território por razões contratuais.*”].

Malgrado a conduta provada das visadas [facto provado 167] não implementarem, desde pelo menos 2000, a cláusula que limitava as vendas passivas, certo é que a cláusula em questão inserida nos contratos nunca foi objecto de esclarecimento aos distribuidores [facto provado 188], de alteração ou eliminação, continuando a vigorar entre as partes.

Conforme os Ac.s do STJ de 6/10/1999 e 13/10/1999, o vício da "contradição insanável" só existe "quando, de acordo com um raciocínio lógico na base do texto da decisão, por si só ou conjugado com regras da experiência comum, seja de concluir que a fundamentação justifica decisão oposta, ou não justifica a decisão, ou torna-a fundamentalmente insuficiente, por contradição insanável entre factos provados, entre factos provados e não provados, entre uns e outros e a indicação e a análise dos meios de prova fundamentos da convicção do tribunal", ou, ainda segundo acórdão do mesmo STJ, de 2/12/1999, Proc. n.º 1046/99, 5.ª Secção, "quando se dá como provado e como não provado o mesmo facto, quando se afirma e se nega a mesma coisa, ao mesmo tempo, ou quando, simultaneamente, se dão como provados factos contraditórios ou quando a contradição se estabelece entre a fundamentação probatória da matéria de facto, sendo ainda de considerar a existência de contradição entre a fundamentação e a decisão, tendo este vício de resultar do Processo 102/15.9YUSTR

próprio texto da decisão recorrida, por si ou conjugada com as regras da experiência comum".

Ora, na leitura que acima afirmamos fazer da sentença e dos segmentos trazidos à evidência pelas visadas como contraditórios, nenhuma contradição existe nos moldes enunciados e muito menos se revela a mesma como insanável.

Entrando agora no capítulo das **questões que as visadas apelidaram de erros de direito**, o primeiro dos aspectos em que, na sua perspectiva, incide tal erro diz respeito à natureza atribuída ao contrato de compra e venda porquanto, alegam, “não fica prejudicada a natureza meramente consensual do contrato nem a circunstância de as obrigações de pagamento do preço e de entrega da coisa se situarem no âmbito da execução do contrato (cfr. artigo 408.º, nº 2 Código Civil).

Não obstante, o Tribunal a quo considerou que tal entendimento não é aceitável dado que “*no agir diário e comum, a venda não é associada às declarações de vontade, mas à sua consumação com a entrega do produto*”. E que só o conhecimento técnico-jurídico avançado próprio de um jurista atribuiria à cláusula tal sentido, sendo mesmo nestes casos necessário que se fizesse uma leitura da realidade sempre mediada por conceitos jurídicos, o que não seria, para o Tribunal a quo, minimamente razoável (cfr. pág. 113 da Sentença).

Mais considerou o Tribunal recorrido que a proibição das vendas passivas “*corresponde ao sentido literal, comum e, por isso, imediato e linear de cláusulas que, ao não fazerem qualquer distinção quanto ao tipo de vendas, incluem necessariamente todas*” (cfr. pág 162 da Sentença).“

Mais acrescentam as visadas na sua motivação que “... se a cláusula proíbe “vendas fora do território”, sem especificações adicionais, e se o Tribunal recorrido considera que “venda”, para os distribuidores que são parte no contrato



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

que utiliza o dito conceito, é entendida como consumando-se com a entrega, não poderia deixar de concluir-se que a cláusula abrange igualmente as vendas passivas com deslocação fora do território para entrega do GPL em garrafa.

Terminam pela conclusão de que “*decorre do texto da decisão uma contradição insanável entre os pontos 145 a 147 e 167 dos factos provados, e que impõe a conclusão de que a cláusula em crise nos autos não tem o sentido que lhe é atribuído na sentença recorrida, pelo que devem as Recorrentes ser absolvidas*

Sucede que não é essa a conclusão do Tribunal *a quo*, que considera como factos provados que “*desde, antes do ano 2000, (...) o sentido normal da mesma cláusula, percebido pelas visadas e por alguns distribuidores, é o de que é proibido apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores*” (ponto 167 dos factos provados).

...

É igualmente inconciliável com a matéria de facto dada como provada no referido ponto 167 a circunstância de o Tribunal a quo entender que a proibição das vendas passivas “*corresponde ao sentido literal, comum e, por isso, imediato e linear de cláusulas que, ao não fazerem qualquer distinção quanto ao tipo de vendas, incluem necessariamente todas*” (cfr. pág 162 da Sentença.”)

Como já tivemos oportunidade de mencionar, existe uma distinção entre o conteúdo objectivo da cláusula em questão e a forma como as partes vinculadas àquela cláusula a interpretavam e o sentido normal que atribuíam à mesma. A sentença dá uma cabal resposta a esse aspecto quando, a págs. 126 e 127, mencionou: “*Quanto aos distribuidores, admite-se também, com base nas respostas afirmativas ao questionário elaborado pela AdC e nos depoimentos de Vitor Carvalho e Ricardo Couto [distribuidores da Galp], que alguns distribuidores tivessem o mesmo entendimento e que desde há muitos anos fosse prática frequente de alguns distribuidores realizarem*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

entregas, em resposta a pedidos não solicitados de clientes, fora da sua área territorial.

Contudo já não se admite que todos os distribuidores tinhham esse entendimento ou que existisse uma convergência de vontades reais entre a Petrogal e todos os distribuidores no sentido de que as cláusulas contratuais em análise apenas proibiam vendas ativas e não vendas passivas.” (destaque nosso).

Independentemente da forma escolhida para a redacção dessa cláusula - com diferença no tempo verbal e com a inclusão, ou não, da possibilidade de autorização da visada -, a cláusula em questão contém (por oposição a declaração tácita) uma declaração expressa, na formulação do n.º 1 do artigo 217.º do Código Civil, pelo que, face ao seu conteúdo literal, dúvidas inexistem que o conteúdo objectivo da mesma traduz uma efectiva proibição de vendas fora do território contratualmente fixado. E não constando da cláusula em questão qualquer distinção, entre vendas activas e vendas passivas, a conclusão de que a proibição ínsita na cláusula abrange ambas as realidades mostra-se evidente, o que se mostra reforçado pelo teor do facto provado 114 relativo a contratos em que se teve o cuidado de fazer aquela distinção (de proibir expressamente a realização de vendas activas).

Mas, por relação a vendas passivas, importa reter os factos provados 115 “[...]Constata-se que 34 contratos que proíbem a realização de vendas fora do território contratual (sem fazerem referência às vendas ativas) foram celebrados pela Petrogal depois do ano de 2000.”, 116 [“Acresce que existem contratos celebrados após o segundo semestre de 2010 [...] em que o n.º 3 da cláusula 1.ª destes contratos proíbe todas as vendas (sem fazer apenas referência às vendas ativas) fora da área contratualmente estabelecida.”], 127 [“todos os contratos escritos incluem uma cláusula que



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

define a área geográfica em que o distribuidor de primeira linha está autorizado a vender o GPL fornecido pela Galp Açores, não podendo o mesmo vender o GPL como revendedor de primeira linha da Galp Açores fora da mesma, salvo prévia autorização da Galp Açores.”], 129 [“estes contratos foram celebrados entre 2002 e 2012 (...). O contrato mais antigo entrou em vigor em 1 de janeiro de 2002 e o mais recente foi celebrado em 1 de agosto de 2012.”], 133 [“todos os contratos da Galp Madeira remetidos à Autoridade foram celebrados no ano de 2012, tendo o mais antigo sido celebrado em 1 de janeiro de 2012.”], concluindo quanto a estes últimos, no facto provado 138, que “todos os contratos incluem uma cláusula que estabelece a área geográfica em que o distribuidor está autorizado a vender o GPL fornecido pela Galp Madeira, não podendo o mesmo vender o GPL como revendedor de primeira linha da Galp Madeira fora da mesma, salvo autorização escrita da Galp Madeira.”

Como argumento adjuvante do entendimento que vimos propugnando da cláusula e que se mostra seguido na sentença recorrida fazemos apelo ao conteúdo da circular (referida no facto provado 187) enviada em 22 de Dezembro de 2014 pelas visadas, na qual é feita uma clara distinção entre vendas activas e passivas, revelando a percepção que as visadas tinham do conteúdo objectivo da cláusula em apreço: o da abrangência de ambos os tipos de vendas.

Somos, por esta via, de sufragar a postura do tribunal vertida na sentença, a págs. 162, 163 e 164:

“Com efeito, as cláusulas contratuais postas em evidência pela AdC, que integravam o conteúdo de 199 dos contratos celebrados entre a Petrogal e os seus distribuidores e todos os contratos celebrados entre a Galp Madeira e a Galp Açores e seus distribuidores, corporizam: (i)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

declarações de vontade de ambos os intervenientes; (ii) e declarações de vontade expressas e explícitas, ou seja, especificamente dirigidas à proibição de vendas fora de um determinado território.

Efetivamente, a limitação de vendas passivas que a AdC considerou resultar das referidas cláusulas não é uma interpretação possível, mas corresponde ao sentido literal, comum e, por isso, imediato e linear de cláusulas que, ao não fazerem qualquer distinção quanto ao tipo de vendas, incluem necessariamente todas.

(...)

do que se trata é de determinar o sentido da cláusula suscetível de influenciar o comportamento dos distribuidores e esse sentido deve ser aferido segundo padrões de normalidade e razoabilidade. Ora, não é normal, nem razoável admitir que os distribuidores atribuissem à formulação supra referida o sentido propugnado pelas recorrentes, pois não é o sentido comum da expressão utilizada nas cláusulas contratuais inseridas nos contratos. Efetivamente, no agir comum e corrente das trocas comerciais a efetivação da venda é associada à entrega do bem.

Considera-se, assim, não existir qualquer dúvida no sentido de que as cláusulas em análise continham declarações de vontade expressas e explícitas, quer das visadas, quer dos seus distribuidores, que proibiam vendas passivas fora da área atribuída, com deslocação do distribuidor para fora do seu território.

Assim sendo, é irrelevante, à luz das considerações tecidas e para efeitos de afirmação da existência de um acordo, que existisse, conforme ficou demonstrado, uma divergência entre as vontades reais das visadas e de alguns distribuidores e a vontade declarada.”.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Inexiste qualquer contradição entre a matéria de facto (pontos 145 a 147 e 167 dos factos provados) e a conclusão de que o sentido objectivo da cláusula em questão é o de que a proibição de vendas fora do território contratualmente fixado abrange necessariamente as vendas passivas, não e impondo, só por esta via, a absolvição propugnada.

Outro dos aspectos sobre que as recorrentes visadas invocam a **existência de erro de direito** diz respeito à interpretação dada do conceito de “acordo”, afirmando que “*Na análise relativa à existência de um acordo, o tribunal a quo cometeu pelo menos três incontornáveis erros de direito. Primeiro, apreendeu erradamente da jurisprudência aquilo em que consiste no conceito de acordo, designadamente o seu elemento essencial. Errou também naquilo que considerou ser a vontade declarada, determinando-a com base em critérios não constantes da lei e em evidente contradição com a matéria de facto provada. E, no apuramento daquilo a que corresponde a vontade comum das partes, errou ainda ao considerar que prevalecia aquela que entendeu ser a vontade declarada sobre a vontade real.*”

Na defesa da sua perspectiva, para esclarecer o conceito de acordo as recorrentes fazem apelo à jurisprudência europeia fixada no Acórdão Bayer AG c. Comissão, processo T-41/96V do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Outubro de 2000, fazendo uma interpretação diversa da seguida pelo tribunal *a quo*, considerando como correcta a leitura que a forma de manifestação da vontade das partes, designadamente quando se trata de uma vontade declarada, não se sobrepõe àquela que venha a apurar-se ser a vontade real e efectiva das partes. O que importa é que se apure a expressão fiel da vontade das partes que corresponde, naturalmente, à sua vontade real.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Para essa conclusão argumentam ainda que “*O elemento essencial da noção de acordo é, assim, o concurso de vontades entre empresas, conforme se retira das fórmulas utilizadas pela jurisprudência constante do TJUE, como “vontade comum de se comportarem no mercado de uma forma determinada” e “expressão fiel da vontade comum dos membros do acordo sobre o seu comportamento no mercado comum”* , as quais realçam o elemento “vontade comum” .

A prova de um acordo entre empresas “deve assentar na verificação direta ou indireta do elemento subjetivo que caracteriza o próprio conceito de acordo, ou seja, uma concordância de vontades entre operadores económicos sobre a introdução de uma política, a prossecução de um objetivo ou a adoção de um comportamento determinado no mercado, abstraindo da maneira como é expressa a vontade das partes se comportarem no mercado em conformidade com os termos do referido acordo”, remetendo para acórdãos de instâncias judiciais europeias.

Outros dos aspectos em que assenta o erro de direito resulta do modo como, na sua perspectiva, o tribunal *a quo* considerou constituir a vontade declarada das partes.

Discorre então que “*O exercício do tribunal recorrido foi tão somente o de considerar que cláusulas que determinam que “o Revendedor não poderá vender Galpgás fora da área [contratualmente atribuída]” “corporizam: (i) declarações de vontade de ambos os intervenientes; (ii) e declarações de vontade expressas e explícitas, ou seja, especificamente dirigidas à proibição de vendas fora de um determinado território”* (sublinhado nosso). Como tal, “*a limitação de vendas passivas que a AdC considerou resultar das referidas cláusulas não é uma interpretação possível, mas corresponde ao sentido literal, comum e, por isso, imediato e linear de cláusulas que, ao*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

“não fazerem qualquer distinção quanto ao tipo de vendas, incluem necessariamente todas” (pág. 162 da sentença) (sublinhado nosso).

Nestes termos, conclui o tribunal recorrido que a vontade declarada das partes é a de proibir as vendas passivas.

Sucede que além de o Tribunal a quo ter chegado a tal conclusão lançando mão de inauditos critérios de interpretação da vontade negocial, a simples leitura da sentença ora recorrida apresenta inultrapassáveis contradições a este respeito.”

Para contraponto da seguida na sentença, a interpretação que as recorrentes fazem da controvertida cláusula inserida nos contratos, alinha pelo entendimento de “*ser claro que não existe na letra da dita cláusula qualquer proibição “expressa e explícita” de realizar vendas passivas. Não pode pois dizer-se que é essa a interpretação literal da cláusula em questão.”*

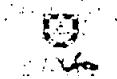
Esta questão já havia sido suscitada em sede de impugnação judicial que deu origem à decisão ora sob recurso, sendo que à decisão proferida pela Autoridade da Concorrência era oposto o entendimento que “*se fosse esta a correta interpretação da lei, então nunca os comportamentos das partes poderiam espelhar um concurso de vontades diverso do que resultasse de uma dada cláusula contratual, o que é diametralmente oposto ao que resulta da jurisprudência dos Tribunais da União Europeia*” e que “*a concordância de vontades pode resultar quer das cláusulas de um contrato quer dos respetivos comportamentos das partes, resultando claramente da jurisprudência que quando estes evidenciem que o encontro de vontades das partes diverge do que resulta das cláusulas, prevalecem sobre o texto dos contratos (cf. § 426 da DI e jurisprudência aí citada)*”.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Considerou-se na sentença recorrida que “*Considerando a jurisprudência supra referida, os fundamentos do conceito de acordo e a necessidade de uma interpretação que garanta uma tutela efetiva do bem jurídico protegido, entende-se que esta alusão a uma expressão fiel da vontade dos intervenientes se reporta à clareza das declarações, particularmente importante quando estão em causa declarações tácitas. É elucidativo deste entendimento a exposição da Comissão, nas suas Orientações relativas às restrições verticais, a propósito do conceito de acordo, que, após esclarecer que a forma como a vontade é expressa não é importante desde que constitua a expressão fiel dessa intenção, acrescenta, de imediato, que no caso de não existir um acordo explícito que manifeste a concordância de vontades, a Comissão terá de provar que a política unilateral de uma das partes pressupõe a aceitação da outra (§ 24 das Orientações relativas às restrições verticais, sublinhado introduzido pela signatária).*

Ora, era justamente de declarações tácitas que tratavam os acórdãos citados pelas recorrentes. Efetivamente, no processo Volkswagen I a prática restritiva da concorrência imputada à Volkswagen traduzia-se em cartas e circulares que esta empresa tinha enviado aos seus concessionários alemães. A questão que se colocava consistia em saber se se tratava de uma prática unilateral ou se tratava efetivamente um acordo, por ter existido aquiescência tácita da parte dos concessionários, decorrente do facto de terem assinado o contrato de concessão no âmbito do qual a Volkswagen enviou as referidas cartas e circulares. No processo C-2/01 e C-3/01 P, a tipologia do caso não era muito diferente.

