

Tribunal da Relação de Lisboa
3ª Secção
Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt



200460-10080840



36/17.2YUSTR.L1

Exma. Senhora

Avenida de Berna, N.º 19
1050-137 Lisboa

Processo: 36/17.2YUSTR.L1	Recurso Penal	Referência: 12080816
Origem: Recurso (Contraordenação), nº 36/17.2YUSTR do Santarém - Tribunal da		Data: 14-09-2017
Concorrência, Regulação e Supervisão - 1º Juízo		
Recorrido: Autoridade da Concorrência e outro(s)...		
Recorrente: Firmo A V S - Papéis e Papelaria, S.A. e outro(s)...		

Notificação por via postal registada

Assunto: Acórdão

Fica V. Exª notificada, na qualidade de Mandatária da Recorrida 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).

A Oficial de Justiça,

Andreia Parreira Fragoso



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

Processo n.º 36/17.2YUSTR.L1

Acordam na Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa:

1. A Autoridade da Concorrência (doravante AdC) condenou a sociedade FIRMO – Papéis e Papelarias, S.A. (adiante FIRMO ou AVS ou recorrente) numa coima no montante de 160.000€ (cento e sessenta mil euros), nos termos do disposto nos artigos 43.º e 44.º da Lei n.º 18/2003, pela prática da infracção prevista no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, bem como ao disposto no n.º 1 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

2. Inconformada, a arguida interpôs recurso de impugnação judicial daquela decisão da autoridade administrativa, o qual foi distribuído ao 1.º JUÍZO do TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO, que por sentença decidiu julgar o recurso parcialmente procedente, por parcialmente provado, aplicando à arguida uma coima no montante de cinquenta mil euros (€ 50.000), pela prática de uma contra-ordenação prevista e punida pelo artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) e d), e 43.º, n.º 1, al a), da Lei n.º 13/2008, de 11.06, em violação também do disposto no artigo 101.º, n.º 1, alíneas a) e c), do TFUE.

3. A arguida veio interpor recurso da sentença, para este tribunal, extraíndo da motivação apresentada as seguintes conclusões:

1ª A Lei 18/2003, de 11 de junho (Lei 18/2003) estabelece, no presente caso, um regime mais favorável ao arguido face ao regime que resulta da Lei nº 19/2012, de 8 de maio (Lei 19/2012), pelo que as questões abordadas neste recurso devem ser discutidas e decididas ao abrigo das normas daquele primeiro diploma.

2ª De resto, os factos em discussão neste processo ocorreram na vigência da Lei 18/2003 e o correspondente inquérito foi aberto antes da entrada em vigor (e até de aprovação) da Lei nº 19/1012.

A. PRESCRIÇÃO



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

3ª No caso dos autos, o procedimento contraordenacional imputado à Recorrente prescreve ao fim de cinco anos se não ocorrer entretanto alguma circunstância prevista na Lei de interrupção do prazo prescricional e, de qualquer forma, prescreve sempre ao fim de um período de sete anos e meio, acrescido, no máximo, de eventuais mais seis meses de suspensão do processo – cfr. artigos 48º, nº 1, al. b) e nº 3, da Lei 18/2003, e artigos 27º-A, nº 1 e 2, e 28º, nºs 1 e 3, do Regime Geral das Contraordenações (RGCO).

4ª No limite, o procedimento contraordenacional prescreve sempre ao fim de oito anos.

5ª O prazo de prescrição começa-se a contar na data de ocorrência da infração ou, no caso de se tratar de uma infração continuada e permanente, a partir do momento em que cessa o comportamento ilícito.

6ª Nos presentes autos, a Recorrente foi condenada pela prática de uma contraordenação correspondente a infração consumada em 19 de outubro de 2009 (tendo sido julgado extinto, por prescrição, o procedimento contraordenacional por factos anteriores a novembro de 2008).

7ª No caso concreto dos autos e em relação contraordenação imputada à Recorrente, a tomada de declarações perante a Autoridade da Concorrência, na fase administrativa, a na qualidade de representante legal da arguida em 06.11.2012, não constitui diligência de prova capaz de, nos termos do artigo 28º, nº 1, alínea b), do RGCO, interromper o prazo prescricional então em curso.

8ª Aquelas declarações de destinaram-se a confirmar alguns pontos do pedido de clemência apresentado anteriormente pela arguida

9ª Ora, a abertura do processo de contraordenação foi precedida de pedidos de clemência apresentados pelas arguidas com os quais foi junta extensa documentação probatória, a qual terá que ter sido suficiente para determinação da infração, uma vez que só assim aqueles pedidos de clemência poderiam ter sido considerados válidos e eficazes.

10ª Tendo isto em conta, dispondo a AdC de dois pedidos de clemência que considerou válidos e eficazes, não se pode considerar como *necessária* uma posterior diligência de tomada de declarações de um representante legal da arguida que apresentou o primeiro pedido de clemência, pois a AdC não precisava, em rigor, de prova adicional para concluir pela existência da infração,

11ª Tanto mais que as declarações prestadas por nada acrescentaram em relação à participação da Recorrente no acordo de concertação de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

preços, em especial no que respeita ao período relevante para condenação da Recorrente, isto é o período posterior a 26.12.2008.

12ª Com efeito, resulta claro da douda Decisão Recorrida que a Meritíssima Juiz não se serviu das declarações prestadas por _____ para imputar à Recorrente uma participação ilícita nos concursos lançados em _____ pelos _____ isto é os únicos concursos que foram relevantes para condenação da Recorrente.

13ª De resto, a leitura das referidas declarações de _____ (cfr. fls. 578 e ss) permite claramente concluir que as mesmas nada referem relativamente àqueles concursos de _____ nem trouxeram nada de novo em relação à documentação apresentada com os pedidos de clemência que se possa considerar minimamente relevante para motivar a condenação da Recorrente.

14ª Acresce após a apresentação dos pedidos de clemência pela _____ e pela _____ a AdC decidiu abrir o inquérito contraordenacional apenas em 12.09.2011, e, só mais de um ano depois, em 06.11.2012, o _____ prestou as tais declarações, para nada mais de relevante se passar no processo até à diligência de *buscas e apreensão de prova* que teve lugar, dois anos e quase três meses depois, em 26.02.2015, nas instalações da Recorrente e das restantes arguidas.