Sem prejuízo das asserções gerais relativas à relevância da vontade real em detrimento da vontade declarada, com valia para o caso concreto conforme se referiu, dos casos citados não se podem retirar outros



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

parâmetros que auxiliem a tese das recorrentes, pois o caso concreto não assenta em declarações tácitas ou em práticas unilaterais com aquiescência tácita, mas em acordos expressos e explícitos.

Com efeito, as cláusulas contratuais postas em evidência pela AdC, que integravam o conteúdo de 199 dos contratos celebrados entre a Petrogal e os seus distribuidores e todos os contratos escritos celebrados entre a Galp Madeira e a Galp Açores e seus distribuidores, corporizam: (i) declarações de vontade de ambos os intervenientes; (ii) e declarações de vontade expressas e explícitas, ou seja, especificamente dirigidas à proibição de vendas fora de um determinado território.

Efetivamente, a limitação de vendas passivas que a AdC considerou resultar das referidas cláusulas não é uma interpretação possível, mas corresponde ao sentido literal, comum e, por isso, imediato e linear de cláusulas que, ao não fazerem qualquer distinção quanto ao tipo de vendas, incluem necessariamente todas.

Admite-se é certo, que a formulação utilizada nas cláusulas em análise – vender gás fora da área atribuída – pudesse não incluir, no seu sentido literal, comum e, por isso, imediato e linear, a proibição de vendas espontâneas a clientes, de territórios vizinhos, que se dirigem ao estabelecimento do distribuidor, uma vez que não há deslocação do distribuidor para fora do seu território. Considera-se, assim, que estas vendas passivas não estavam incluídas no sentido da cláusula.”

Valendo-nos da jurisprudência europeia invocada pelas recorrentes visadas, o acórdão Bayer c. Comissão T-41/96: “para que haja acordo, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, basta que as empresas em causa tenham expresso a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma forma determinada” [citando acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão, 41/69, Colect., 1969-1970, p. 447, n.º 112, e de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck e o./Comissão, 209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125, n.º 86; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 1991, Hercules Chemicals/Comissão, T-7/89, Colect., p. II-1711, n.º 256], prosseguindo o mesmo: “[n]o que respeita ao modo de expressão da referida vontade comum, basta que uma estipulação seja a expressão da vontade de as partes se comportarem no mercado de acordo com os seus termos (v., nomeadamente, acórdãos ACF Chemiefarma/Comissão, n.º 112, e Van Landewyck/Comissão, n.º 86, já referidos), sem que seja necessário que a mesma constitua um contrato obrigatório e válido segundo o direito nacional (acórdão Sandoz, n.º 13). (realce da responsabilidade da AdC).

A jurisprudência acabada de referir habilita-nos a concluir estarmos perante um acordo quando duas ou mais empresas manifestam a sua vontade de se comportar no mercado de uma determinada forma, leitura que se mostra adoptada na jurisprudência nacional, mormente na sentença do 2.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 15 de Fevereiro de 2007, Processo n.º 766/06.4 TYLSB (Baxter e Glintt), a pág. 59: “[...] está em causa uma noção muito ampla que abrange todos os contratos de que derivem obrigações juridicamente vinculativas para as partes bem como os simples acordos, independentemente da forma que revistam, estejam as partes envolvidas situadas no mesmo estádio de produção ou da cadeia de distribuição (acordos horizontais) ou em diferentes estádios de produção ou da cadeia de distribuição (acordos verticais). Um acordo relevante para efeitos da lei da concorrência é, pois, qualquer comportamento coordenado de empresas, sob qualquer forma jurídica, em que pelo menos uma se obriga a uma determinada prática ou em que se elimina a incerteza do

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

comportamento da outra; seja ele expresso ou tácito, simétrico ou assimétrico (implica obrigações diferentes para as várias empresas envolvidas)".

A invocação feita do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância Bayer AG c. Comissão T-41/96 e Sandoz c. Comissão, terá de ser mitigada na validade da sua interpretação para esta problemática dos conceitos de vontade declarada e vontade efectiva pela consideração de que nos casos de que se ocupavam não estavam em causa, diferentemente do que sucede no presente caso, cláusulas contratuais escritas entre fornecedor e distribuidores; daí que na sentença recorrida se afirme que a inexistência de uma correspondência entre a vontade real e declarada das partes é irrelevante quando estão em causa cláusulas contratuais escritas uma vez que, permanecendo as mesmas em vigor, serão sempre susceptíveis de influenciar o comportamento das empresas no mercado mesmo sendo outra a vontade real.

As cláusulas de limitação das vendas inseridas nos contratos constituem, pois, a expressão das vontades das recorrentes visadas e dos distribuidores no sentido de proibir a realização de vendas por parte destes últimos fora do território nos mesmos contratualizado, cláusulas essas figurando em 199 dos 240 contratos em vigor da Petrogal e em todos os contratos escritos em vigor da Galp Açores e da Galp Madeira, as quais nunca foram alteradas mantendo-se em vigor.

Como decorre dos factos provados 188) e 189), desde 01 de Janeiro de 2000, nunca as recorrentes visadas manifestaram o próprio entendimento de que as cláusulas que limitam todas as vendas devessem ser interpretadas no sentido de impedir unicamente as vendas activas, permanecendo o mesmo acordo inicial de limitação das vendas, quer activas quer passivas, desde o momento da celebração dos contratos em questão.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Como a sentença refere, a cláusula que estabelece literalmente que “*o Revendedor não poderá vender Galpás fora da área [contratualmente atribuída]*” só pode ter como sentido que tais cláusulas são expressa e explicitamente dirigidas à limitação das vendas fora da área contratualmente estabelecida e, na medida em que ali não se faz qualquer tipo de distinção entre o tipo de venda, activas ou passivas, a conclusão das mesmas retirada é que estas cláusulas limitam quer as vendas activas, quer as vendas passivas.

O refúgio das recorrentes visadas na leitura que fazem na atribuição de um sentido normal destas cláusulas no sentido de que as mesmas apenas limitam a angariação de clientes (ou seja, as vendas activas) e que tal entendimento é perfilhado não só pelas recorrentes visadas como “*para a grande maioria das entidades que assinaram*” não encontra suporte na factualidade provada. Na realidade, afirma-se no facto provado 167 que apenas “alguns distribuidores” referiram que interpretavam estas cláusulas como referentes apenas a vendas activas, o que é bem diferente da asserção feita pelas recorrentes no sentido de que “*a grande maioria*” dos distribuidores considera que a cláusula que limita as vendas fora do território abrange apenas as vendas activas, e muito menos se afirma que esses “*alguns distribuidores*” correspondem a 161 dos 199 distribuidores que assinaram o contrato com a cláusula da limitação das vendas.

O que se depreende dos factos provados 145 a 147, o Tribunal *a quo* confirmou que dos 174 distribuidores que responderam ao inquérito da AdC e cujos contratos não permitem a realização de vendas fora do território, 95 distribuidores não realizaram quaisquer vendas fora do território, desse universo de 95, 38 distribuidores não efectuaram quaisquer vendas por razões contratuais e apenas 79 realizaram vendas passivas fora do território, o que retira qualquer viabilidade ao entendimento seguida pelas recorrentes visadas de que a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

“vontade declarada” de 161 dos 199 distribuidores que assinaram a cláusula de limitação das vendas é no sentido de que as mesmas apenas limitem as vendas activa.

Neste segmento da divergência com a sentença recorrida, a afirmação das Visadas de que “*da matéria provada resulta igualmente que as recorrentes incentivam as vendas passiva*” não corresponde minimamente ao que foi efectivamente considerado como facto provado naquela, como se pode extrair dos factos provados 169 e 170 que se mostram limitados a uma situação muito específica em que os distribuidores são confrontados com a venda a consumidores finais de fora do seu território que entram na sua loja, no primeiro, e, no segundo, a prática frequente de alguns distribuidores sem indicação de qualquer valor expressivo que permita a generalização pretendida pelas recorrentes.

Também o facto provado 172 se refere a uma situação específica – radicada na insatisfação do cliente por não estar satisfeito com o distribuidor de GPL do seu território – que não permite afirmar uma atitude generalizada e proactiva das recorrentes visadas como incentivando a prática destacada pelas recorrentes.

Outro dos enfoques dados pelas recorrentes visadas à sentença recorrida refere-se ao conceito de acordo na perspectiva da “*suscetibilidade de influenciar o comportamento dos operadores no mercado, decorrente de um comportamento coordenado de empresas*”, defendendo que a apreciação do Tribunal *a quo* enferma de um erro de direito porquanto ficou demonstrado, pela factualidade considerada provada, que o sentido normal da cláusula em questão tal como percebido pelas Visadas é o de que é proibida apenas a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

realização de vendas activas, pelo que tal acordo não seria susceptível de “*de influenciar o comportamento dos operadores no mercado*”.

Neste concreto aspecto, a sentença recorrida considerou que “*refere o Tribunal de Justiça, no caso Bayer, processo C-2/01 P e C-3/01 P, um dos fundamentos de recurso da Comissão consistia no facto de ter entendido que o TPI tinha cometido um erro de direito ao considerar que as condições de uma concordância de vontades não estão reunidas pelo facto de a vontade declarada dos grossistas ... não corresponder à sua vontade real (§ 112). Mais sustentou a Comissão que no acórdão Sandoz prodotti farmaceutici/Comissão, o Tribunal de Justiça não deu importância à vontade real ou a eventuais «reservas mentais» das empresas porque entendeu que para a conclusão de um acordo, na aceção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, apenas é determinante a vontade declarada das empresas interessadas (§ 113).*

Na sua análise, o Tribunal de Justiça não afastou este princípio, tendo recordado, quanto ao mérito, que o Tribunal de Primeira Instância partiu do princípio geral segundo o qual «para que haja acordo, na aceção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, basta que as empresas em causa tenham expressado a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma forma determinada» (n.º 67 do acórdão recorrido) (§ 118, sublinhado introduzido pela signatária).

Quanto à existência de alterações de vontade posteriores à celebração do acordo suscetíveis de consubstanciar uma revogação ou cessação do mesmo, o Tribunal da Relação de Lisboa de 29.01.2014, proc. nº 18/12.0YUSTR, citado pela AdC, entendeu que têm de existir, pelo menos, factos concludentes nesse sentido e que os demais contraentes tenham percebido que se operou uma revogação.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por sua vez, o TPI, no acórdão *Glaxosmithkline c. Comissão*, de 27.09.2006, consignou que quando a Comissão prova a existência de um acordo, incumbe à empresa que nele tomou parte provar que dele se distanciou, prova essa que deve demonstrar uma vontade clara e levada ao conhecimento das outras empresas participantes de se subtrair ao acordo (§ 86).

Neste âmbito, considera-se – entendimento que se julga estar em linha com a jurisprudência invocada, tratando-se de uma mera explicitação – que tal como a noção de acordo, no direito da concorrência, despreza qualquer exigência de vinculatividade jurídica, uma vez que esse efeito não é necessário para afirmar a sua suscetibilidade de influenciar o comportamento dos intervenientes, o mesmo deve valer para a sua cessação ou revogação. Na verdade, não se trata de analisar se existe ou não uma cessação ou revogação juridicamente válidas, mas se existem manifestações de vontade inequivocas ou concludentes no sentido de que as declarações de vontade iniciais não são mais suscetíveis de influenciar o comportamento dos intervenientes.

Dir-se-á, mas o entendimento exarado (quer quanto à divergência originária entre a vontade declarada e a vontade real, quer quanto a alterações de vontade posteriores) contraria a jurisprudência comunitária, que entende por acordo uma concordância de vontades entre duas partes pelo menos, cuja forma de manifestação não é importante desde que constitua a expressão fiel das mesmas. Encontra-se esta fórmula, entre outros, no acórdão do TPI de 03.12.2003, *Volkswagen/Comissão*, § 32. Ora, a referida divergência, originária ou subsequente, parece não traduzir fielmente a vontade dos intervenientes.

Considerando a jurisprudência supra referida, os fundamentos do conceito de acordo e a necessidade de uma interpretação que garanta uma

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

tutela efetiva do bem jurídico protegido, entende-se que esta alusão a uma expressão fiel da vontade dos intervenientes se reporta à clareza das declarações, particularmente importante quando estão em causa declarações tácitas. É elucidativo deste entendimento a exposição da Comissão, nas suas Orientações relativas às restrições verticais, a propósito do conceito de acordo, que, após esclarecer que a forma como a vontade é expressa não é importante desde que constitua a expressão fiel dessa intenção, acrescenta, de imediato, que no caso de não existir um acordo explícito que manifeste a concordância de vontades, a Comissão terá de provar que a política unilateral de uma das partes pressupõe a aceitação da outra (§ 24 das Orientações relativas às restrições verticais, sublinhado introduzido pela signatária).

Ora, era justamente de declarações tácitas que tratavam os acórdãos citados pelas recorrentes. Efetivamente, no processo Volkswagen I a prática restritiva da concorrência imputada à Volkswagen traduzia-se em cartas e circulares que esta empresa tinha enviado aos seus concessionários alemães. A questão que se colocava consistia em saber se se tratava de uma prática unilateral ou se tratava efetivamente um acordo, por ter existido aquiescência tácita da parte dos concessionários, decorrente do facto de terem assinado o contrato de concessão no âmbito do qual a Volkswagen enviou as referidas cartas e circulares. No processo C-2/01 e C-3/01 P, a tipologia do caso não era muito diferente.

Sem prejuízo das asserções gerais relativas à relevância da vontade real em detrimento da vontade declarada, com valia para o caso concreto conforme se referiu, dos casos citados não se podem retirar outros parâmetros que auxiliem a tese das recorrentes, pois o caso concreto não assenta em declarações tácitas ou em práticas unilaterais com aquiescência tácita, mas em acordos expressos e explícitos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(...)

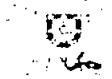
Efetivamente, a limitação de vendas passivas que a AdC considerou resultar das referidas cláusulas não é uma interpretação possível, mas corresponde ao sentido literal, comum e, por isso, imediato e linear de cláusulas que, ao não fazerem qualquer distinção quanto ao tipo de vendas, incluem necessariamente todas.”

A argumentação das recorrentes visadas, quanto a este entendimento do tribunal *a quo*, assenta no entendimento que este determinou o concurso de vontades se corresponde àquelas que percepcionou constituírem as vontades declaradas, opção que está em contradição frontal com a jurisprudência do TJUE, designadamente o acórdão Bayer, que claramente dá especial relevo à vontade real das partes na determinação daquilo a que corresponde o concurso de vontades.

Mais alegam que “*Em Bayer, no recurso apresentado pela Comissão contra o acórdão do (então) Tribunal de Primeira Instância, alegou aquela que “tendo-se apenas referido à vontade real dos grossistas, o Tribunal de Primeira Instância interpretou de forma errada o conceito de acordo na aceção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado”.*

Todavia, após analisar a questão, concluiu o TJUE que o TPI “não cometeu qualquer erro de direito ao referir-se à vontade “real” dos grossistas de continuarem a efetuar encomendas de medicamentos para exportação e para as necessidades do mercado nacional” (sublinhado nosso).”