15ª Conforme resulta dos doutos acórdãos citados nesta motivação, impõe-se *uma leitura restritiva da al. b) do nº 1 do artigo 28º do RGCO: a referência a "exames e buscas" transmite a ideia de necessidade de realização de diligências de prova estritamente necessárias e que revelem alguma complexidade e/ou morosidade.*

16ª A diligência de tomada de declarações do _____ perante a AdC não constitui seguramente diligência de alguma morosidade ou complexidade, nem se mostra *estritamente* necessária (falta-lhe utilidade) à determinação da contraordenação imputada à Recorrente para efeitos da sua condenação.

17ª Ao invés, o comportamento da AdC antes e depois da diligência de tomada de declarações de _____ é demonstrativo de que tal diligência foi utilizada como forma de "gestão" das interrupções do prazo prescricional, o que não é admissível.

18ª Por outro lado, até 26.02.2015, data em que se procedeu à diligência de buscas e apreensão de prova, a Recorrente não sabia da existência do processo, nem sequer que era suspeita ou potencial arguida no mesmo, no que significa que só teve conhecimento da existência de um processo contraordenacional com esta gravidade e relevância mais de cinco anos após a prática da contraordenação que lhe é imputada, *o que não é compatível com*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

um Estado de Direito Democrático (garantido pelo artigo 2º da CRP) e que colide frontalmente com os direitos, liberdades e garantias assegurados aos seus cidadãos (cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09.09.2015 acima citado), designadamente com o direito constitucional a um processo justo, leal e equitativo consagrado no artigo 20.º, n.º 4 da CRP e no artigo 6.º da CEDH.

19ª Concluindo-se que, no caso concreto e em relação pelo menos à Recorrente, a diligência de tomada de declarações de _____ não teve relevância, nem interesse suficientes para obter o efeito interruptivo do prazo prescricional então em curso, só em 26.02.2015, quando as instalações da Recorrente foram objeto de uma diligência de buscas, é que ocorreu a primeira circunstância suscetível, em abstrato, de interromper o prazo de prescrição do procedimento contraordenacional.

20ª Na realidade, antes dessa data, não ocorreu nenhuma das circunstâncias previstas nas alíneas do n.º 1 do artigo 28º do RGCO, designadamente, não foi comunicada ou notificada à Recorrente qualquer decisão ou despacho, não houve outras diligências de prova relevantes, a nota de ilicitude só foi notificada à Recorrente em 02.10.2015 (cfr. fls. 2186) e só muito depois aconteceu a prolação da decisão que aplicou a coima.

21ª Considerando, de acordo com a Decisão Recorrida, que a prática contraordenacional imputada à Recorrente terminou em 19 de outubro de 2009 e, como tal, que nessa data se iniciou a contagem do prazo de prescrição de cinco previsto no artigo 48.º, n.º 1, b), da Lei n.º 18/2003, não restam dúvidas que o procedimento contraordenacional prescreveu em 19 de outubro de 2014 em relação à Recorrente, isto é, em data anterior à diligência de buscas que teve lugar em 26 de fevereiro de 2015.

22ª Significa isto que, quando as diligências de busca e apreensão foram realizadas pela AdC, em 26.02.2015, já se encontrava prescrito o procedimento contraordenacional relativamente à Recorrente, tendo decorrido integralmente o prazo legal de cinco anos previsto no artigo 48.º, n.º 1, b), da Lei n.º 18/2003 sem que, no decurso do mesmo, a AdC tivesse praticado qualquer ato capaz de interromper a prescrição.

23ª Acresce que a interrupção de um prazo de prescrição só pode ser considerada se e quando o evento interruptivo (como tal definido por lei) ocorrer no decurso daquele prazo e enquanto o mesmo não terminou, pelo que, não se pode considerar como gerador de um efeito interruptivo a ocorrência de uma diligência (no caso, as buscas de 26.02.2015) que, embora considerada no elenco de atos a que a lei confere em abstrato esse efeito, tenha sido praticado já depois do decurso integral do prazo em causa.

24ª Pelo exposto, o procedimento contraordenacional relativo à Recorrente deve ser



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

declarado extinto, por prescrição, também em relação aos factos ocorridos entre 26 de dezembro de 2008 e 19 de outubro de 2009, conforme expressamente se requer.

Tendo julgado de modo diferente, a Decisão Recorrida violou o artigo 48.º, n.º 1, b), e n.º 3, da Lei n.º 18/2003, o artigo 28º, n.º 1, alínea b) do RGCO, os artigos 2º e 20º, n.º 4, da CRP e o artigo 6º da CEDH.

SEM PRESCINDIR

B. NULIDADE

25ª Verificaram-se, durante a fase administrativa do processo de contraordenação que culminou com a decisão da AdC, violações de princípios legais e constitucionais estruturantes do nosso ordenamento jurídico, as quais determinam inelutavelmente a nulidade de todo o processado posterior à emissão da Nota de Ilicitude, incluindo portanto, aquela decisão, bem como a decisão do TCRS agora recorrida.

26ª A violação de princípios fundamentais de um Estado de Direito pelas autoridades administrativas não pode ser “desculpada” perante uma eventual indeterminação (que não se aceita, no caso) das consequências negativas daquela violação.

27ª As consequências negativas da violação pela AdC, durante a fase administrativa, de princípios legais e constitucionais estruturantes, designadamente as dificuldades e o dispêndio de recursos (financeiros e temporais), foram efetivamente alegadas pela Recorrente no recurso de impugnação da decisão administrativa que aplicou a coima e encontram-se provadas pela extensa troca de “expediente” entre a AdC e a Recorrente.

28ª A Recorrente viu-se obrigada, no período que mediou entre a notificação da Nota de ilicitude e a apresentação da respetiva resposta, a concentrar o seu tempo e consumir elevadíssimos recursos na análise detalhada do processo apenas para efeitos de tentativa de obtenção de uma consulta plena (identificando e organizando o mais detalhadamente possível as omissões de elementos de prova na versão do processo que a AdC lhe facultou e diligenciando junto da AdC no sentido de esclarecer a própria organização interna do processo e de ultrapassar as restrições de acesso detetadas), com prejuízo relevante para a organização da sua defesa.