Mais invocam o acórdão do TJUE no caso Tipp-Ex/Comissão, em que “*não havia dúvidas quanto ao facto de que a política consistente em impedir as exportações paralelas tinha sido organizada pelo fabricante com a cooperação*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

dos distribuidores. Ora, apesar de tal vontade de impedir as exportações paralelas já ser manifesta nos contratos verbais e escritos existentes entre as duas partes, caso pudessem subsistir quaisquer dúvidas, entendeu o Tribunal de Justiça que a análise do comportamento dos distribuidores, pressionados pelo fabricante, provava muito claramente a sua aquiescência às intenções restritivas da concorrência da Tipp-Ex.” para terminar por “concluir que o Tribunal recorrido cometeu um grave erro de direito ao considerar ser irrelevante, para o presente caso, a divergência entre a vontade real das Recorrentes e dos seus distribuidores e a vontade, supostamente, declarada.”

Por relação a esta argumentação, o Tribunal *a quo* manifestou o seguinte entendimento: “*(...) considera-se que a inexistência de uma correspondência entre a vontade real e efetiva de uma ou ambas as partes envolvidas no acordo e a vontade declarada, sobretudo quando estão em causa cláusulas contratuais escritas, é irrelevante. Com efeito, podendo tal divergência afetar ou não a vinculatividade jurídica do acordo, a mesma não compromete a suscetibilidade da vontade declarada influenciar o comportamento no mercado dos operadores envolvidos, seja a vontade real do conhecimento ou não dos intervenientes. Não compromete na medida em que os operadores podem, a qualquer momento, adequar a sua conduta à vontade declarada, no pressuposto de que, face à sua não eliminação, é a mesma que prevalece. E o que importa, para efeitos de afirmação da existência de um acordo, não é apurar se o mesmo influenciou ou não o comportamento no mercado dos intervenientes (o que já tem a ver com os efeitos do acordo), mas a sua suscetibilidade de influenciar o referido comportamento. Entende-se, assim, que essa divergência não afeta a existência do acordo nos termos que resultam das respetivas declarações.”*

Em primeiro lugar, as deficiências apontadas à sentença na leitura do acórdão Bayer partem de um vício de raciocínio resultante da desconsideração, *Processo 102/15.9YUSTR*

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

por parte das recorrentes visadas, de que naquele arresto a Comissão examinou o comportamento dos grossistas precisamente na perspectiva, exactamente oposta à do caso de que nos ocupamos, da inexistência de um acordo escrito entre a Bayer e os seus grossistas, como se extrai do mesmo quando ali se menciona “[a] Comissão, não dispondo, no caso concreto, de qualquer documento referindo-se expressamente a um acordo entre a Bayer e os seus grossistas respeitante às exportações a fim de provar a concordância de vontades, afirma ter seguido a abordagem jurisprudencial consistente em examinar o comportamento efetivo dos grossistas para determinar a existência da sua aquiescência”.

Insistem nesta matéria ainda as recorrentes visadas pela afirmação de que “no presente processo, não se fez qualquer prova de uma suposta vontade inicial de restringir as vendas passivas.”, existindo, pelo contrário, “factos concludentes” que demonstram que o que resulta supostamente estatuído, na interpretação que o tribunal a quo faz das cláusulas dos contratos de distribuição em análise, não corresponde à vontade real das Recorrentes e da maioria dos seus distribuidores”, questionando-se as Recorrentes “se o comportamento dos distribuidores (muitas vezes incentivado pelas Recorrentes) de fazerem o precisamente contrário do supostamente proibido pela cláusula (o acordo), ou seja, realizarem vendas passivas, e toda a restante matéria dada como provada a este respeito, não seria suscetível de configurar um facto concludente de que se alterou o vontade comum das partes.”

Com o devido respeito pela leitura que as recorrentes fazem a matéria de facto provada, esta esclarece cabalmente que a cláusula em que assenta a limitação da concorrência se manteve em vigor nos contratos celebrados, mesmo depois de Janeiro de 2000, a circular enviada em Dezembro de 2014 aos distribuidores apenas manifestado o entendimento tido pela recorrente visada e



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

somente em Setembro/Outubro de 2015 no âmbito de um processo de actualização da rede, as visadas iniciaram um processo de revisão de todos os contratos, fazendo referência apenas às vendas activas na cláusula que proíbe as vendas fora da área atribuída.

Assim, nenhuma censura merece a sentença recorrida quando considera como verificado e preenchido o elemento objectivo “acordo” típico da infracção.

O último dos aspectos em que, na opinião das recorrentes o invocado erro de direito terá incidido nos requisitos na avaliação do objecto restritivo da concorrência, alegando que veio “*o Tribunal a quo sustentar que os requisitos que está obrigado a observar na determinação de um acordo como restritivo da concorrência pelo objeto são distintos consoante esteja em causa um dos comportamentos constantes da lista do artigo 9.º nº 1 da LdC ou do artigo 101.º nº 1 do TFUE, designados por “acordos típicos”, ou comportamentos não constantes da lista de tais artigos, nomeados “acordos atípicos”*”; e que “*estando-se perante acordos típicos, “ter em conta o contexto económico e jurídico significa que o acordo controvertido tem apenas de ser concretamente apto a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum”* (citando as Conclusões da Advogada-Geral Kokkot no processo *T-Mobile Netherlands* no processo C-8/08T-*T-Mobile Netherlands*, apresentadas em 19.02.2009).”

Por relação a esta linha seguida na sentença, contra-argumentam que “*em parte alguma da jurisprudência do TJUE sobre o conceito de restrição por objeto é dito que os acordos tipificados na lista do artigo 101º nº1 do TFUE correspondem necessariamente a restrições pelo objeto.*”, “*Basta aliás ler o corpo do nº 1 deste mesmo artigo (ou do correspondente artigo 9.º n.º 1 da Processo 102/15.9YUSTR Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

LdC) para se constatar que se admite expressamente que a lista de acordos depois exemplificados podem ter como objeto ou como efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Não apenas como objeto. Não são por isso hipóteses que “respondem às exigências de nocividade intrínseca” presente nos acordos restritivos da concorrência pelo objeto, nem tão pouco o “núcleo duro” das restrições desta natureza, como sugere o Advogado-Geral Melchior Wathelet, citado pelo Tribunal a quo.”, e, apoiando-se em jurisprudência europeia que cita (acórdãos LTM, 56/65, EU:C:1966:38, 359 e 360; BIDS, n.º 15; e Allianz Hungária Biztosító e o., C 32/11, EU:C:2013:160, n.º 34 e jurisprudência referida, acórdão GCB, acórdão de 26 de novembro de 2015, proferido no processo C-345/14 Maxima Latvija) avança que esta “é claramente inconciliável com a tese propugnada pelo Tribunal a quo.”

Argumenta ainda que “não existe qualquer fundamento para reconduzir tais acordos aos da lista do artigo 101º nº 1 TFUE, embora alguns dos comportamentos listados nesta disposição possam corresponder a acordos de tal natureza.

No caso concreto do acordo em análise nos presentes autos, tipificado na alínea c) como repartição de mercados, é indispensável ter em linha de conta três aspectos de grande importância.

Em primeiro lugar, a especial nocividade de acordos desta natureza é reconhecida sobretudo a nível horizontal, designadamente nos chamados acordos de repartição de mercado entre empresas concorrentes, vulgo cartéis.

A nível vertical, como é o caso dos presentes autos, a preocupação concorrencial que se coloca é a da proteção da concorrência intramarca, que poderá abstratamente ficar prejudicada em redes que instituem uma proteção territorial absoluta aos distribuidores.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em segundo lugar, (...), a censura da proteção territorial absoluta por parte das instituições europeias tem ficado a dever-se, primeiramente, a procurar impedir que os sistemas de distribuição das empresas restaurem fronteiras nacionais, sendo pois mais os imperativos relacionados com a integridade e consolidação do mercado interno do que com reais questões de concorrência que têm justificado intervenções nesta área.

...

Em terceiro lugar, e inversamente ao que sustenta o Tribunal a quo, no acórdão Javico, a particularidade de o acordo então analisado se destinar a ser aplicado fora da Comunidade não invalida a circunstância, alegada no recurso de impugnação pelas Recorrentes, de estar em causa uma prática tipicamente vista como uma restrição pelo objeto que, depois de devidamente considerado o contexto económico e jurídico em que se insere, foi analisada de forma distinta.”

(...) em quarto lugar, o Tribunal a quo equipara as designadas hardcore restrictions a restrições por objeto, quando tal é conceptualmente incorreto. As primeiras constam da lista do Regulamento UE nº 330/2010, excluindo a aplicação de uma isenção por categoria. As segundas são práticas que apresentam um grau suficiente de nocividade para a concorrência que dispensam a demonstração de efeitos concretos no mercado. Embora umas e outras se sobreponham em grande parte, fundir os conceitos, como faz o Tribunal a quo, leva a uma simplificação do tratamento destas práticas que, sendo vistas pelas instituições europeias como hardcore restrictions, não são necessariamente restrições pelo objeto.”

Por tudo isto, terminam por “concluir que o critério proposto pelo Tribunal a quo, e que o levou a desconsiderar os requisitos que se encontrava

*Processo 102/15.9YUSTR
Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

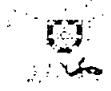
obrigado a observar na avaliação de uma restrição pelo objeto, contraria frontalmente a jurisprudência dos tribunais da União Europeia sobre a matéria.”

A qualificação feita na sentença recorrida, da restrição das vendas passivas incluída nos contratos entre as Visadas e os seus distribuidores de primeira linha, como um “acordo típico”, integrando um comportamento tipificado no artigo 9º, n.º 1, alínea c) da Lei da Concorrência, qualificação essa que, com suporte em jurisprudência da União Europeia que cita, confere objecto anticoncorrencial ao acordo podendo prescindir-se da análise de efeitos.

Os acórdãos do Tribunal Geral, de 7 de Julho de 1994, Dunlop Slazenger c. Comissão, processo T-43/92 e de 13 Janeiro de 2004, JCB c. Comissão, processo T-67/01, revelam que as limitações das vendas passivas são por natureza contrárias ao artigo 101.º do TFUE tendo as mesmas por objecto limitar os fornecimentos e repartir os mercados.

Conforme as Orientações de 2010, parágrafos 23 e 50, e Comunicação De Minimis, ponto 13, as distorções graves da concorrência elencadas no referido artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria constituem geralmente restrições da concorrência por objecto.

Na Comunicação da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE, JOC 101 de 27 de Abril de 2004, parágrafo 97, lê-se “[a]s restrições de concorrência por objetivo são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência. Trata-se de restrições que, à luz dos objetivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais não é necessário, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo [101.º], demonstrar os seus efeitos concretos no mercado. Esta presunção baseia-se na



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objectivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objetivos das regras comunitárias da concorrência. As restrições por objectivo, como a fixação dos preços e a partilha do mercado, reduzem a produção e aumentam os preços, provocando uma deficiente afetação de recursos, na medida em que os bens e serviços procurados pelos consumidores não são produzidos. São igualmente prejudiciais para o bem-estar dos consumidores, dado que os obrigam a pagar preços mais elevados pelos bens e serviços em causa”.

Valendo-nos ainda mesma Comunicação, no seu parágrafo 23 afirma-se: “Quanto aos acordos verticais, a categoria de restrições por objectivo inclui, nomeadamente, as que provêm da imposição de preços fixos e mínimos de revenda e as restrições que conferem proteção territorial absoluta, incluindo restrições em matéria de vendas passivas”.

Daqui resulta que, face à jurisprudência da União Europeia, o Regulamento de Isenção por Categoria e a Comunicação da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE, o tipo de restrição em causa é tipicamente uma restrição por objecto.

Da análise do contexto económico e jurídico subjacente aos acordos de distribuição de GPL em garrafa celebrados pelas recorrentes visadas leva, também, a concluir que as cláusulas restritivas das vendas passivas fora do território contratualizado constituem restrições por objecto na medida em que, uma vez que proíbem a realização de vendas por parte dos distribuidores fora da área contratual, o objectivo das mesmas é precisamente o de limitar as vendas dos distribuidores e, muito especificamente, impede que um determinado cliente possa, apercebendo-se das diferenças de preço ou outras condições de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

fornecimento (prazo de entrega, condições de pagamento, etc.), praticadas entre distribuidores em territórios geográficos próximos e contíguos, optar pelo revendedor que pratique as melhores condições de oferta.

Noutra perspectiva, essa limitação permite que o distribuidor de primeira linha possa praticar preços e condições comerciais sem qualquer pressão concorrencial por parte de outros distribuidores da mesma marca que operem em territórios limítrofes, contribuindo para a repartição do mercado entre distribuidores.

Fazendo apelo ao quem se mostra consignado nos factos provados (188 e 189) as recorrentes visadas nunca esclareceram o conceito de vendas passivas junto dos seus distribuidores, nem procuraram clarificar que estas deviam considerar-se permitidas, mostrando-se apenas feita uma primeira aproximação desse esclarecimento, embora com a indicação do seu (visadas) entendimento da cláusula inserida nos contratos, com a circular referida no facto provado 187).

Mais expressivo do entendimento restritivo da cláusula em questão é o teor dos factos provados 145 a 147): dos 174 distribuidores que responderam ao inquérito da AdC e cujos contratos não permitem a realização de vendas fora do território, pelo menos 38 distribuidores, não efectuaram quaisquer vendas por razões contratuais.

Diferentemente do pretendido pelas recorrentes e tal como AdC manifesta no final da sua resposta a este segmento de impugnação da sentença recorrida, de acordo com a redacção das cláusulas e tendo em conta o contexto em que se mantiveram em vigor resulta que as mesmas devem, per se, ser consideradas como restrições da concorrência por objecto uma vez que são susceptíveis de impedir, de facto, que os distribuidores respondam a solicitações de clientes

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

situados em territórios atribuídos a outros distribuidores das Visadas e que, desta forma, concorram com estes. (sublinhado e destaque nossos)

Fazendo aqui e agora um hiato na continuação da apreciação das questões suscitadas pelas recorrentes visadas, importa passar a conhecer a questão posta no recurso interposto pelo M.^º P.^º - **se a sentença enferma de vício de erro notório na apreciação da prova a que alude o art.^º 410^º n.^º 2 al. c) CPP** - que se reflectirá na modalidade de imputação subjectiva da contra-ordenação e, por consequência, questão prevalecente, porque influenciadora, sobre a medida da coima aplicada com que se insurgem as recorrentes visadas.

Do mesmo passo, também a AdC veio no seu recurso manifestar discordância com a opção seguida na sentença por relação à imputação subjectiva, qualificando-o como erro de julgamento da matéria de direito, propugnando que a mesma deverá ser feita a título de dolo e não da negligência, pelo que analisaremos em conjunto tais questões.

Quanto à imputação subjectiva, relembremos que na sentença recorrida e depois de efectuada em audiência comunicação da alteração dos factos ficou consignado em sede de matéria de facto provada que:

“188) Para além dos factos descritos no parágrafo precedente, as visadas não levaram a cabo qualquer outra iniciativa, desde 01 de janeiro de 2000, no sentido de esclarecer todos os distribuidores, cujos contratos não referiam apenas vendas ativas, de que o seu entendimento é o de que era proibido apenas o desenvolvimento de uma atividade de angariação de clientela nos territórios exclusivos atribuídos a outros distribuidores.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

189) As visadas não tiveram o cuidado de, pelo menos, a partir de 01 de janeiro de 2000, promover a alteração dos contratos escritos existentes, excluindo a cláusula de proibição de vendas fora da área atribuída, ou, pelo menos, limitando a sua proibição, na redação da cláusula, apenas às vendas ativas, e de, nos novos contratos escritos celebrados após 01 de janeiro de 2000, procederam nos mesmos termos.”

“190) As visadas não representaram a possibilidade de ao manter as cláusulas que proibiam vendas fora da área atribuída e ao celebrar novos contratos com essa cláusula estarem a efetuar uma prática restritiva da concorrência.”,

e, em sede de fundamentação sobre a motivação do tribunal mencionou-se:

“No que respeita aos factos referentes ao elemento subjetivo – pontos 189) e 190) – as asserções supra exaradas sobre o entendimento das visadas quanto ao sentido das cláusulas em análise afasta a afirmação dos factos consubstanciadores do dolo, que lhes eram imputados na decisão impugnada.

Contudo, a prova produzida, em conjugação com regras da experiência comum e critérios de normalidade e razoabilidade, deixa a descoberto uma atuação inequivocamente descuidada da parte das visadas.