29ª Tudo em virtude da incapacidade de a AdC propiciar à Recorrente um acesso ao processo em moldes que lhe permitissem compreender a sequência lógica, o teor e o sentido dos documentos dele constantes (em especial os documentos truncados), a razão e a justificação para as limitações de acesso a estes últimos, ou a aferição da razoabilidade de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

tais limitações, em violação manifesta dos direitos de defesa da Recorrente e do direito, constitucionalmente reconhecido, a um processo justo e equitativo.

30ª Acresce que não cabia à Recorrente, mas sim à AdC, o ónus de assegurar uma organização e autuação do processo em moldes que lhe permitissem o conhecimento pleno dos factos e respetivos elementos de prova da participação, ou não participação, nos mesmos, de modo a que a Recorrente pudesse ter uma visão de conjunto do ilícito que lhe é imputado, dos elementos de prova em que se baseia essa imputação e, nessa base, preparar a sua defesa.

31ª A AdC não foi capaz de assegurar à Recorrente as condições necessárias para o exercício adequado, por esta, do seu direito de defesa, o qual ficou irremediavelmente comprometido.

32ª Ocorreu, assim, na fase administrativa do processo, uma violação do direito de defesa previsto no artigo 50º do RGCO e no artigo 32º, n.º 10, da CRP, o que implica a nulidade de todo o processado após a prolação da Nota de Ilícitude, nos termos explicados no Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 1/2003, tal como ocorreu a violação do direito da Recorrente a um processo leal, justo e equitativo, com consagração na CRP, designadamente no seu artigo 20º, n.º 4, e no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), que também implica a nulidade de todo o processado após a prolação da Nota de Ilícitude, nulidades essas que expressamente se invocam.

33ª Estas nulidades foram tempestivamente invocadas no processo, quer na fase administrativa, quer no recurso de impugnação da decisão condenatória da AdC, pelo que o presente recurso pode conhecer das mesmas, nos termos do artigo 75º, n.º 2, do RGCO, e do 410º, n.º 3, do Código de Processo Penal (CPP), aplicável *ex vi* do artigo 41º, n.º 1 do RGCO.

34ª Em face do exposto, deve ser declarada a nulidade de todo o processo a partir da prolação da Nota de Ilícitude, com fundamento na violação do direito de defesa previsto no artigo 50º do RGCO e no artigo 32º, n.º 10, da CRP, e ainda, com fundamento na violação do direito da Recorrente a um processo leal e equitativo, consagrado no artigo 20º, n.º 4, da CRP e no artigo 6º da CEDH.

Tendo decidido de modo diverso, isto é, julgando improcedente a nulidade invocada no recurso de impugnação da decisão administrativa, a Decisão Recorrida violou estas normas e princípios constitucionais.

SEM PRESCINDIR E SUBSIDIARIAMENTE



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

C. ERRO NOTÓRIO NA APRECIACÃO DA PROVA

35ª Não obstante restrição da cognição do tribunal de recurso à matéria de direito, o presente recurso pode ter como fundamento, entre outros, o erro notório na apreciação da prova, desde que este vício resulte do texto da Decisão Recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum.

36ª A Decisão Recorrida considerou provado que: “Entre 17 de julho de 2017 e setembro de 2010, a

celebraram e mantiveram um acordo no mercado português de que consistia na alocação de clientes ou de produtos por cliente, ou seja, atribuir a cada fabricante certos produtos usados por cada cliente, sendo que os restantes fabricantes não tentam obter encomendas desse tipo de produto nesse cliente” – ver ponto 48 dos Factos Provados.

37ª De seguida, nos pontos 49 a 54 dos Factos Provados, está explicada a dinâmica e o modo como foi, na convicção a Meritíssima juiz, implementado o referido acordo pelas arguidas (ou seja, sem intervenção da Recorrente).

38ª Por sua vez, no já mencionado nº 55 dos Factos Provados, a Meritíssima Juiz considerou assente que a Recorrente, “entre data não apurada do ano de 2008 e novembro de 2008 participou nesse acordo em relação ao cliente e outros não concretamente apurados, e entre 26 de dezembro de 2008 e 19 de outubro de 2009 participou no referido acordo em relação aos acordo esse que foi implementado nos concursos infra identificados”.

39ª Nos pontos a 56 a 157 dos Factos Provados são descritos mais de 25 procedimentos concursais para repartidos por vários clientes e que tiveram lugar no período entre julho de 2017 e setembro de 2010, em relação aos quais a Decisão Recorrida considerou ter havido concertação de preços.

40ª Todavia, no que respeita à Recorrente, a Decisão Recorrida só a envolve em três daqueles concursos, ou seja aqueles que estão identificados nos pontos 101 a 105, e 121 a 123, dos Factos Provados, para além de ter considerado provado que a Recorrente se recusou expressamente, em novembro de 2008, em participar numa prática restritiva da concorrência em relação ao cliente – cfr. ponto 114 dos Factos Provados.

41ª Foi esta recusa que justificou a decisão, pela Meritíssima Juiz, de repartir o comportamento imputado à recorrente em duas contraordenações: uma referente ao período anterior a novembro de 2008, cujo procedimento declarou prescrito, e outra



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

relativa à infração cometida após aquela data.

42ª No entender da Meritíssima Juiz, a mencionada recusa da Recorrente, em novembro de 2008 e na sequência da consulta do (cfr. ponto 114 dos Factos Provados), cessou o acordo inicial (admitindo-se, apenas por facilidade de argumentação, que o mesmo existia), na medida em que revelou uma vontade clara, levada ao conhecimento das demais empresas envolvidas, de se subtrair ao mesmo (cfr. página 126 da Decisão Recorrida), o que gerou uma rutura e a necessidade de um novo arranjo (cfr. página 118 da Decisão Recorrida).

43ª Acontece que, em lado nenhum da Decisão Recorrida, designadamente na respetiva motivação da decisão sobre a matéria de facto, é afirmado e, muito menos, explicado devidamente como, quando, em que momento, com que intervenientes e com que intenções foi estabelecido esse *novo arranjo* para vigorar entre a Recorrente e as restantes arguidas após novembro de 2008.