Assim, alegaram as visadas que os contratos que apenas proíbem vendas ativas deveram-se a casos em que a interação entre comerciais da Galp e distribuidores de primeira linha conduziu a que a versão final do contrato contivesse tal especificação. E que sempre que tal sucedeu, fosse no momento da celebração do contrato original fosse em momento posterior, em adendas aos contratos em vigor, a Galp nunca se opôs a incluí-la. Mais referiram que



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

nos restantes contratos assinados mesmo depois da década de 2000, não se tendo colocado a questão no decorrer da interação entre os comerciais da Galp e os distribuidores de primeira linha, acabava por se utilizar a minuta base existente, sem alterações a esse respeito. E que após a introdução da nova minuta contratual – já sem a cláusula que proibia todas as vendas fora da área atribuída -, por lapso na seleção da minuta contratual em vigor, voltou a fazer-se uso da minuta antiga.

Não foi produzida qualquer prova sobre estes factos, apenas suposições de Pedro Neves quanto à circunstância de não ter sido utilizada a minuta por si elaborada em 2010, tendo o mesmo referido que ter-se-á devido a lapso do comercial. Tratando-se de especulações, uma vez que a testemunha não tem qualquer participação na celebração dos contratos, tais afirmações não têm valia probatória.

Em todo o caso, mesmo que as asserções referidas fossem verdadeiras, tal não excluiria a verificação de um completo descuido da parte das visadas na manutenção das cláusulas em análise e na celebração de novos contratos com tais cláusulas.

Com efeito, a prova produzida é totalmente desprovida da existência de razões válidas que tivessem impedido os administradores das visadas e os responsáveis pela área de terem promovido a alteração dos contratos e a inclusão nos novos de uma cláusula limitadora apenas das vendas ativas e bem assim de perceberem claramente que era isso que se impunha que fosse feito.

Assim, em primeiro lugar e tal como já referido, não estamos a falar de acordos ou factos que razoavelmente se possa admitir que são alheios ao controlo dos administradores e dos responsáveis da área das visadas.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em segundo lugar, conforme resultou do depoimento de Jorge Carvalho, que confirmou ter assinado vários contratos de distribuição, os contratos eram assinados pelo responsável da área, com delegação de poderes do administrador responsável. Ora, não resultou do seu depoimento, nem da demais prova produzida, qualquer evidência no sentido de que os contratos tenham sido redigidos contra instruções ou ordens expressas dos administradores e dos responsáveis da área ou que estes tenham sido enganados de qualquer forma. Isto mesmo se conclui relativamente à minuta de 2010. Com efeito, a minuta de 2010 foi redigida pelo departamento jurídico, tendo Pedro Neves esclarecido que depois a sua utilização era da competência da unidade de negócios. Do depoimento de Jorge Carvalho e da demais prova produzida não resultou a mínima evidência de que, o administrador e/ou o responsável pela unidade de negócio em causa, tenham dado instruções expressas para que essa minuta passasse a ser utilizada.

Importa também notar que a prova produzida permite sustentar a fundada convicção que nem Jorge Carvalho, nem os responsáveis da área antes de si e os administradores tinham razões legítimas para crer que não era necessário alterar a cláusula porque todos os distribuidores estavam perfeitamente alinhados com aquele que era o seu entendimento sobre a cláusula. Com efeito, pese embora Jorge Carvalho tivesse afirmado estar disso convencido, por se tratar de um elemento básico da relação comercial, o certo é que tal convencimento, face à prova produzida, sustentava-se no completo vazio, pois, conforme já referido, não existia nenhum procedimento de informação pré-definido nesse sentido, antes de dezembro de 2014 não existiu qualquer comunicado escrito, nem sequer reuniões generalizadas de esclarecimento. Acresce ainda que se trata de um universo lato de distribuidores, que interagem com delegados comerciais diferentes e, em

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

muitos casos, no âmbito de relações que se iniciaram há muitos anos, tendo existido, conforme se retira da própria defesa das recorrentes, a possibilidade de, em tempos, a cláusula ter sido assumida pelas próprias visadas ou pelas suas antecessoras no sentido de incorporar uma proibição absoluta. Neste contexto, não havia razões para que os administradores e responsáveis de negócios se pudessem sentir confortáveis com a simples assunção de que todos os distribuidores sabiam perfeitamente que uma cláusula que proíbe as vendas fora da área atribuída, sem esclarecer o tipo de vendas, se reportava apenas a vendas ativas, decorrente do facto de confiarem que essa informação era corretamente transmitida pelos delegados comerciais, sem qualquer procedimento de informação pré-definido.

E mesmo que esse alinhamento de entendimentos existisse na prática, ainda assim considera-se que estava ao alcance de administradores de empresas com a dimensão das recorrentes e dos seus responsáveis de negócio perceber que, dado o sentido comum e linear da cláusula incorporar qualquer tipo de venda, se impunha recolher informação sobre a necessidade ou não de alteração das cláusulas contratuais à luz do direito de concorrência, o que não sucedeu, conforme se conclui face à inexistência de qualquer evidência nesse sentido. Note-se que estavam em causa cláusulas contratuais, ou seja, matéria da qual os referidos administradores e responsáveis de área não poderiam simplesmente alhear-se, pois estava inserida em negócios jurídicos que vinculavam a sociedade. Acresce que limitações de territórios são matérias que facilmente são associadas a práticas restritivas da concorrência, mesmo antes de 01 de janeiro de 2000, e que, por isso, alarmam uma pessoa medianamente diligente no exercício de funções de administração ou de gestão de negócio em empresas com a dimensão em causa, não sendo minimamente razoável admitir que as visadas não tivessem confiado o seu destino a pessoas que tivessem sido

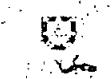
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

capazes de perceber isso (desde pelo menos a data em que passaram a incluir em alguns contratos a referência apenas a vendas ativas) se tivessem sido cuidadosas na análise dos contratos.

Conclui-se, assim, face à prova produzida, não existir qualquer dúvida no sentido de que as cláusulas em análise apenas se mantiveram nos contratos e foram inseridas nos novos não por razões alheias ou não diretamente imputáveis aos administradores e responsáveis da área das recorrentes, mas por evidente descuido.

Importa, por último, referir que não há elementos que permitam concluir que as visadas, nas pessoas dos seus administradores e responsáveis de área representaram a possibilidade de ao manter as referidas cláusulas estarem a efetuar uma prática restritiva da concorrência.” (sublinhados nossos)

Por sua vez, já nas considerações acerca da determinação do *quantum* da coima, menciona a sentença recorrida: “*No que respeita à culpa das visadas, entende-se que a mesma, no plano da negligência, é bastante elevada, quase a raiar a negligência grosseira. Com efeito, já desde 1997 que existiam contratos que apenas referiam as vendas ativas, pelo que as visadas estavam concretamente despertas para a questão. Contudo, não obstante isso, nada fizeram para alterar os contratos vigentes durante mais de uma década, celebraram novos contratos com as cláusulas proibidas e mesmo depois de terem adotado uma minuta sem as mesmas. É certo que em finais de 2014 emitiram uma circular explicativa. Contudo, apenas em setembro de 2015, iniciaram um processo de revisão dos contratos adequado a fazer cessar a conduta. Toda esta sequência de factos revela um nível de descuido, de falta de responsabilidade e de falta de comprometimento com o valor da concorrência muito significativo. O que é ainda mais grave devido à dimensão das visadas.*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Com efeito, a sua grande dimensão torna exigível um nível de responsabilidade acrescido, que as visadas demonstraram claramente que não têm.”

A questão posta no recurso do M.^o P.^o é apresentada com o enfoque de vício da sentença nos termos do art.^o 410^o n.^o 2 al. c) CPP – erro notório na apreciação da prova – partindo o recorrente dos seguintes considerandos:

“...

- a)à dimensão das arguidas, expressa nas suas quotas de mercado e nos seus volumes de negócios, individuais e conjuntos;
- b)à longa implantação no mercado nacional da Petrogal, e, quanto ao facto da Galp Madeira e da Galp Açores – constituídas posteriormente – serem detidas a 100% pela Petrogal;
- c)à circunstância das três arguidas pertencerem ao grupo Galp Energia e de partilharem o mesmo Departamento Jurídico;
- d)ao facto de remontar ao ano 1997 o contrato mais antigo que inclui uma cláusula que, de forma expressa, apenas proíbe as vendas activas fora do território atribuído ao distribuidor, o que revela que, pelo menos desde essa data, a Petrogal estava ciente de que não podia proibir aos seus distribuidores as vendas passivas fora dos respectivos territórios atribuídos;
- e)à interpretação a dar às cláusulas que proíbem as vendas fora do território, sem distinguir as vendas activas das passivas [*“a limitação de vendas passivas que a AdC considerou resultar das referidas cláusulas não é uma interpretação possível, mas corresponde ao sentido literal, comum e, por isso, imediato e linear de cláusulas que, ao não fazerem qualquer distinção quanto ao tipo de vendas, incluem necessariamente todas”* (fls. 9263, 5.^o parágrafo)];
- f)ao facto de continuar a existirem distribuidores que desconhecem que as arguidas não penalizam quem faça vendas passivas fora do seu respectivo território, e, que continuam a regrer-se, por a tal se considerarem obrigados,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

pelo sentido literal da cláusula em questão, não fazendo nem vendas activas nem vendas passivas fora do seu território;

g)ao facto de, até 22 de Dezembro de 2014 (data da circular referida no facto provado 187, a fls. 9199-9201), as arguidas nunca terem informado a totalidade dos seus distribuidores – de forma idêntica e simultânea - da distinção entre vendas activas e vendas passivas e de, nunca antes, terem comunicado à totalidade dos seus distribuidores – de forma idêntica e simultânea - que, pelo menos desde 2000, interpretavam restritamente a cláusula que proíbe as vendas fora do território, concretamente de que só estava vedado aos distribuidores as vendas activas fora do território;

h)ao facto de colaboradores das arguidas – em sede de audiência de discussão e julgamento - terem declarado que muitas vezes os distribuidores queixavam-se de que outros distribuidores violavam a proibição de vendas fora do território, e, de que, após averiguarem o que se passava, concluíam que as queixas eram referentes a vendas passivas e não a vendas activas [situação essa que aponta claramente para o desconhecimento por parte de distribuidores de que só as vendas activas eram sancionadas pelas arguidas];

i) ao facto das limitações de territórios serem “*matérias que facilmente são associadas a práticas restritivas da concorrência, mesmo antes de 01 de janeiro de 2000, e que, por isso, alarmam uma pessoa medianamente diligente no exercício de funções de administração ou de gestão de negócio em empresas com a dimensão em causa, não sendo minimamente razoável admitir que as visadas não tivessem confiado o seu destino a pessoas que tivessem sido capazes de perceber isso (desde pelo menos a data em que passaram a incluir em alguns contratos a referência apenas a vendas ativas)*” (fls. 9234, 1.º parágrafo);

impunha-se extrair a conclusão lógica de que as arguidas não só representaram que a manutenção e a celebração de novos contratos com a cláusula em crise consubstanciavam uma prática restritiva da concorrência (relembra-se a dimensão e a implantação no território nacional das arguidas, a existência de um Departamento Jurídico



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

partilhado pelas arguidas, e, aquele que é o sentido mais imediato e comum da cláusula em questão), **como quiseram manter/celebrar tal tipo de contratos.”**

Concluindo daí que “a manutenção/celebração de contratos contendo a cláusula em crise, acompanhada de uma ausência de comunicação generalizada, idêntica e simultânea aos distribuidores de que não penalizavam quem fizesse vendas passivas fora do território, foi deliberada.”, e que “...as arguidas não poderiam deixar de considerar qual o sentido mais imediato e comum da cláusula em questão nem que era esse o sentido apreendido por um homem médio na posição dos seus distribuidores, e, que, por outro lado, só em casos de conflito entre distribuidores, em que as arguidas eram chamadas e obrigadas a intervir, é que esclareciam os envolvidos na discórdia que, afinal, não penalizavam quem fizesse vendas fora do território que resultassem de solicitações espontâneas de clientes.”

Alegam que “a sua actuação dolosa, na modalidade de dolo directo, resulta de presunções ligadas ao princípio da normalidade e das regras gerais de experiência”, isto com apoio em jurisprudência nacional que citam, terminando por afirmar que “... é inequívoca a existência de "factos materiais e objectivos" que, segundo as regras da experiência comum e da normalidade, provam os factos consubstanciadores de uma actuação dolosa, na modalidade de dolo directo.”

Mais adiantam que dada a natureza de infracção como “permanente, que tal infracção se mantém enquanto a cláusula em crise não for alterada ou eliminada “por via de novos contratos ou adendas contratuais” e que só a partir de Setembro de 2015 as arguidas começaram a eliminar tal cláusula dos contratos,” e isto só depois da decisão condenatória proferida pela AdC ter sido proferida.

Constituiu jurisprudência corrente no STJ que o erro notório é o erro grosseiro que não escapa a um observador médio. Existe erro notório na apreciação da prova, quando se dão como provados factos que, face às regras da experiência comum e à lógica do homem médio, não se teriam podido verificar ou são contraditados por documentos que fazem prova plena e que não tenham



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

sido arguidos de falsos. Este vício tem de resultar do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum (vide, entre muitos outros o Ac. do STJ de 16JUN99, in BMJ 488, pág. 262). E, no mesmo sentido, o Ac. do STJ de 07JUL99, 3^a Secção, cujo sumário se encontra publicado na página da Internet, Boletim nº 33, decidiu que (...) “*O erro notório na apreciação da prova, previsto na al. c), do nº 2, do art. 410º do CPP não reside na desconformidade entre a decisão de facto do julgador e aquela que teria sido a do próprio recorrente, e só existe quando do texto da decisão recorrida, por si ou conjugada com as regras da experiência comum, resulta por demais evidente a conclusão contrária àquela a que chegou o tribunal*”.

O Tribunal recorrido fundamentou a sua decisão quanto à matéria de facto provada e não provada, de forma minuciosa, enumerando os elementos probatórios em que se baseou para formar a sua convicção, com indicação dos depoimentos das testemunhas prestados em audiência, e do porquê da relevância/credibilidade que lhe foi atribuída, com critérios lógicos e objectivos, e alicerçada nos elementos de prova obtidos em audiência, bem como nos documentos juntos aos autos e invocados na motivação da matéria de facto, encontrando-se a matéria de facto fixada de acordo com um raciocínio lógico e coerente.

Ora, analisada a argumentação trazida a esta discussão por parte do M.^o P.^o recorrente, as suas asserções e conclusões baseiam-se e resultam apenas do facto objectivo, documentalmente comprovado e que atravessa toda a matéria de facto provado, que assenta no teor da cláusula contratual escrita delimitadora da zona de venda especificada para cada um dos distribuidores, cláusula essa que se manteve inalterada mesmo em contratos celebrados posteriormente a 1 de Janeiro de 2000.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Acontece que a sentença, para a afirmação da convicção quanto aos factos provados, aditados, em que se afirma e funda a negligência – 189 e 190 - introduz e acrescenta diversos meios de prova, mormente testemunhal - Jorge Carvalho e Pedro Neves -, cuja concatenação, com as considerações postas em destaque (sublinhado) na citação acima efectuada da fundamentação da matéria de facto na sentença, habilitam o tribunal recorrido chegar à conclusão da imputação a título de negligência.