44ª Pelo contrário, tudo indica no processo e resulta do próprio texto da Decisão Recorrida que, pelo menos após novembro de 2008, depois daquela quebra do acordo inicial, a Recorrente não acertou com as demais arguidas, previamente e em termos globais, como iriam proceder face aos futuros concursos para fornecimento de envelopes no mercado nacional.

45ª Com efeito, abstraindo, por desnecessidade, a contraordenação já declarada prescrita e os factos que a poderiam integrar (pontos 121 a 123 dos Factos Provados), o comportamento ilícito imputado na Decisão Recorrida à Recorrente e pelo qual foi condenada resume-se à pretensa participação no acordo durante um não muito longo período de cerca de dez meses e apenas em relação a dois concursos específicos (pontos 101 a 105 dos Factos Provados), como conclui a Meritíssima Juiz quase no final da página 135 da sua decisão.

46ª Por sua vez, quando analisada a Motivação dos Factos Provados, pode-se concluir que a Meritíssima Juiz considerou aqueles pontos 101 a 105 provados com base na transcrição de comunicações entre representantes da designadamente

bem como nas declarações prestadas pelos mesmos em audiência, não resultando sequer indiciado em lado algum dessas comunicações e declarações que a participação da Recorrente naqueles concursos se fez no âmbito ou para concretização de um acordo mais amplo e global de repartição de cliente e aumento de preços.

47ª Ao invés, os factos provados indiciam fortemente que, quando muito, se tratou de dois acordos pontuais e especificadamente estabelecidos para aqueles dois concursos, na medida



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

T

em que a Recorrente não apresentou propostas em vários concursos que tiveram lugar entre dezembro de 2008 e outubro de 2009 (designadamente os concursos identificados nos pontos 63, 82, 84, 92 ou 153 dos Factos Provados e na alínea b) dos Factos não Provados), para além de que, como é reconhecido na Decisão Recorrida, a Recorrente não obteve qualquer benefício económico ou outras vantagens da sua participação naqueles dois concursos de dezembro de 2008 e outubro de 2009, quer porque os fornecimentos não lhe foram ali adjudicados, quer porque não venceu (nem sequer concorreu) a qualquer outro concurso conluiado com concorrentes, quer porque não recebeu alguma “compensação” dos seus concorrentes – ver página 135 da Decisão Recorrida.

48ª Se a Recorrente participasse realmente num acordo global estabelecido entre as restantes arguidas, seguramente que teria apresentado sistematicamente propostas nos diversos concursos que decorreram durante a pretendida vigência do acordo, ao contrário do que realmente aconteceu, pois apenas apresentou propostas nos dois concursos que marcam o início e o termo do acordo imputado à Recorrente na Decisão Recorrida.

49ª A Decisão Recorrida concentra fundamentalmente os seus esforços na demonstração da participação e envolvimento das arguidas (e, durante um período inicial também da) num acordo de repartição de clientela e de aumento de preços, e só quase residualmente versa sobre o comportamento da Recorrente o, que, até pelo confronto com o volume de texto dedicado às restantes arguidas, é bem sintomático do alheamento da Recorrente relativamente a um eventual acordo permanente estabelecido entre aquelas.

50ª Ponderadas as circunstâncias enunciadas nas conclusões anteriores, que resultam do próprio texto da Decisão Recorrida, conjugadas com as regras de experiência comum e o princípio *in dubio pro reo*, é forçoso concluir que, quando muito, a Recorrente estabeleceu com as restantes arguidas acordos pontuais e específicos com vista à apresentação de propostas concertadas nos concursos datados de 26 de dezembro de 2008 e 19 de outubro de 2009.

51ª Só contrariando todas as regras da experiência comum o princípio *in dubio pro reo*, se pode concluir que uma empresa aderiu a um acordo global de concertação de preços quando se limita a concorrer em dois concursos, relativos a um único cliente, ambos perdidos para outros concorrentes, recusando a presença em tantos outros concursos (daquele e doutros clientes) e sem obter qualquer compensação.

52ª Pelo exposto, a deveria ter sido considerado que, após novembro de 2008, a Recorrente não aderiu ao acordo permanente e global pretensamente celebrado pelas restantes arguidas



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

nos termos do ponto 48 dos Factos Provados, o que vem a significar que a Decisão Recorrida padece do vício de erro notório na apreciação na prova (cfr. artigo 410º, nº 2, alínea c), do CPP) no que respeita à factualidade considerada provada nos pontos 55 e 158 dos Factos Provados relativamente à Recorrente e ao período posterior a novembro de 2008.

53ª No processo de contraordenação, a verificação dos vícios do artigo 410, nº 2, do CPP, na decisão judicial recorrida determina o reenvio do processo para novo julgamento para o mesmo Tribunal, tendo em vista a sanção do vício arguido, nos termos dos artigos 426º e 426º-A, do CPP.

54ª Sem prescindir, caso assim não se entenda, deverá o Tribunal da Relação de Lisboa corrigir o vício apontado, alterando a Decisão Recorrida no sentido de considerar provado que os factos descritos nos pontos 55 e 158 dos Factos Provados respeitam apenas ao período anterior a novembro de 2008, e que os acordos estabelecidos entre as arguidas com vista à apresentação de propostas nos concursos descritos nos pontos 101 a 105 dos Factos Provados, foram, no que respeita à Recorrente, acordos meramente pontuais, específicos e autónomos entre si e em relação ao acordo existente entre as restantes arguidas, ao qual a Recorrente não aderiu após novembro de 2008.