Tal como o tribunal realça na fundamentação da matéria de facto “*Do depoimento de Jorge Carvalho e da demais prova produzida não resultou a mínima evidência de que, o administrador e/ou o responsável pela unidade de negócio em causa, tenham dado instruções expressas para que essa minuta passasse a ser utilizada.* Importa também notar que a prova produzida permite sustentar a fundada convicção que nem Jorge Carvalho, nem os responsáveis da área antes de si e os administradores tinham razões legítimas para crer que não era necessário alterar a cláusula porque todos os distribuidores estavam perfeitamente alinhados com aquele que era o seu entendimento sobre a cláusula.”, “*considera-se que estava ao alcance de administradores de empresas com a dimensão das recorrentes e dos seus responsáveis de negócio perceber que, dado o sentido comum e linear da cláusula incorporar qualquer tipo de venda, se impunha recolher informação sobre a necessidade ou não de alteração das cláusulas contratuais à luz do direito de concorrência, o que não sucedeu, conforme se conclui face à inexistência de qualquer evidência nesse sentido*”, e mais à frente, concluir que as controversas “*cláusulas apenas se mantiveram nos contratos e foram inseridas nos novos não por razões alheias ou não diretamente imputáveis aos administradores e responsáveis da área das recorrentes, mas por evidente descuido*”. (sublinhado e destaque nossos)

Como defendem o acórdão Relação do Porto de 23/02/83, in BMJ, n.º 102/15.9YUSTR
Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

324, p. 620 citado pelo recorrente M.º P.º e os Ac.s STJ 25.09.97, proferido no P.º 479/99, de 8 de Março de 2012, proferido no processo n.º 60/10.6JABRG.G1.S1, da 3.ª Secção, 5 de Junho de 2012, proferido no processo n.º 148/10.3SCLSB.L1.S1, da 3.ª Secção, da Relação de Lisboa de 26/9/200, proferido no P.º 0075443 e de 28/1/97 no P.º 0001015, a prova dos elementos subjectivos de um determinado crime resulta, em princípio, da factualidade objectiva provada, que, com segurança, permita inferir, com base em presunção natural, tais elementos subjectivos.

Aliás, a prova da intenção do agente é insusceptível de prova directa, na medida em que não existem meios de penetrar nessa "ilha de liberdade" que constitui o pensamento e a volição de cada ser humano. Ou seja, a prova de tal vontade, por regra, apenas se logra por via indirecta.

Na maioria dos casos, o dolo, o conhecimento do seu sentido ou significação, acaba por ser dado por provado por presunção do julgador, sem que haja testemunhas - nem as há disso mesmo. O dolo, em função da sua natureza, e na generalidade dos casos, surge provado como circunstância conatural dos factos que constituem os elementos objectivos do crime.

Esta leitura da necessidade e possibilidade de prova do dolo tem inteira aplicação ao elemento subjectivo da infracção contra-ordenacional de que nos ocupamos.

No conceito de dolo desenvolvido pela doutrina penal, aquele comporta aquele duas vertentes:

- a) A intelectual, isto é, o conhecimento material dos elementos e circunstâncias do tipo legal;
- b) A volitiva ou emocional, isto é, a vontade de adoptar a conduta, o

querer adoptar a conduta, não obstante aquele conhecimento, mesmo tendo previsto o resultado criminoso como consequência necessária ou como consequência possível dessa conduta [Simas Santos e Leal Henriques in “C.P. Anotado”, I volume, 1997, pg. 180 e 181 e Prof. Eduardo Correia in “Direito Criminal”, Volume I, 1963, pg.s 367 a 386]. Ou seja, o dolo do tipo não se basta com aquele conhecimento dos elementos típicos, mas exige simultaneamente «*a verificação no facto de uma vontade dirigida à sua realização*» [Figueiredo Dias, in “Direito Penal - Parte Geral” Tomo I, pág. 349]. Este elemento volitivo pode traduzir-se em diferentes classes de dolo, consoante a direcção e força da vontade manifestada, podendo assumir-se aquele como directo, necessário ou eventual.

Quanto ao elemento intelectual do dolo:

É necessário, para que o dolo se afirme, que o agente conheça e represente correctamente ou tenha consciência das circunstâncias do facto que preenche um tipo de ilícito objectivo. Pretende-se que o agente, ao actuar, “*conheça tudo quanto é necessário a uma correcta orientação da sua consciência ética para o desvalor jurídico que concretamente se liga à acção intentada, para o seu carácter ilícito*” [Idem, pág. 334]. Com a consequência de que sempre que o agente represente erradamente, ou não represente, um qualquer dos elementos típicos objectivos, o dolo terá de ser afastado. É o princípio da congruência entre o tipo objectivo e o tipo subjectivo de ilícito doloso. Como refere Figueiredo Dias [Obra citada, pág. 335], «*se o tipo de ilícito é o portador de um sentido de ilicitude, então comprehende-se que a factualidade típica que o agente tem de representar não constitua nunca o agregado de “puros factos”, mas já de “factos valorados” em função daquele sentido de ilicitude...tornando-se indispensável a apreensão do seu significado correspondente ao tipo*». Tal exigência deve respeitar não só aos elementos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

descriptivos do tipo, mas também aos elementos normativos, «aqueles que só podem ser representados e pensados por referência a normas, jurídicas ou não jurídicas». Embora não se exigindo, quanto a estes, que o agente conheça, com toda a exactidão, a subsunção jurídica dos factos na lei que os prevê, sob pena de só o jurista conhecedor poder agir dolosamente - se o agente conhece o conteúdo do elemento mas desconhece a respectiva qualificação jurídica, há um erro de subsunção, que é absolutamente irrelevante para o dolo do tipo - o certo é que se mostra estritamente necessário que o agente tenha conhecimento dos elementos normativos, numa «apreensão do sentido ou significado correspondente, no essencial e segundo o nível próprio das representações do agente, ao resultado daquela subsunção ou, mais exactamente, da valoração respectiva» [Fig. Dias, “O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal”, § 22, I, 2 e 5].,

Seguindo esta perspectiva dos elementos integrantes do dolo, transpondo-a para o presente caso, o alicerce da argumentação do M.º P.º que pretende deduzir o dolo dos comportamentos objectivos traduzidos na manutenção como inalterada da cláusula escrita “limitativa” nos contratos já em execução e nos celebrados após 1 de Janeiro de 2000, não pode conduzir a essa dedução e afirmação do dolo, enquanto conhecimento material dos elementos e circunstâncias do tipo legal e a vontade de adoptar a conduta, o querer adoptar a conduta, não obstante aquele conhecimento. Na realidade, nada fazer quanto a essa inalteração por parte das recorrentes visadas, fosse pela redacção da mesma com outro teor, fosse pela indicação aos co-celebrantes dos contratos de que aquela cláusula tinha uma interpretação diferente daquela que era assumida por todos, não significa forçosamente, por aplicação de um método dedutivo-presuntivo, uma adesão e manifestação de vontade na manutenção dessa situação. Estas imporiam uma prova diversa e diferente da que se mostra feita



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

através da simples inclusão/manutenção da cláusula em questão nos contratos, mesmo nos posteriores a 2000.

Mesmo no domínio da chamada prova indirecta, só se poderá descobrir o invocado erro notório quando, de todo em todo, as regras da experiência comum são antagónicas com o processo lógico que subjaz a determinada conclusão fáctica do tribunal. Esse antagonismo não se verifica no caso, nem se afigura evidente ou notório face às considerações que o tribunal *a quo* atendeu resultantes de prova, diferente da documental evidenciadora da manutenção /inclusão da cláusula nos contratos.

Quando o processo lógico seja claro e não possa afirmar-se aquele antagonismo, não existe o predito vício.

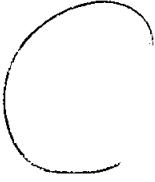
Por esta via e pelas razões que se mostram postas em destaque relativas à fundamentação da decisão fáctica, somos de concluir pela não verificação do invocado vício de erro notório.

Quanto a esta matéria da verificação do elemento subjectivo do tipo legal do ilícito contra-ordenacional, embora numa perspectiva diferente, a recorrente Autoridade da Concorrência, para além de defender a posição do recorrente M.º P.º invoca que a sentença enferma de **erro de julgamento da matéria de direito no preenchimento do tipo subjectivo**, defendendo que a factualidade em causa nos presentes autos, bem como os elementos documentais que a suportam, são demonstrativos de uma efectiva actuação dolosa.

O cerne da argumentação seguida por este recorrente tem por base a materialidade fáctica dada como provada nos pontos 94, 95, 99, 103 a 106, 108, 110, 11, 115 a 119, 121, 123, 126 a 127, 129, 130 a 131, 133, 134, 137, 138, 140, 145, 147, 167 *a contrario*, 188 e 189 (que nos abstemos aqui de citar) para



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



afirmar que a sentença evidencia uma confusão entre o momento de prática do facto – celebração dos contratos – com o cumprimento ou incumprimento ou execução e a sua não revogação ao longo dos anos.

Do conjunto daquela materialidade fáctica provada, conclui a recorrente que a Galp tinha consciência desde 1997 da destrinça entre vendas activas e vendas passivas e, desde 2000 e, como dado provado, mesmo em 2013, celebrou contratos contendo a proibição de todas e quaisquer vendas fora do território atribuído, manifestando o entendimento de que o que releva para a determinação do tipo subjectivo é o facto de duas empresas, Galp na qualidade de fornecedora e um distribuidor, terem celebrado um contrato contendo a proibição de quaisquer vendas o que, como sancionado pelo Tribunal, é proibido e configura um ilícito.

Mais alega que “*não é pelo facto de a Galp não ter exercido plenamente os poderes resultantes do contrato ou de, no limite, por descuido, nas palavras da Sentença, ter sido menos diligente na alteração dos contratos, que se alteram os elementos essenciais do tipo subjetivo: em determinado momento, a Galp, tendo consciência de que não poderia restringir as vendas passivas, decidiu, de modo livre e consciente, celebrar um contrato contendo tal proibição, agindo portanto com dolo (direto).*”, “*E não tendo havido qualquer desoneração contratual ao longo dos anos, não existiu naturalmente qualquer alteração do tipo subjetivo.*”, não sendo verosímil “afirmar que a Galp, na qualidade de maior operador português e administrado por pessoas capazes (como se refere na Sentença), tendo consciência da proibição da restrição de vendas passivas em causa desde 1997, celebrou desde 2000 e durante 14 anos (em diferentes momentos) quase três centenas de contratos contendo uma proibição de quaisquer vendas, mas confiou que nenhum distribuidor cumpriria a cláusula em causa ou que a mesma não era geradora de quaisquer efeitos

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

obrigacionais.”

Classificando a leitura da factualidade seguida na sentença como errada conclui a recorrente que “*a sentença reconhece que os contratos nunca foram revogados, que muitos distribuidores não realizaram vendas fora do território devido à proibição contratual e, desde logo, mais importante que a Galp celebrou estes contratos livremente, pretendendo inserir esta cláusula e tendo consciência desde 1997 de que a restrição de quaisquer vendas fora do território configurava um ilícito.*”, “*A prática proibida, consubstanciada na celebração dos contratos logo em 2000, foi cometida com dolo direto. O maior ou menor descuido na execução, no cumprimento ou incumprimento do contrato em nada altera o tipo subjetivo, sendo, todavia, evidente que durante 14 não existiu qualquer desoneração contratual, não foram as cláusulas proibidas alteradas e foram inclusivamente celebrados novos contratos contendo a proibição de vendas passivas.*”, o que imporia “*ao Tribunal a quo nos presentes autos para efeitos de aferição do tipo subjetivo era por referência ao momento da celebração dos contratos e à vigência dos mesmos e não ao seu cumprimento ou incumprimento durante a execução contratual. (...)* Ou seja, face a todo o exposto impunha-se uma qualificação da atuação das Visadas enquanto dolosa.”

Com o devido respeito pela argumentação desenvolvida pela recorrente Autoridade, a invocação feita da premissa fáctica provada para concluir duma diferente integração a nível do elemento subjectivo do ilícito em apreço, só poderia verdadeiramente ser encarada como invocação de uma eventual contradição insanável entre os factos provados – de um lado, os referidos nos pontos 94, 95, 99, 103 a 106, 108, 110, 11, 115 e 119, 121, 123, 126 127, 129, 130 131, 133, 134, 137, 138, 140, 145, 147, 167 *a contrario* e, do outro e em contraposição, os pontos 188 e 189 – resultando essa contradição pela eventual



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

incompatibilidade entre o conteúdo da cláusula limitadora nos contratos, sua manutenção nos anteriores e inserção nos efectuados após 1 de Janeiro de 200000, com a afirmação da negligência vertida nos factos 189 e 190.

Radicando aquele vício do art.º 410º n.º 2 al. b) CPP quando simultaneamente, se dão como provados factos contraditórios ou quando a contradição se estabelece entre a fundamentação probatória da matéria de facto, sendo ainda de considerar a existência de contradição entre a fundamentação e a decisão, tendo este vício de resultar do próprio texto da decisão recorrida, por si ou conjugada com as regras da experiência comum, a constatação dessa contradição resultaria na impossibilidade de conclusão pelos factos afirmados nos pontos 188 e 189 provados.

Tal como já tivemos oportunidade de referir a propósito do vício invocado, não merecedor de acolhimento, por parte do recorrente M.º P.º, nada fazer quanto a essa inalteração por parte das recorrentes visadas, fosse pela redacção da mesma com outro teor, fosse pela indicação aos co-celebrantes dos contratos de que aquela cláusula tinha uma interpretação diferente daquela que era assumida por todos, não significa forçosamente, por aplicação de um método dedutivo-presuntivo, uma adesão e manifestação de vontade na manutenção dessa situação. Estas imporiam uma prova diversa e diferente da que se mostra feita através e unicamente da simples inclusão/manutenção da cláusula em questão nos contratos, mesmo nos posteriores a 2000, prova que se mostra feita em sentido contrário ou, no mínimo diferente, face às considerações tidas na sentença e que tivemos oportunidade de pôr em destaque citando os segmentos relevantes da fundamentação/motivação da matéria de facto: *“Contudo, a prova produzida, em conjugação com regras da experiência comum e critérios de normalidade e razoabilidade, deixa a descoberto uma atuação inequivocamente descuidada da parte das visadas.*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Assim, alegaram as visadas que os contratos que apenas proíbem vendas ativas deveriam-se a casos em que a interação entre comerciais da Galp e distribuidores de primeira linha conduziu a que a versão final do contrato contivesse tal especificação. E que sempre que tal sucedeu, fosse no momento da celebração do contrato original fosse em momento posterior, em adendas aos contratos em vigor, a Galp nunca se opôs a incluí-la. Mais referiram que nos restantes contratos assinados mesmo depois da década de 2000, não se tendo colocado a questão no decorrer da interação entre os comerciais da Galp e os distribuidores de primeira linha, acabava por se utilizar a minuta base existente, sem alterações a esse respeito. E que após a introdução da nova minuta contratual – já sem a cláusula que proibia todas as vendas fora da área atribuída –, por lapso na seleção da minuta contratual em vigor, voltou a fazer-se uso da minuta antiga.

Não foi produzida qualquer prova sobre estes factos, apenas suposições de Pedro Neves quanto à circunstância de não ter sido utilizada a minuta por si elaborada em 2010, tendo o mesmo referido que ter-se-á devido a lapso do comercial. Tratando-se de especulações, uma vez que a testemunha não tem qualquer participação na celebração dos contratos, tais afirmações não têm valia probatória.

Em todo o caso, mesmo que as asserções referidas fossem verdadeiras, tal não excluiria a verificação de um completo descuido da parte das visadas na manutenção das cláusulas em análise e na celebração de novos contratos com tais cláusulas.

Com efeito, a prova produzida é totalmente desprovida da existência de razões válidas que tivessem impedido os administradores das visadas e os responsáveis pela área de terem promovido a alteração dos contratos e a inclusão nos novos de uma cláusula limitadora apenas das vendas ativas e bem assim de perceberem claramente que era isso que se impunha que fosse feito.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Assim, em primeiro lugar e tal como já referido, não estamos a falar de acordos ou factos que razoavelmente se possa admitir que são alheios ao controlo dos administradores e dos responsáveis da área das visadas.

Em segundo lugar, não é minimamente razoável admitir que pretendendo as visadas alterar a letra dos contratos, no sentido de excluir as vendas passivas da proibição, fosse deparar com obstáculos insuperáveis em relação aos seus distribuidores.