55ª E, esta alteração da Decisão Recorrida implica, necessariamente, a absolvição da Recorrente de qualquer coima, porquanto, sem prescindir do acima alegado nas Conclusões 3ª a 24ª,

a) O procedimento (agora) relativo especificadamente à contraordenação referente à infração (autónoma) que terá sido cometida em 26 de dezembro de 2008 sempre está prescrito desde 26 de junho de 2016, isto é, sete anos e meio contados desde a data da infração, independentemente de ter ocorrido ou não alguma causa interruptiva do prazo (uma vez que, até aí, não ocorrera qualquer uma das causas de suspensão do prazo prescricional) - artigo 48.º, nº 1, b), e nº 3, da Lei n.º 18/2003, e artigos 27-A, nº 1, e 28º, nº 3, ambos do RGCO e,

b) No que respeita à contraordenação de 19 de outubro de 2009, trata-se da pretensa participação da Recorrente num único acordo relativamente a um único concurso respeitante a um único cliente, que não tem, notoriamente, como objeto ou efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, e muito menos, é suscetível de afetar a concorrência de forma sensível, faltando assim a verificação de dois elementos típicos da contraordenação prevista no artigo 4º, nº 1, da Lei 18/2003, pelo que a Recorrente não a praticou e terá que ser absolvida de qualquer coima



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

Tendo julgado de modo diverso, a Decisão Recorrida violou o artigo 410º, nº 2, alínea c), do CPP, os artigos 4º, nº 1, e 48º, nº 1, b), e nº 3, da Lei n.º 18/2003, e os artigos 27-A, nº 1, e 28º, nº 3, do RGCO.

D – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 43º, Nº 1, DA LEI 18/2003

56ª A norma do artigo 43º, nº 1, da Lei 18/2003, que estabelece a coima aplicável no presente processo, é materialmente inconstitucional por violação do princípio da legalidade, previsto no artigo 29º, nºs 1 e 3, da CRP (na vertente de determinabilidade da sanção), dos princípios do Estado de Direito Democrático, da separação de poderes e da indisponibilidade de competências, consagrados nos artigos 2.º e 111.º, nºs 1 e 2, da CRP, do princípio da proibição de sanções ilimitadas consagrado no artigo 30º, nº 1, da CRP, e do princípio da proporcionalidade, resultante do artigo 18º, nº 2, da CRP, devendo, em conformidade, ser declarada como tal.

Não tendo sido assim decidido, a Decisão Recorrida violou estes princípios e preceitos constitucionais.

D – MEDIDA DA COIMA

57ª Sem prescindir de tudo o que ficou anteriormente alegado, e no que respeita à medida da coima aplicada, contrariamente ao que terá sucedido com as restantes arguidas, a infração imputada à Recorrente foi ocasional, com um grau de participação no invocado acordo de concertação violador da concorrência meramente residual, e limitado à intervenção em apenas dois concursos respeitantes a um mesmo cliente, espaçados em menos de um ano.

58ª Trata-se, pois, de uma participação meramente pontual, esporádica e ocasional, principalmente quando confrontada com a atuação das restantes arguidas, em especial as arguidas que, segundo a Decisão Recorrida engendraram, mantiveram ativo e se aproveitaram efetivamente daquele acordo, beneficiando da repartição de clientes, numa prática concertada que mantiveram durante mais de três anos, desde julho de 2017 até setembro de 2010, estando envolvidas em múltiplos concursos que tiveram lugar durante aquele período.

59ª Acresce que, como é reconhecido na Decisão Recorrida, a Recorrente não obteve



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

qualquer benefício económico ou outras vantagens da sua participação nos dois únicos concursos que lhe são imputados e não tem antecedentes contraordenacionais.

60ª Acresce que a mera ameaça ou possibilidade de ter de pagar uma coima tão elevada como a que foi fixada na Decisão Recorrida e, em especial, na decisão da AdC, a má publicidade que resultou da comunicação da decisão condenatória da AdC na respetiva página na Internet (com eco em vários órgãos e comunicação social), a própria existência do presente processo que, pela sua complexidade e dimensão, acarretou um desgaste anímico e o dispêndio de recursos financeiros elevadíssimos, são, por si só e no seu conjunto, suficientes para fazerem a Recorrente perceber a gravidade deste tipo de ilícitos e das consequências sancionatórias e reputacionais que podem resultar do seu cometimento e constituem já um “castigo” relevante que previne seguramente a prática futura de infrações, permitindo, assim, afirmar que as exigências de prevenção especial negativa estão, assim, já parcialmente acauteladas.

61ª Por conseguinte, tendo em atenção os critérios legais previstos no artigo 44.º da Lei n.º 18/2003 a coima que, na hipótese inesperada, possa vir a ser aplicada à Recorrente – no que não se concede – terá de ser objeto de forte redução para um valor bem mais próximo do mínimo legal, sob pena de ilegalidade.

Não tendo sido assim julgado, a Decisão Recorrida violou ao artigo 44.º da Lei n.º 18/2003.

Por todo o exposto e com os fundamentos acima enunciados, deve o presente Recurso ser julgado procedente e, por via disso:

- a. Deve ser declarada a extinção do procedimento contraordenacional, por prescrição;
- b. Sem prescindir e subsidiariamente, deve ser declarada a nulidade de todo o processado a partir da prolação da Nota de Ilícitude, incluindo a Decisão Recorrida, com as demais consequências legais;
- c. Ainda sem prescindir, deve ser declarado que a Decisão Recorrida padece do vício de erro notório na apreciação da prova e, consequentemente:
 - (i) Deve ser anulado o julgamento, com o consequente reenvio do processo para o TCRS com vista a novo julgamento, ou, sem prescindir,
 - (ii) Deve ser declarada a extinção do procedimento contraordenacional relativamente à eventual infração cometida em 26.12.2008 e, de qualquer modo, deve a Recorrente ser absolvida da infração por que vem condenada por não se encontrarem preenchidos os elementos típicos da contraordenação prevista no artigo 4º, nº 1, da Lei 18/2003;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

d. Sem prescindir e subsidiariamente, deve ser declarada a inconstitucionalidade material do artigo 43º, nº 1, da Lei 18/2003, com a consequente inaplicabilidade da respetiva norma no presente caso e demais consequências legais;

e. Sem prescindir, na eventualidade de ser mantida uma decisão condenatória, deve a Decisão Recorrida ser alterada no sentido de a coima aplicada à Recorrente ser reduzida substancialmente para valor mais próximo do mínimo legal.

Termos em que, dando provimento ao presente Recurso, farão Vossas Excelências inteira JUSTIÇA.