Em terceiro lugar, conforme resultou do depoimento de Jorge Carvalho, que confirmou ter assinado vários contratos de distribuição, os contratos eram assinados pelo responsável da área, com delegação de poderes do administrador responsável. Ora, não resultou do seu depoimento, nem da demais prova produzida, qualquer evidência no sentido de que os contratos tenham sido redigidos contra instruções ou ordens expressas dos administradores e dos responsáveis da área ou que estes tenham sido enganados de qualquer forma. Isto mesmo se conclui relativamente à minuta de 2010. Com efeito, a minuta de 2010 foi redigida pelo departamento jurídico, tendo Pedro Neves esclarecido que depois a sua utilização era da competência da unidade de negócios. Do depoimento de Jorge Carvalho e da demais prova produzida não resultou a mínima evidência de que, o administrador e/ou o responsável pela unidade de negócio em causa, tenham dado instruções expressas para que essa minuta passasse a ser utilizada.

Importa também notar que a prova produzida permite sustentar a fundada convicção que nem Jorge Carvalho, nem os responsáveis da área antes de si e os administradores tinham razões legítimas para crer que não era necessário alterar a cláusula porque todos os distribuidores estavam perfeitamente alinhados com aquele que era o seu entendimento sobre a


TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

cláusula. Com efeito, pese embora Jorge Carvalho tivesse afirmado estar disso convencido, por se tratar de um elemento básico da relação comercial, o certo é que tal convencimento, face à prova produzida, sustentava-se no completo vazio, pois, conforme já referido, não existia nenhum procedimento de informação pré-definido nesse sentido, antes de dezembro de 2014 não existiu qualquer comunicado escrito, nem sequer reuniões generalizadas de esclarecimento. Acresce ainda que se trata de um universo lato de distribuidores, que interagem com delegados comerciais diferentes e, em muitos casos, no âmbito de relações que se iniciaram há muitos anos, tendo existido, conforme se retira da própria defesa das recorrentes, a possibilidade de, em tempos, a cláusula ter sido assumida pelas próprias visadas ou pelas suas antecessoras no sentido de incorporar uma proibição absoluta. Neste contexto, não havia razões para que os administradores e responsáveis de negócios se pudessem sentir confortáveis com a simples assunção de que todos os distribuidores sabiam perfeitamente que uma cláusula que proíbe as vendas fora da área atribuída, sem esclarecer o tipo de vendas, se reportava apenas a vendas ativas, decorrente do facto de confiarem que essa informação era corretamente transmitida pelos delegados comerciais, sem qualquer procedimento de informação pré-definido.

E mesmo que esse alinhamento de entendimentos existisse na prática, ainda assim considera-se que estava ao alcance de administradores de empresas com a dimensão das recorrentes e dos seus responsáveis de negócio perceber que, dado o sentido comum e linear da cláusula incorporar qualquer tipo de venda, se impunha recolher informação sobre a necessidade ou não de alteração das cláusulas contratuais à luz do direito de concorrência, o que não sucedeu, conforme se conclui face à inexistência de qualquer evidência nesse sentido. Note-se que estavam em causa cláusulas contratuais, ou seja, matéria



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

da qual os referidos administradores e responsáveis de área não poderiam simplesmente alhear-se, pois estava inserida em negócios jurídicos que vinculavam a sociedade. Acresce que limitações de territórios são matérias que facilmente são associadas a práticas restritivas da concorrência, mesmo antes de 01 de janeiro de 2000, e que, por isso, alarmam uma pessoa medianamente diligente no exercício de funções de administração ou de gestão de negócio em empresas com a dimensão em causa, não sendo minimamente razoável admitir que as visadas não tivessem confiado o seu destino a pessoas que tivessem sido capazes de perceber isso (desde pelo menos a data em que passaram a incluir em alguns contratos a referência apenas a vendas ativas) se tivessem sido cuidadosas na análise dos contratos.

Conclui-se, assim, face à prova produzida, não existir qualquer dúvida no sentido de que as cláusulas em análise apenas se mantiveram nos contratos e foram inseridas nos novos não por razões alheias ou não diretamente imputáveis aos administradores e responsáveis da área das recorrentes, mas por evidente descuido.

Importa, por último, referir que não há elementos que permitam concluir que as visadas, nas pessoas dos seus administradores e responsáveis de área representaram a possibilidade de ao manter as referidas cláusulas estarem a efetuar uma prática restritiva da concorrência.”

Perante este conjunto de considerandos nenhuma contradição entre os factos se mostra evidenciada e muito menos insanável. Na realidade, para além da prova documental em que assenta o essencial da argumentação da recorrente AdC resultante do conteúdo dos contratos e da controversa cláusula, o tribunal atendeu a outras provas para afirmação dos factos 189 e 190 provados.

Nos termos do art.º 15.º CP:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

“Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz:

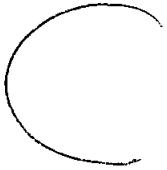
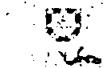
- a) Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou*
- b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.”*

Os elementos da negligência são assim: o dever objectivo de cuidado; a capacidade de cumprimento desse dever, aferida de acordo com o critério do homem concreto; e a previsibilidade do resultado.

Desta forma, a imputação de um facto a título de negligência encontra-se sujeita (além do limite imposto pelo princípio da tipicidade previsto no artigo 13º do CPenal) a uma dupla limitação. Por um lado, existe uma limitação de cariz subjectivo, a qual consiste na possibilidade ou capacidade do agente, segundo as circunstâncias do caso e as suas capacidades pessoais (critério do homem concreto), de prever, ou prever correctamente, a realização do evento, ou seja, a sua capacidade de cumprir o dever de cuidado. Por outro lado, existe uma limitação objectiva, ou seja, a ocorrência do resultado deve ser previsível pelo agente, previsibilidade essa determinada de acordo com as regras gerais da experiência dos homens (cfr. Eduardo Correia, in Direito Criminal, I vol., págs. 421 e ss.).

Já o dever objectivo de cuidado está conexionado com certas actividades perigosas ou arriscadas, que são admitidas (ou seja, não proibidas) pela ordem jurídica desde que se observem certas regras ou preceitos de cautela.

No que se refere ao tipo objectivo dos crimes negligentes, como sublinha H. H. Jescheck, in Tratado de Derecho Penal, Parte general, 1981, 2º



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

vol., p. 795, ss., o mesmo exige dois elementos: (i) a violação de um dever objectivo de cuidado; (ii) a produção de um resultado causalmente derivado daquela violação.

Relativamente ao dever objectivo de cuidado, salienta-se que o dever de cuidado é imposto às pessoas pelo respeito devido aos bens jurídicos a que a lei penal confere a tutela da punição por negligência.

Dever de cuidado esse que, ainda na esteira de Jescheck, se desdobra em dois momentos: *i)* antes de mais, numa exigência de cuidado interno, isto é, de avaliação do perigo para o bem jurídico: só a representação da possibilidade de ocorrência de um perigo para o bem jurídico impõe ao agente tomar as medidas de cuidados indispensáveis à sua não verificação. Para determinar, perante um caso concreto, se tal exigência foi ou não cumprida, deve atender-se ao critério do homem cuidadoso, colocado nas concretas circunstâncias. Desta avaliação decorre *ii)* o segundo momento constitutivo do dever de cuidado, o chamado cuidado externo, ou seja, «*o dever de realizar um comportamento exterior correcto em ordem a evitar a produção do resultado típico*» (ob. cit, p. 799), dever esse que, em regra, se traduz na abstenção da acção perigosa.

Dando como assente e inalterado que “*As visadas não tiveram o cuidado de rever as minutas contratuais a partir de 01 de janeiro 2000 e de, nos novos contratos celebrados após 01 de janeiro de 2000, limitar as vendas fora da área atribuída apenas às vendas ativas, cuidado esse de que eram capazes.*” e “*As visadas não representaram a possibilidade de ao manter e celebrar novos contratos com as referidas cláusulas estarem a efetuar uma prática restritiva da concorrência.*”, a constatação de que o cometimento do ilícito contra-ordenacional foi sob a forma negligente mostra-se inultrapassável, ou seja, a reconfiguração da imputação subjectiva, nos moldes pretendidos pela

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

recorrente, para a forma dolosa só poderia ser feita depois da eliminação dos pontos 189 e 190 dos factos provados na sentença.

Pelo exposto nenhum erro de julgamento em matéria de direito se mostra cometido na sentença recorrida quanto ao preenchimento do elemento subjectivo do ilícito a título de negligência ali afirmado.

Passando agora à apreciação da **segunda das questões** suscitadas pela recorrente Autoridade da Concorrência - erro de julgamento da matéria de direito quanto à não aplicação da al. c) do art.º 101º TFUE – argumenta esta que “*Na sentença recorrida, após a refutação das hipóteses de afetação elencadas pela AdC na Decisão, conclui-se pela inexistência de uma efetiva suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-membros no caso concreto.*”, “*Face à não verificação da suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-membros, o Tribunal a quo não se pronunciou sobre o caráter sensível de uma eventual afetação do comércio. Porém, considerou não existirem razões para discordar do exercício de definição de mercado relevante realizado pela AdC (cf. pág. 183 a pág. 192 da sentença) recorrida e por conseguinte ficou provada a elevada quota das visadas no mercado relevante*”, “*conclusões não tiveram em consideração a jurisprudência da EU e nacional bem como as Orientações da Comissão no que se refere à afetação do comércio entre Estados-membros.*”

Fundamenta essa discordância com a consideração de que a “*jurisprudência consolidada a aplicação do critério de afetação do comércio exige a verificação da suscetibilidade da afetação, o que significa que não é necessário que o acordo ou a prática tenha ou tenha tido efetivamente um efeito no comércio entre os Estados-membros.*”, citando acórdãos do Tribunal Processo 102/15.9YUSTR Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

da Relação de Lisboa de 7 de janeiro de 2014 (Processo n.º 938/10.7PYLSB.L1), n.º 19/77, do Tribunal de Justiça (processo Miller International Schallplatten GmbH c. Comissão), n.º 107/82, do Tribunal de Justiça (processo Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken c. Comissão), para concluir que “*o que interessa para efeitos de determinação do critério de afetação do comércio entre Estados-membros é a mera capacidade de o acordo ou prática em questão afetar o comércio e não em que medida, num determinado momento, o comércio é efetivamente afectado.*”

Por contraposição à linha argumentativa seguida na sentença, defende a recorrente que “*existe comércio transfronteiriço de GPL em garrafa entre Portugal e Espanha.*”, “*a eventual inexistência, num determinado momento, de exportações de GPL em garrafa de Portugal para Espanha não deve impedir a aplicação das regras da concorrência da UE nos casos - como o caso em consideração - em que o comércio transfronteiriço é possível em face da natureza do produto em causa e os acordos são capazes de afetar esse comércio no futuro.*”, “*a eventual inexistência de fluxos transfronteiriços poderá resultar precisamente dos acordos em análise que, ao imporem a venda de GPL em garrafa unicamente aos clientes estabelecidos no território contratual, são suscetíveis de impedir as exportações para Espanha*”, “*a diferença de preços entre Portugal e Espanha pode resultar, em certa medida, dos acordos em causa que, ao dividirem artificialmente o mercado em áreas geográficas, são suscetíveis de aumentar o nível de preços do GPL em garrafa*” e, finalmente, “*o elemento a ter em conta para aferir a capacidade de um distribuidor português exportar para Espanha deve ser a sua estrutura de custos e não os preços que este pratica no mercado nacional de GPL em garrafa*”.

Termina pela afirmação da existência de erro de julgamento da matéria
Processo 102/15.9YUSTR
Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de direito quanto à não aplicação da al. c) do art.º 101º TFUE.

Acerca desta concreta questão, menciona a sentença recorrida o seguinte: “É jurisprudência assente que para um acordo entre empresas ser suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, deve ser possível prever com um grau suficiente de probabilidade, com base num conjunto de elementos objetivos de direito ou de facto, que tem influência direta ou indireta, efetiva ou potencial, nos fluxos comerciais entre Estados-Membros de modo a poder prejudicar a realização dos objetivos de um mercado único entre Estados-Membros²⁶. Mais se salienta que é além disso, necessário que esta influência não seja insignificante²⁷ e que a influência que um acordo pode exercer sobre o comércio entre Estados-Membros aprecia-se tendo nomeadamente em consideração a posição e a importância das quotas no mercado dos produtos em causa²⁸.

A jurisprudência comunitária tem também entendido, desde o acórdão Remia e o. c. Comissão, proc. 42/84, que um acordo que se estende a todo o território de um Estado-Membro tem, pela sua própria natureza, por efeito consolidar barreiras de carácter nacional, entravando assim a interpenetração económica pretendida pelo Tratado.

Partindo destes e de outros princípios afirmados pela jurisprudência comunitária, a Comissão Europeia emitiu as Orientações da Comissão sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, publicadas no JO 2004/C 101/07. Não são vinculativas, é certo, mas desenvolvem de forma bastante aprofundada a matéria.

Resulta, assim, das referidas Orientações e tal como sustentam as recorrentes, que o conceito de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados Membros desdobra-se em três segmentos: (i) o conceito de «comércio entre os Estados Membros»; (ii) a noção de «suscetível de afetar»; (iii) e o conceito de «carácter sensível».

Quanto ao conceito de “comércio entre os Estados Membros” importa reter as seguintes asserções: é um conceito amplo que cobre toda a atividade económica transfronteiriça e que também abrange situações em que os acordos ou práticas afetam a estrutura concorrencial do mercado; implica que deve haver um impacto nas atividades económicas transfronteiriças que envolva, no mínimo, dois Estados Membros, não sendo, contudo, necessário que o acordo ou

²⁶ Acórdão do TJ AEPI C. Comissão, proc. C-425/07 P, § 51,

²⁷ Acórdão Javico, citado, § 16.

Processo 102/15.9YUSTR

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

prática afete o comércio entre um Estado Membro e a totalidade de outro Estado Membro e pode envolver apenas parte de um Estado Membro; a aplicação do critério de afetação do comércio é independente da definição dos mercados geográficos relevantes, pois o comércio entre os Estados Membros pode ser igualmente afetado em casos em que o mercado relevante é nacional ou subnacional – cfr. Orientações § 19 a 22.

Quanto à noção de suscetível de afetar, os princípios fundamentais são os seguintes: a avaliação baseia-se em fatores objetivos; não é necessário que o acordo ou a prática tenha ou tenha tido efetivamente um efeito no comércio entre os Estados Membros, bastando que o acordo ou prática seja «suscetível» de ter esse efeito; não há qualquer obrigação ou necessidade de calcular o volume efetivo de comércio entre os Estados Membros afetados pelo acordo ou prática; a avaliação à luz do critério de afetação do comércio depende de uma série de fatores que, considerados individualmente, podem não ser decisivos, sendo que estes fatores incluem a natureza do acordo ou da prática, a natureza dos produtos objeto do acordo ou prática, a posição e importância das empresas em causa e o contexto jurídico e factual em que se inscreve o acordo ou a prática; deve existir uma influência na «estrutura do comércio entre os Estados-Membros», ou seja, deve-se poder concluir que, devido ao acordo ou prática abusiva, o comércio entre os Estados Membros for suscetível de evoluir de forma diferente daquela que seria a sua evolução provável na ausência do acordo ou da prática; a influência dos acordos e práticas na estrutura do comércio entre os Estados Membros pode ser «direta ou indireta, efetiva ou potencial» - cfr. § 23 a 43 das Orientações.

Quanto ao conceito de «carácter sensível», o princípio prevalecente é o que não se inscrevem no âmbito de aplicação do art. 101º, do TFUE, os acordos e práticas que, devido à fraca posição das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa, afetam o mercado de forma não significativa e que o carácter sensível pode ser apreciado, nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa – cfr. § 44, das Orientações.

Partindo deste princípio, a Comissão fixou uma presunção negativa elidível, que conduz à ausência de um efeito sensível no comércio entre os Estados-Membros (regra NASC), aferida em função de quotas de mercado e volumes de negócios nos termos consignados no § 52. Por outro

²⁸ Acórdão Javico, citado, § 17.

Processo 102/15.9YUSTR

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

lado, estipulou uma presunção positiva elidível no caso de um acordo ser suscetível, pela sua própria natureza, de afetar o comércio entre os Estados Membros, por exemplo porque diz respeito a importações e exportações ou porque abrange diversos Estados Membros, em função também do volume de negócios e das quotas de mercado – cfr. § 53.