4. Admitido o recurso, e na sequência da notificação dessa admissão, foi apresentada resposta pelo Ministério Público e pela ADC.

Sustentou o primeiro, nas suas conclusões, que:

- I. A inquirição de _____ em 06/11/2012 não só interrompeu o prazo prescricional, nos termos do art. 28.º n.º 1 al. b) do RGCO, como foi de grande relevância e interesse pois que, pela primeira vez, foi declarado que: (i) o “ponto de contacto” da arguida/recorrente (então, _____) era o seu Director Geral _____ sendo este a pessoa contactada com vista à concertação de preços a apresentar em concursos; (ii) quem falava normalmente com _____ Director Geral da co-arguida _____ à prática concertada ocorreu em 2008; (iv) _____ estabeleceu contactos telefónicos com _____ e teve com o mesmo uma reunião em 15/05/2009, nas instalações da _____ sitas no Porto, com vista a sondar a posição da _____ numa previsível proposta para o _____
- II. Foi a inquirição de _____ que permitiu contextualizar com segurança o sentido dos *e-mails* e dos documentos que contêm referências à _____
- III. Não ocorreu qualquer violação do direito de defesa e do direito a um processo leal, justo e equitativo, inexistindo a alegada nulidade do processo.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- IV. Entendeu o Tribunal *a quo* que, aquando da consulta apresentada pelo em Novembro de 2008, a recusa da em fornecer os preços fez cessar o acordo inicial. Não se partilha de tal posição. O *e-mail* transcrito a fls. 98 da sentença apenas permite concluir que, naquela consulta em concreto, a arguida/recorrente não quis fornecer todos os seus preços. Desse mesmo *e-mail* não se extrai que, de aí em diante, a não mais queria ser contactada para efeitos de concertação de preços em posteriores consultas ou concursos para ou que não mais iria facultar os seus preços às suas concorrentes. Neste caso em particular da consulta do não se quis concertar, não porque considerava que era tempo de acabar com a sua participação no cartel mas “*porque em situações anteriores também não recebeu os preços de todos*”.
- V. Nem mesmo os cartéis estão imunes a que, por vezes, surjam suspeições, “amuos” e inobservâncias pontuais do acordo global de concertação de preços, seja por não implementação do acordo numa determinada consulta seja por recusa expressa de fornecer os preços (globais e/ou unitários) numa situação concreta.
- VI. Importa ainda salientar que tal recusa concreta da em fornecer os preços “*de todos*”, ocorrida em Novembro de 2008, foi logo seguida de uma participação da mesma na concertação de preços ocorrida na consulta levada a cabo pelos no mês seguinte, ou seja, em Dezembro de 2008.
- VII. A prática concertada levada a cabo pelas diversas empresas arguidas manteve-se sem interrupções até meados de Setembro de 2010, não relevando o facto de:
- (i) nem sempre todas as empresas apresentarem propostas previamente concertadas, sendo de salientar que nem sempre os clientes consultavam todas as cinco arguidas; não sendo uma ou mais arguidas consultadas numa determinada situação, não existia fundamento para que apresentassem propostas e logicamente inexistia motivo para se concertarem com as que eram efectivamente consultadas pelos clientes; é de salientar que, de entre as cinco empresas do cartel, a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

arguida/recorrente era a menos relevante, tendo uma quota de mercado inferior a 10%

- (ii) pontualmente, alguma das empresas não respeitar o acordo de prévia concertação de preços a propor e de repartição de clientes.

VIII. Está-se perante um ilícito permanente que só cessa no momento em que os agentes se afastam inequivocamente da prática, recusando continuar a concertarem-se. O Tribunal *a quo* efectuou uma incorrecta interpretação e aplicação do art. 4.º n.º 1 als. a) e d) da Lei n.º 18/2003, o que determinou a fixação do facto provado 55 nos termos em que o foram¹.

IX. Sem prejuízo do imediatamente supra exposto, e, partindo do pressuposto que é correcta a opção de reconduzir a conduta da arguida/recorrente a duas infracções (a primeira das quais declarada prescrita, e, a segunda reduzida a dois concursos), entende-se que não assiste razão à arguida/recorrente quando pugna que a concertação prévia de preços em dois concursos não constitui uma adesão a um acordo permanente e global de concertação de preços mas dois acordos meramente pontuais, específicos e autónomos entre si.

X. Nem os factos provados nem os elementos dos autos sustentam a ocorrência de outras recusas da arguida além da ocorrida em Novembro de 2008.

XI. A ausência de compensação no sentido da referida no facto provado 123 não significa ausência de benefício. A prática tinha “*por objetivo principal a repartição de clientes entre os diferentes concorrentes*” e “*permitia ainda às empresas envolvidas garantir um determinado nível de preços de envelopes*” (facto provado 53).

XII. O facto de, na “segunda” contra-ordenação imputada à arguida, ter apenas sido dada como provada a participação concertada da arguida em dois concursos dos , não deixa de se inscrever num acordo

¹ Não obstante esta e outras discordâncias, a opção de não se recorrer deveu-se ao sério risco de prescrição do procedimento contra-ordenacional referente à arguida/recorrente Firmo.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

pré-existente entre empresas concorrentes da arguida e a que esta aderiu, unidas pelo propósito de repartir clientes e garantir um determinado nível de preços de envelopes no mercado nacional, de que todas beneficiavam.

- XIII.** Os dois concretos concursos em questão são uma concretização do acordo de concertação de preço, o qual se prolongou no tempo
- XIV.** Não *“há qualquer racionalidade na celebração de acordos pontuais, estanques, em relação a cada um dos concursos, pois para as empresas envolvidas que apresentavam os preços mais altos os ganhos apenas podiam resultar de concursos futuros em que fossem elas a apresentar os preços mais baixos. Ora, o envolvimento de empresas que não iriam ganhar num determinado concurso apenas é racional se existir alguma certeza, em termos de entendimento com as demais, de que poderão ganhar nos futuros concursos, ou seja, pressupõe um acordo prévio em termos globais (...) da prova produzida não resultou qualquer explicação minimamente razoável que tornasse plausível a existência, no caso, de acordos pontuais e estanques, relativamente a cada concurso ou ruturas constantes”* (fls. 118 da sentença, último parágrafo).
- XV.** Inexistem assim motivos válidos para declarar prescrito o procedimento contra-ordenacional referente à conduta da arguida no concurso dos de 26/12/2008, e, para considerar que a participação da arguida no concurso dos de 19/10/2009 não preenche o tipo contra-ordenacional que lhe foi imputado.
- XVI.** A norma do art. 43.º n.º 1 da Lei n.º 18/2003 não viola o princípio da legalidade previsto no art. 29.º n.º 1 e n.º 3 da CRP (na vertente da determinabilidade da sanção), nem os princípios do Estado de Direito Democrático, da separação de poderes e da indisponibilidade de competências consagrados nos arts. 2.º e 111.º n.º 1 e n.º 2 da CRP, nem o princípio da proibição de sanções ilimitadas consagrado no art. 30.º n.º 1 da CRP, nem o princípio da proporcionalidade resultante do art. 18.º n.º 2 da CRP.
- XVII.** Apesar de o Tribunal *a quo* ter cindido a conduta da arguida em dois ilícitos (a nosso ver, incorrectamente), ter declarado prescrito o “primeiro” ilícito e ter reduzido o conteúdo do “segundo” ilícito” (pois que deu como não provada a participação da arguida nas



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

consultas lançadas em 11/12/2008 e em 13/01/2010, respectivamente, pelo _____, considera-se que a coima aplicada de 50.000 € (muito longe da aplicada pela AdC, de 160.000 €, que tivera por base uma factualidade provada muito mais ampla), é justa, adequada, proporcional e necessária.

- XVIII.** Tendo por referência o enquadramento jurídico efectuado pelo Tribunal *a quo*, a factualidade que o mesmo deu como provada e a factualidade tida em conta para efeitos de fixação da coima concreta, não se duvida da adequação e proporcionalidade da coima concreta aplicada.
- XIX.** A infracção praticada pela arguida *“é de gravidade muito elevada, uma vez que tem efeitos diretos sobre a manutenção de uma concorrência efetiva nos referidos mercados. O grau de culpa também é intenso, uma vez que agiu como dolo direto e plena consciência da ilicitude. Quanto à sua participação foi direta e ativa. Não há também evidências de que tenha empreendido qualquer comportamento de eliminação da prática ou de reparação dos prejuízos causados”* (fls. 135 da sentença, 2.º parágrafo).
- XX.** A arguida beneficiou com a sua participação neste cartel que visava a repartição de clientes e a manutenção de um determinado nível de preços. Aliás, que interesse teria a arguida em participar numa prática ilícita e punida por lei, se não beneficiasse com essa prática? A arguida participou porque, tal como as outras arguidas, queria evitar uma guerra de preços que ditaria a diminuição desses mesmos preços e das margens de lucro.
- XXI.** A colaboração prestada pela arguida à AdC até ao termo do procedimento administrativo restringiu-se a satisfazer o que lhe foi solicitado. Em momento algum, a arguida confessou a prática dos factos ou forneceu elementos probatórios relevantes dessa prática.
- XXII.** A seu favor (e por força do enquadramento jurídico efectuado pelo Tribunal *a quo*), conta a arguida com um número reduzido de concursos em que participou e durante um período temporal não muito longo, e, com a circunstância de ser primária.
- XXIII.** As *“as exigências de prevenção geral negativa são elevadas, face ao tipo de conduta empreendida, que é das mais graves do ponto de vista do direito da concorrência.*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por sua vez, as exigências de prevenção especial negativa também não são despiciendas, tendo em conta que a recorrente não revela sentido crítico da sua conduta” (fls. 136 da sentença, 2.º parágrafo).

- XXIV.** A coima de 50.000 € representa 2,8 % do volume de negócios da arguida/recorrente no ano de 2009 (que foi de 1.787.029,64 €), estando pois muito afastada do limite máximo aplicável (de 178.702,96 €). Ao contrário da AdC, o Tribunal *a quo* considerou que a participação da arguida/recorrente cessou após o concurso dos em 19/10/2009 (a nosso ver, erradamente) e não em Setembro de 2010 (data da última concertação de preços ocorrida no âmbito do cartel em causa), e, consequentemente, tomou por referência o volume de negócios da arguida no ano de 2009, invés do relativo ao ano de 2010, o qual foi superior, concretamente foi de 2.257.018,15 € (relativamente a este valor, 50.000 € corresponde a uma percentagem de 2,2).
- XXV.** Ao contrário do que consta a fls. 136 – 5.º parágrafo da sentença recorrida (certamente por lapsos de cálculo), as coimas aplicadas pela AdC a outras visadas no processo correspondem a percentagens superiores, a saber: (i) a coima de 1.000.000 € aplicada à
corresponde a 7,7 % do seu volume de negócios no ano de 2010 (que foi de 12.952.274 €); (ii) a coima de 320.000 € aplicada à
corresponde a 7,9 % do seu volume de negócios no ano de 2010 (que foi de 4.032.808,50 €).
- XXVI.** O volume de negócios da arguida recorrente aumentou substancialmente desde a prática dos factos, tendo ascendido em 2015 a 19.014.109,38 €, com um resultado líquido de 66.652,62 €
- XXVII.** Não há pois fundamento para a redução da coima pretendida pela arguida/recorrente.