Mais consignou que no caso de redes de acordos concluídos pelo mesmo fornecedor com diferentes distribuidores, são tidas em conta as vendas realizadas por toda a rede e para efeitos da aplicação da regra NASC, os contratos que fazem parte da mesma operação global constituem um único acordo. As empresas não podem, para beneficiar destes limiares, segmentar um acordo que, numa perspetiva económica, constitua um todo - § 56 e 57.

Nos parágrafos 86 a 92, a Comissão fornece exemplos de acordos verticais suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados Membros.

Considerando estes parâmetros gerais, entende-se, *in casu*, que não se verifica o pressuposto em análise e bem assim que a presunção de afetação do comércio entre os Estados Membros decorrente do facto da conduta abranger todo o território (que apenas seria aplicável à Petrogal, tendo por referência o território continental), não é sustentável, face à constatação de que as hipóteses de afetação que concretamente se podem conceber não terem viabilidade suficiente.

Assim, não se concorda com a AdC no sentido de existir uma probabilidade suficiente dos acordos em causa, *ao proibirem a realização de vendas passivas em Portugal Continental fora do território, serem suscetíveis de impedir o fornecimento de GPL em garrafa a clientes localizados noutras Estados-membros, designadamente em Espanha, que tenham realizado pedidos espontâneos aos distribuidores de GPL em garrafa das visada*. Considera-se que esta hipótese é de afastar dadas as diferenças de preços significativas que a AdC apurou.

Também não se concorda com a AdC no sentido de *que qualquer novo entrante que pretenda estabelecer-se em Portugal como concorrente na distribuição de GPL em garrafa pode claramente atrasar ou não realizar a sua entrada no mercado em função da repartição de mercado existente por força dos contratos em causa*. Considera-se esta hipótese não pode ser afirmada com probabilidade suficiente devido ao facto, salientado pelas recorrentes, de terem entrado no mercado novos concorrentes, quando já vigoravam as cláusulas de limitação das vendas passivas fora do território.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Igualmente não se acolhe o argumento de que os acordos em causa ao *dividirem artificialmente os mercados em áreas geográficas, são suscetíveis de aumentar o nível de preços do GPL em garrafa nessas regiões, deste modo afetando o nível de importações de GPL em garrafa proveniente de outros Estados-membros, designadamente de Espanha*. Não há qualquer evidência, nos autos, de importações de GPL em garrafa de Espanha. Acresce que esta hipótese, dadas as diferenças de especificações técnicas existentes nos mercados português e espanhol relacionadas com o produto em questão e os assinaláveis “custos de transporte”, salientados pela AdC, não pode ser afirmada com um grau de probabilidade suficiente.

Mais sustenta a AdC que, os acordos em causa, ao *dividirem artificialmente o mercado em áreas geográficas, são suscetíveis de aumentar o nível de preços do GPL em garrafa, assim reduzindo o nível de consumo deste produto em Portugal e limitando, de forma indireta, os fluxos transfronteiriços do GPL em grosso*. Ficou efetivamente provado que 2/3 do GPL disponível para consumo é importado, normalmente por grosso, e que em 2011, perto de 70% das importações portuguesas de GPL foram provenientes do Reino Unido, Noruega e Nigéria.

Contudo, esta hipótese também não sustenta um juízo de probabilidade suficiente de afetação porque, mesmo que se aceitem como razoáveis e possíveis e não hipotéticas ou especulativas as premissas de facto nas quais se sustenta (aumento do nível de preços do GPL em garrafa provocado pelos acordos em causa, redução do nível de consumo deste produto em Portugal devido a esse aumento e consequente diminuição das importações do GPL em grosso) já não se pode concluir, com base num juízo de probabilidade suficiente, pela afetação da estrutura do comércio entre os Estados Membros. Isto porque o GPL não é importado apenas do Reino Unido e da Noruega (país com o qual a União Europeia tem um acordo de comércio livre) e, sem indicadores adicionais, não se pode concluir, com um juízo de probabilidade suficiente, que seriam os fluxos transfronteiriços com aqueles países que seriam afetados. Nesta medida, esta possibilidade não ultrapassa, face aos dados apurados, a fronteira da hipótese e da especulação.

Conclui-se, assim, pela não verificação deste requisito e consequentemente pela não aplicação do art. 101º/1, do TFUE.”



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A leitura do excerto citado permite-nos dizer que o Tribunal *a quo* centrou a averiguação de uma “probabilidade suficiente”, nas Orientações da Comissão e na jurisprudência europeia que indicou tendo concluído que os acordos/contratos em discussão nos autos não são susceptíveis de afectar as trocas comerciais entre Estados-Membros e não exigiu, contrariamente ao que afirma a recorrente, a prova de que tais acordos afectavam efectivamente as trocas comerciais, ou seja, a prova de uma verdadeira “*demonstração de efetiva afetação de comércio entre Estados-Membros*”, limitando-se, neste particular, a afirmar da inexistência de um juízo de probabilidade suficiente dessa afectação.

Nos termos do parág. 21 das **Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado**, *in* Jornal Oficial da União Europeia C 101/81 de 27.4.2004, “*O requisito de afectação do comércio «entre os Estados-Membros» implica que deve haver um impacto nas actividades económicas transfronteiriças que envolva, no mínimo, dois Estados-Membros. Não é necessário que o acordo ou prática afecte o comércio entre um Estado-Membro e a totalidade de outro Estado-Membro. Os artigos 81.º e 82.º podem igualmente ser aplicáveis em casos que envolvam apenas parte de um Estado-Membro, desde que o efeito no comércio seja sensível*”, tendo-se fixado que este carácter sensível deve ser avaliado “*em função das circunstâncias específicas de cada caso, nomeadamente da natureza do acordo ou prática, da natureza dos produtos abrangidos e da posição de mercado das empresas em causa. No caso de, pela sua própria natureza, o acordo ou prática ser susceptível de afectar o comércio entre os Estados- Membros, o limiar em termos de «carácter sensível» é mais baixo do que no caso de acordos e práticas que não são, pela sua própria natureza, susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros.*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Quanto mais forte for a posição de mercado das empresas em causa, maior é a probabilidade de um acordo ou prática susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros o vir a afectar de forma sensível” – parág. 45. Mais consideram aquelas Orientações que “No caso de acordos ou práticas abusivas que abrangem o território de um único Estado-Membro, pode ser necessário proceder a uma avaliação mais aprofundada da possibilidade de esses acordos ou práticas abusivas afectarem o comércio entre os Estados-Membros. Importa lembrar que, para que haja efeito no comércio entre os Estados-Membros, não é necessário verificar-se uma redução do comércio, bastando que seja susceptível de se produzir uma alteração sensível da estrutura do comércio entre os Estados-Membros. Não obstante, em muitos casos que implicam um único Estado-Membro, a natureza da alegada infracção e, sobretudo, a sua vocação para encerrar o mercado nacional, fornecem uma boa indicação acerca da possibilidade de o acordo ou prática afectar o comércio entre os Estados-Membros.” – parág. 77 – sendo que “Os acordos verticais que cobrem a totalidade de um Estado-Membro podem, nomeadamente, afectar a estrutura do comércio entre os Estados-Membros no caso de dificultarem a penetração das empresas de outros Estados-Membros no mercado nacional em causa, quer através de exportações, quer através de estabelecimento (efeito de encerramento). No caso de produzirem efeitos de encerramento, os acordos verticais contribuem para uma segmentação dos mercados numa base nacional, dificultando, deste modo, a interpenetração económica que constitui um objectivo do Tratado.” – parág. 86.

A situação fáctica trazida aos autos pode caracterizar-se como sendo tipicamente a referida nestes dois últimos parágrafos pelo que se imporia, no mínimo, a prova de “dificultarem a penetração das empresas de outros Estados-Membros no mercado nacional em causa quer através de exportações,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

quer através de estabelecimento (efeito de encerramento).”, o que manifestamente não se mostra efectuada nem revelada na matéria de facto provada; essa dificuldade mostra-se afastada através da entrada, como é do conhecimento público e geral, no mercado de empresas nacionais e multinacionais como a Repsol, a Rubis (sucessora da antiga BP), a Prio e a OZ Energia (sucessora da antiga Esso), inexistindo notícias de encerramentos por esse motivo.

Outro dos aspectos necessários para a constatação dessa afectação de comércio traduz-se na afectação do nível de importações de GPL em garrafa proveniente de outros Estados Membros, mormente da vizinha Espanha. As considerações tecidas a este propósito na sentença recorrida e que conduziram à afirmação de não ser susceptível de ser afectado o comércio, assentes numa não evidência, nos autos, de importações de GPL em garrafa de Espanha dadas as diferenças de especificações técnicas existentes nos mercados português e espanhol relacionadas com o produto em questão e os assinaláveis “custos de transporte”, são pertinazes e com as mesmas não podemos deixar de concordar.

Adianta-se na argumentação do tribunal argumentos como as diferentes especificações técnicas do GPL em garrafa nos dois mercados vizinhos, o diferente modo de regulação e fixação de preços, as barreiras regulamentares e custos de transporte entre os dois mercados – de acordo com os factos provados 59, 60, 6162 a 65 - factores que afectam a susceptibilidade de afectação do nível das importações, ou seja, estas não se mostram claramente influenciáveis pelo factor de organização distributiva feita em Portugal e da limitação geográfica que se poderia extraír da cláusula contratual imposta aos distribuidores de primeira linha.

O outro apontamento específico que a recorrente AdC põe em destaque



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

no seu recurso diz respeito à hipótese de as importações de GPL em grosso serem indirectamente afectadas, destacando aqui que importará apenas aferir o critério da susceptibilidade de afectação do comércio entre Estados-membros e não o de exigir uma efectiva afectação, não prevista no artigo 101.º do TFUE, como pareceu seguir a sentença recorrida quando afirmou “*Isto porque o GPL não é importado apenas do Reino Unido e da Noruega (país com o qual a União Europeia tem um acordo de comércio livre) e, sem indicadores adicionais, não se pode concluir, com um juízo de probabilidade suficiente, que seriam os fluxos transfronteiriços com aqueles países que seriam afetados. Nesta medida, esta possibilidade não ultrapassa, face aos dados apurados, a fronteira da hipótese e da especulação.*”

A pretensão da recorrente AdC esbarra com a necessidade de produção de prova, claramente não feita nos autos, de molde a estabelecer uma qualquer ligação causa/consequência entre o esquema organizativo da distribuição de GPL em garrafa nos termos limitativos estabelecido nos contratos celebrados e a influência nos fluxos transfronteiriços com a Noruega e o Reino Unido, países de onde é efectuada a maior parte dos 2/3 da importação necessária para abastecer o mercado nacional – factos provados 55 a 57 – isto independentemente de estabelecer qualquer quantificação da efectiva afectação desse comércio.

Somos assim de seguir a conclusão tida na sentença de que “*esta possibilidade não ultrapassa, face aos dados apurados, a fronteira da hipótese e da especulação.*”

Ultrapassadas estas questões, importa debruçarmo-nos sobre a questão do montante da coima aplicada que atravessa transversalmente todos os recursos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O recorrente M.º P.º traz essa questão ao recurso na decorrência da pretensão de ver condenadas as visadas pela contra-ordenação causa a título de dolo directo e de lhes ser aplicadas coimas compatíveis com essa mesma imputação.

Por sua vez, a recorrente AdC a questão é posta como consequência da alteração da imputação da contra-ordenação com o preenchimento do tipo subjectivo a nível do dolo.

Por relação às recorrentes visadas, essa concreta questão é posta de um modo subsidiário, perante o eventual decaimento no pedido principal de absolvição, manifestando o entendimento que as mesmas assumem valores injustificadamente elevados.

Como atrás já fizemos referência, a pretensão de ver alterada a sentença na parte em que a imputação da contra-ordenação é feita às visadas a título de negligência não obteve acolhimento, seja pela não constatação do vício invocado pelo recorrente M.º P.º, seja pela inexistência de erro de julgamento da matéria de direito neste aspecto parcelar da impugnação feita pela AdC.

Assim sendo, apenas as considerações tecidas pelas recorrentes visadas terão de ser aqui apreciadas.

Relembrando o que se argumenta na sentença quanto à fixação da coima:

“A coima funciona como uma “mera «admonição», como mandato ou especial advertência conducente à observância de certas proibições ou imposições legislativas”²⁹. Por conseguinte, devem ser estranhas à aplicação e determinação da medida da coima exigências de “retribuição ou expiação de uma culpa

²⁹ Figueiredo Dias, *O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra Editora, 1998, pág. 30.

Processo 102/15.9YUSTR

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ética”³⁰, bem como de ressocialização do agente³¹, pelo que esta sanção “desempenha uma função geral negativa e de prevenção especial negativa”³².

Estes fins devem ser alcançados em função, nomeadamente, dos critérios enunciados no art. 69º/1, da LdC, e que são os seguintes: a gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional; a natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração; a duração da infração; o grau de participação do visado pelo processo na infração; as vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas; o comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência; a situação económica do visado pelo processo; os antecedentes contraordenacionais do visado pelo processo por infração às regras da concorrência; a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento.

São ainda de considerar todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo, deponham a favor ou contra a arguida, nos termos previstos no art. 71º/2, do CP, *ex vi* art. 32º, do RGCO.

Invocam ainda as visadas as “Linhas de Orientação sobre a Metodologia a Aplicar na Determinação de Coimas”, de 20 de dezembro de 2012, aprovadas pela AdC, em particular as asserções aí tecidas a propósito do volume de negócios diretamente relacionado com a infração.

O que importa referir sobre esta matéria é que se considera que as referidas Linhas de Orientação não são vinculativas para o Tribunal, enquadrando-se na categoria da “soft law”, que inclui os atos das entidades administrativas sem eficácia injuntiva, através dos quais as mesmas dão a conhecer aos seus destinatários o entendimento jurídico que está subjacente à sua atuação³³.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*. No mesmo sentido, veja-se Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário ao Regime ..., pág. 84.

³² Paulo Pinto de Albuquerque, ob. cit., pág. 84.

³³ Cfr. sobre o conceito Frederico de Lacerda da Costa Pinto e Alexandre Brandão da Veiga, “Natureza, Limites e Efeitos das Recomendações e Pareceres Genéricos da CMVM”, in Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, nº 12, Dez. 2001, pág. 279 e nota de rodapé 12, que cita Carlos Ferreira de Almeida, Cadernos 7 (2000), pág. 27”.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Admite-se, é certo, que tais Orientações sejam vinculativas para a própria AdC, o que significa que a sua não observância pela Autoridade pode violar os princípios da boa fé e da proteção da confiança.

Sucede que, pese embora não se possa deixar de expressar alguma surpresa pelo facto da AdC não ter aplicado a metodologia à qual se vinculou, o certo é que nem as recorrentes invocam a violação de tais princípios, nem a sua invocação, no caso concreto, teria qualquer viabilidade face a uma conduta que teve início em 01 de janeiro de 2000, datando as Orientações de 12 de dezembro de 2012.

Por conseguinte, o Tribunal não está obrigado a seguir a metodologia proposta pela AdC nas referidas Orientações. O que não significa que se desconsidere o volume de negócios diretamente relacionado com a infração. Com efeito, reconhece-se que a jurisprudência comunitária tem dado relevo a este fator, salientando que *a parte do volume de negócios obtida com as mercadorias objeto da infração é de natureza a fornecer uma justa indicação da amplitude de uma infração no mercado em causa*³⁴.

Contudo, o mesmo deve ser considerado na determinação das medidas das coimas, pois para efeitos de determinação da moldura legal abstrata vale o volume de negócios realizado no ano imediatamente anterior à decisão final condenatória pela Autoridade da Concorrência, nos termos previstos no art. 69º/2, da LdC, que, face à ausência de qualquer critério especificador se reporta necessariamente ao volume de negócios total.

Alegam as recorrentes que *qualquer interpretação do disposto no art.º 69.º da Lei n.º 19/2012, no sentido de que o limite máximo da medida da coima não se afera com referência ao volume de negócios relacionado com a infração, mas antes pelo volume de negócios total, é inconstitucional, por violar designadamente o princípio da legalidade previsto no art.º 29.º, n.º 1 da CRP,*

³⁴ Parágrafo 40 do acórdão do Tribunal Geral de 27.02.2014, no caso Imolux Corp. c. Comissão Europeia, proc. T-91/11.

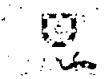


TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

para além do disposto no art.º 32.º, n.º 10 da CRP, o que se argui para os devidos efeitos.

Respondendo à questão, cujos termos da exposição são apenas aqueles que se reproduziram no parágrafo precedente, não se vislumbra, nem as recorrentes o esclarecem, qualquer razão para se considerar que a interpretação do disposto no art.º 69.º da Lei n.º 19/2012, no sentido de que o limite máximo da medida da coima não se afere com referência ao volume de negócios relacionado com a infração, mas antes pelo volume de negócios total, é inconstitucional, por violar o princípio da legalidade previsto no art.º 29.º/1 da CRP, para além do disposto no art.º 32.º/10 da CRP.

Alegam ainda as recorrentes que a norma citada potencia que *uma visada poderá ver a sua coima agravada se determinada decisão se mostre mais ou menos demorada, relativamente a uma outra, ainda que sobre os mesmos factos, o que fere o princípio da igualdade, consagrado no art.º 13.º, n.º 1 da CRP*. Para além disso, *ao fazer com que o quantum da medida da coima acabe por ficar exclusivamente dependente de circunstâncias incertas e futuras que não a situação existente à data da prática dos factos, viola o princípio da legalidade, previsto no art.º 29.º, nrs. 1 e 3 da CRP*, à luz do qual se estabelece que “*ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da respetiva conduta*”. Mais acrescentam que *a cominação legal em apreço comporta, do ponto de vista do respeito pelos direitos de defesa, exatamente o mesmo efeito caso a lei nada previsse quanto aos limites mínimos e máximos da coima aplicável, e depois, em momento imediatamente anterior à decisão, viesse a entrar em vigor uma nova lei, em que se viesse a determinar, por exemplo, que os factos seriam puníveis com coima a fixar até aos € 1.000.000.000,00*. Salientam ainda que, *levando ao absurdo o critério previsto no art.º 69.º, n.º 2 da Lei n.º 19/2012, verifica-se que, em situações extremas, o mesmo é suscetível de conduzir a que a decisão a adotar não se encontre, na ausência de dados que permitam apurar o volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior, balizada por nenhum limite máximo, podendo*


TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

dessa forma a coima concretamente aplicável ser fixada num qualquer valor que a AdC entenda ajustado, o que redundaria num exercício de poderes discricionários, intoleráveis à luz da lei e da Constituição. Referem ainda que mais grave do que isso é a constatação de que, ao relegar para o exercício imediatamente anterior à decisão o surgimento dos critérios pelos quais se há-de pautar a definição do limite máximo da coima aplicável, o critério supra exposto dá azo a que a AdC possa, mais uma vez no uso de uma discricionariedade que a lei não lhe concede, escolher o momento mais propício para a prolação de uma decisão condenatória, com o natural agravamento que daí decorre a nível da coima concreta a aplicar a cada um das Visadas.

Analizando a questão, importa esclarecer que não está em causa a apreciação, à luz da jurisprudência perfilhada ao abrigo da lei anterior, da bondade do critério utilizado pelo legislador no atual art. 69º/2, da LdC, como é evidente, mas aferir apenas e só da conformidade constitucional da norma com os citados princípios da igualdade e da legalidade.

No que respeita ao princípio da igualdade e 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.

É certo que este critério irá ter expressão diversa consoante a decisão da AdC demore mais ou menos tempo a ser proferida. Contudo, isso também poderá suceder quando se aprecia o critério previsto no art. 69º/1, al. g), da LdC, a conduta posterior aos factos a que alude o art. 71º/2, al. e), do CP, *ex vi* art. 32º, do RGCO, ou o tempo decorrido desde a prática da infração, que nos termos do art.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

72º/2, al d), do CP, *ex vi* art. 32º, do RGCO, é passível de conduzir à atenuação da sanção. Vemos, assim, que o ordenamento jurídico, no que respeita à determinação da medida da sanção, tem várias normas jurídicas cuja expressão final e concreta pode variar em função do andamento dos autos. Contudo, isso não conduz à desconformidade das normas aplicáveis com o princípio da igualdade, porquanto, na sua formulação genérica e abstrata, preveem critérios iguais para todos os destinatários.

Do que se trata, na verdade, é da sua aplicação prática. Sucede que, quanto a esta, não se vislumbra nenhum indício, nem as recorrentes invocam qualquer fundamento para se concluir que a AdC, mercê de um tratamento diferenciado em relação a empresas nas mesmas circunstâncias, violou o princípio da igualdade.

No que concerne ao princípio da legalidade, o critério adotado pelo legislador no art. 69º/2, da CRP, não afeta este princípio, na vertente da determinabilidade, pois os visados, ainda que 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. O que se considera suficiente para determinar a sua conduta.

Acresce ainda que, caso o volume de negócios seja inexistente, os limites não serão fixados arbitrariamente pela AdC, mas resultam diretamente do art. 17º/1 e 2, do RGCO.

Por conseguinte, não se verifica a inconstitucionalidade invocada pelas recorrentes.

Assim sendo, as molduras legais abstratas a considerar são, atento o disposto nos arts. 69º/2, da LdC, e 17º/1 e 4, do RGCO, as seguintes:

- para a Petrogal: € 3,75 a € 415.344.783,00;
- para a Galp Açores: € 3,75 a € 3.376.015,6;
- para a Galp Madeira: € 3,75 a € 6.184.093,3.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No que respeita à gravidade das condutas, considera-se que a mesma não é significativamente elevada, por três razões essenciais.

Em primeiro lugar e levando em consideração o critério referido no art. 68º/1, al a), da LdC, verifica-se que não ficaram demonstrados efeitos concretos em prejuízo da concorrência.

Em segundo lugar e no âmbito do mesmo critério, não se podem deixar de considerar, neste plano específico e tal como as recorrentes sustentam (ainda que sem a dimensão por si defendida), os seguintes factos: não terem proibido ou limitado as vendas passivas, porque a sua interpretação das cláusulas era no sentido de que as mesmas apenas proibiam as vendas ativas; o terem incentivado determinado tipo de vendas passivas; a existência de alguns distribuidores que consideravam que as cláusulas não proibiam as vendas passivas e terem-nas efetuado; e, quanto às Regiões Autónomas, a circunstância da conduta estar limitada a partes dos respetivos territórios.

Em terceiro lugar, não ficou demonstrado que tenham colhido qualquer benefício económico da sua conduta.

Em contrapartida, não se pode qualificar a conduta das visadas como reduzida, por seis razões essenciais.

Em primeiro lugar, a prática traduziu-se em acordos expressos, contidos em cláusulas contratuais, que incidem sobre uma das hipóteses tipificadas no art. 9º/1, da LdC.

Em segundo lugar, no que respeita especificamente à Petrogal, há que considerar também o número elevado de contratos que continham estas cláusulas.

Em terceiro lugar, ficou demonstrado que um número de distribuidores não efetuou vendas passivas devido ao contrato. Trata-se de um número que não é elevado, é certo, mas, em todo o caso, é demonstrativo de que não se tratou, conforme sustentam as recorrentes, de meras cláusulas contratuais sem qualquer expressão na realidade.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em quarto lugar, a prática insere-se num mercado com um elevado número de consumidores (cfr. ponto 6) dos factos provados), associado a um bem de consumo relacionado com necessidades básicas, tendo as visadas quotas de mercado muito significativas. Com a agravante, em relação à Petrogal, de abranger todo o território continental. Importa ainda considerar os volumes de negócios auferidos pelas visadas e diretamente relacionados com a infração, que ficaram provados (cfr. pontos 73), 76), 77) e 192)) e que são bastante significativos.

Em quinto lugar, a prática durou, pelo menos, 14 anos e alguns meses em relação à Petrogal, 12 anos e alguns meses em relação à Galp Açores e 2 anos e alguns meses em relação à Galp Madeira.

Em sexto lugar, as recorrentes tiveram participação direta nos factos.

No que respeita à culpa das visadas, entende-se que a mesma, no plano da negligência, é bastante elevada, quase a raiar a negligência grosseira. Com efeito, já desde 1997 que existiam contratos que apenas referiam as vendas ativas, pelo que as visadas estavam concretamente despertas para a questão. Contudo, não obstante isso, nada fizeram para alterar os contratos vigentes durante mais de uma década, celebraram novos contratos com as cláusulas proibidas e mesmo depois de terem adotado uma minuta sem as mesmas. É certo que em finais de 2014 emitiram uma circular explicativa. Contudo, apenas em setembro de 2015, iniciaram um processo de revisão dos contratos adequado a fazer cessar a conduta. Toda esta sequência de factos revela um nível de descuido, de falta de responsabilidade e de falta de comprometimento com o valor da concorrência muito significativo. O que é ainda mais grave devido à dimensão das visadas. Com efeito, a sua grande dimensão torna exigível um nível de responsabilidade acrescido, que as visadas demonstraram claramente que não têm.

Ora, estas razões levam a afirmar a existência de exigências de prevenção especial negativa elevadas, pese embora as visadas não tenham antecedentes contraordenacionais nessa matéria e tenham colaborado com a AdC.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No que respeita às exigências de prevenção geral negativa também se considera que não são despiciendas, dada a evidente notoriedade das arguidas no contexto nacional, cuja conduta pode servir de referência.

Em face de todas as razões precedentes e considerando a situação económico-financeira das visadas entende-se serem proporcionais à gravidade dos factos, compatíveis com a culpa das visadas e necessárias, suficientes e adequadas para satisfazer as finalidades punitivas, coimas mais próximas do limite mínimo, mas não significativamente próximas, designadamente as seguintes:

- € 3.9 Milhões para a Petrogal;
- € 150.000,00 para a Galp Açores (tendo em conta a duração temporal da conduta, superior em relação à conduta imputada à Galp Madeia);
- € 40.000,00 para a Galp Madeira.”

O essencial da pretensão das recorrentes, apontando a fixação da coima em € 614 308, diz respeito a cinco factores que foram relevados na sentença:

- i) A qualificação como não reduzida da conduta das recorrentes extraindo ser a mesma reduzida com a leitura que faz dos factos provados 96, 106, 145 a 147 e insistindo na inexistência de qualquer acordo restritivo da concorrência;*
- ii) Daquela leitura dos factos extrai que apenas 15% dos distribuidores referiram não fazer qualquer tipo de vendas por razões contratuais, o que deveria determinar, como reflexo, uma redução proporcional em função do numero de distribuidores com cláusulas restritivas;*
- iii) A invocação de anteriores decisões da AdC em processos de concorrência, destacando os que mereceram decisão de arquivamento com a obrigação de eliminação da cláusula restritiva;*
- iv) Redução por subtracção do período de cometimento decorrente após*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

a circular de sua autoria datada de 22.10.2014 (quereriam dizer 22.12.2014);

v) Prescrição ocorrida quanto a 193 dos 211 contratos de distribuição.

O primeiro dos elementos destacados pelas recorrentes já se mostra ultrapassado pelo que anteriormente se mostra decidido quanto à verificação de acordos restritivos de concorrência em resultado do teor das cláusulas contratuais geograficamente limitativas das vendas impostas aos distribuidores de primeira linha. O tratamento estatístico feita pelas recorrentes visadas não tem a mínima correspondência com o afirmado na sentença, sendo que a totalidade dos contratos que as continham não se prefiguravam apenas nos agora alegados 15% dessa totalidade, como objectivamente decorre dos factos provados – em 199 dos 240 contratos em vigor (que correspondem a 83,8% dos contratos) existe uma cláusula que proíbe o distribuidor de primeira linha de vender fora da área identificada no mesmo conforme facto 106), desses contratos, 34 celebrados pela Petrogal depois do ano 2000 proíbem a realização de vendas fora do território contratual (sem fazerem apenas referência às vendas ativas) - conforme facto 115), pelo menos outros 3, celebrados após o segundo semestre de 2010, também a mantêm, cfr. ponto 116).

O factor prescricional invocado para a redução da coima não tem aqui a menor das influências em virtude da apreciação a que anteriormente já se procedeu quanto à (não) ocorrência da causa extintiva do procedimento contra-ordenacional prescrição abrangendo os contratos anteriores a 31 de Julho de 2007. Daí a relevância atribuída na sentença ao período decorrido uma vez que *“já desde 1997 que existiam contratos que apenas referiam as vendas ativas, pelo que as visadas estavam concretamente despertas para a questão. Contudo, não obstante isso, nada fizeram para alterar os contratos vigentes durante mais de uma década, celebraram novos contratos com as cláusulas proibidas e*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mesmo depois de terem adotado uma minuta sem as mesmas.”

E mesmo por efeito da Circular de 22.12.2014 – facto provado 186) - a pretensão das recorrentes visadas de limitar a duração da infracção em menos de um ano, até Setembro de 2015 (data em que, conforme facto provado 195, as visadas iniciaram um processo de revisão de todos os contratos, fazendo referência apenas às vendas activas na cláusula que proíbe as vendas fora da área atribuída) também não pode merecer o acolhimento por este tribunal na medida que se traduziria no apagar do comportamento antecedente - não levaram a cabo qualquer outra iniciativa, desde 01 de Janeiro de 2000, no sentido de esclarecer todos distribuidores, cujos contratos não referiam apenas vendas activas e, não tiveram o cuidado de rever as minutas contratuais a partir de 01 de Janeiro 2000 e de, nos novos contratos celebrados após esta data, limitar as vendas fora da área atribuída apenas às vendas activas (factos provados 188 e 189) - que atravessou a vigência de todos os contratos celebrados e mantidos, pelo menos, desde 1.01.2000.

A invocação de desfecho de processos anteriores com decisões da AdC no sentido de arquivamento com compromissos e sem aplicação de coima parece-nos algo deslocada na medida em que cada caso é um caso.

De qualquer modo e valendo-nos da resposta oferecida pela AdC a este aspecto parcelar do recurso interposto pelas visadas, diremos que na génese dos processos elencados e trazidos à discussão pelas recorrentes não se encontrava uma restrição grave (*hardcore*), como acontece no presente; tratavam-se nos mesmos de infracções decorrentes da existência de cláusulas de exclusividade, ao passo que as imputadas às recorrentes se referem a restrições territoriais em matéria de vendas passivas fora do território contratual que, como se afirma na sentença, são consideradas restrições *hardcore* integrando a categoria das



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

restrições por objecto.

Ainda por relação à anterior prática decisória da AdC importa mencionar que o tratamento sancionatório que foi dado a outra infracção de idêntico tipo ao das dos autos mereceu a aplicação de uma coima – caso Lactogal, decisões disponíveis no *site* da Autoridade da Concorrência com os identificativos PRC201004.aspx, IDF201214.aspx e IDF_14_12_TRL_29jan14.pdf.

Vistos os argumentos desenvolvidos na sentença que acima se mostram citados, face às molduras das coimas aplicáveis à infracção em causa (para a Petrogal: € 3,75 a € 415.344.783,00; para a Galp Açores: € 3,75 a € 3.376.015,6 e, para a Galp Madeira: € 3,75 a € 6.184.093,3,) o *quantum* concreto das coimas que ali se mostram fixadas revelam-se adequados, proporcionais e criteriosamente estabelecidos, nenhuma censura merecendo.

III – DISPOSITIVO

Face ao exposto, acordam os juízes deste Tribunal da Relação em:

a) Negar provimento aos recursos interpostos pelo M.^o P.^o, pela Autoridade da Concorrência e pelas visadas Petróleos de Portugal – Petrogal, S.A., Galp Madeira – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A. e Galp Açores – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A.

b) Condenar cada uma das recorrentes visadas no pagamento das custas do recurso, com taxa de justiça que se fixa em 6 (seis) UC.

Elaborado e revisto pelo primeiro signatário.

Lisboa, 10 de Janeiro de 2017