Termina concluindo pela manutenção da condenação da arguida recorrente pela prática de uma contra-ordenação p. e p. pelos arts. arts. 4.º n.º 1 als. a) e d) e 43.º n.º 1 al. a) da Lei n.º 18/2003, e, bem assim a coima de 50.000 € que lhe foi aplicada,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

E a ADC, conclui como segue:

- A. No presente processo a AdC concluiu que as empresas _____ e a ora Recorrente coordenaram o seu comportamento no mercado nacional _____ estabelecendo uma estratégia conjunta para repartir clientes e fixar preços, o que se traduz numa prática concertada para a repartição do mercado nacional dos _____ e para a fixação de preços no referido mercado, proibido nos termos do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003.
- B. A referida estratégia consistia na troca prévia de informações relativas a consultas ou concursos lançados por clientes para a aquisição de _____, na concertação dos preços a apresentar pelas empresas envolvidas, com base na alocação entre si de clientes de referência ou de produtos por cliente, e na posterior monitorização dos termos acordados.
- C. A prática envolvia ainda um mecanismo de compensação entre as empresas envolvidas, através da subcontratação do fornecimento de _____.
- D. A AdC e a _____ efetuaram um procedimento de transação no decurso do processo contraordenacional e as arguidas _____ beneficiam da dispensa de coima, tendo reconhecido a existência da infração e a sua participação na mesm.
- E. A _____ não se pronunciou, sequer, sobre a nota de ilicitude que lhe foi dirigida e, apesar de ter sido condenada, não lhe foi aplicada qualquer coima em virtude da inexistência de volume de negócios.
- F. A _____ é, desta forma, a única empresa de entre as cinco infratoras que apresentou recurso de impugnação judicial da Decisão da AdC.
- G. O Tribunal *a quo* condenou a Recorrente pela prática de duas contraordenações previstas e punidas nas alíneas *a)* e *d)* do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/200, por ter concluído que a mesma “*em momentos temporais distintos participou em dois acordos*” restritivos da concorrência no período entre a data não concretamente apurada do ano de 2008 e novembro de 2008 e no período entre 26 de dezembro de 2008 e 19



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de outubro de 2009, no âmbito de procedimentos concursais para

- H. Na motivação do presente recurso a Recorrente reproduz parte das alegações produzidas na impugnação da Decisão da AdC e que resultam apenas de um entendimento divergente do Tribunal *a quo* quanto à verificação dos factos, por um lado, e quanto à sua qualificação jurídica por outro.
- I. Não pode a Recorrente pretender que sejam reapreciadas pelo Tribunal *ad quem* algumas das questões suscitadas na motivação do seu Recurso quanto à matéria de facto.
- J. A Recorrente discorda do entendimento do Tribunal argumentando que diligência de tomada de declarações de _____ não teve relevância, nem interesse bastantes, pelo que o primeiro facto relevante para efeitos de interrupção da prescrição foi a realização de diligências de busca e apreensão pela AdC na instalações da _____ em 26 de fevereiro de 2015, já após ter decorrido o prazo legal de 5 anos previsto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 48.º da Lei n.º 18/2003.
- K. Como se decidiu na Sentença recorrida,
- “[e]fetivamente, tratou-se de uma diligência de prova, que claramente não foi praticada apenas para protelar a prescrição do processo, pois, conforme resulta da motivação dos factos, foi relevante para a descoberta dos factos, pelo que se inclui no disposto no artigo 28.º, n.º 1, al. b) do RGCO. Note-se que as concretas diligências de prova indicadas nesta norma são exemplificativas. O que importa, na verdade e face aos fundamentos da prescrição, que estão também relacionados com a erosão da prova, é que não tenha sido empreendida uma diligência de prova do conhecimento do arguido, mas uma diligência de prova que seja útil para o apuramento dos factos”* (cf. p. 128 da Sentença) – sublinhado da responsabilidade da AdC.
- L. O Tribunal *a quo* valorou o depoimento prestado por _____ na fase administrativa do presente processo, na medida em que no âmbito da prova a produzir na audiência de julgamento determinou a sua reinquirição.
- M. De notar ainda, que ao longo da motivação da Sentença, o Tribunal *a quo* faz menção expressa ao depoimento de _____ tanto na fase administrativa do



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

processo, como em juízo, como elemento de sustentação à factualidade dada como provada.

- N. Assim, verifica-se que a diligência de tomada de declarações de perante a AdC constitui uma diligência de prova, que se demonstrou necessária à determinação das infrações em causa nos presentes autos, pelo que não podem proceder os argumentos alegados pela Recorrente
- O. O Tribunal *a quo* ao considerar improcedentes as nulidade invocadas no recurso de impugnação da Decisão da AdC relativamente às alegadas limitações impostas pela AdC de acesso ao processo, bem como no tempo e recursos que a Recorrente alegadamente despendeu na consulta aos autos, violou os seus direitos de defesa bem como o seu direito a um processo justo e equitativo.
- P. Das consultas ao processo efetuadas pela Recorrente, bem como da disponibilização de cópias do mesmo, *supra* elencadas, é forçoso concluir que a AdC atuou em conformidade com o disposto no n.º 5 do artigo 26.º, na alínea d) do n.º 1 do artigo 18.º, ambos da Lei n.º 18/2003, dando cumprimento às suas obrigações processuais relativas à classificação de documentos como confidenciais por motivo de segredos de negócio e respetiva salvaguarda, dando acesso aos documentos nos estritos termos permitidos pela Lei n.º 18/2003 e requeridos pela Recorrente.
- Q. Tal como se refere na Sentença
- “No cômputo total, a recorrente dispôs de cento e trinta e cinco dias úteis para organizar a sua defesa, pelo que, se por um lado, se deparou com anomalias na consulta do processo, por outro lado, dispôs de um prazo de defesa suficientemente dilatado para as compensar, sendo que os últimos quinze dias foram concedidos em simultâneo com a última decisão de acesso a documentos confidenciais”* – sublinhado da responsabilidade da AdC (cf. p. 24 da Sentença).
- R. Conclui na Sentença, que não merece qualquer reparo, “[...] *considera-se que o direito de defesa da recorrente e as garantias constitucionais e os direitos fundamentais previstos na CEDH não foram violados*” (cf. p. 24) pelo que devem improceder as alegadas violações do artigo 50.º do RGCO e do n.º 4 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- S. Ao contrário do sustentado pela nos artigos 115.º a 161.º do Recurso, não se verificou um erro notório por parte do TCRS na apreciação da prova.
- T. A prova da participação da no acordo, ou concertação, encontra-se discriminada na Sentença recorrida e dessa prova constam vários documentos referenciando a incluindo no período posterior a novembro de 2008.
- U. A concertação entre a e as outras arguidas no período posterior a novembro de 2008 foi em tudo idêntico ao do período anterior.
- V. O TCRS configurou a imputação do ilícito cometido pela do seguinte modo: “Especificamente quanto à considerou-se a sua recusa em relação à consulta do como uma rutura face ao acordo precedente e delimitou-se o mesmo, no período entre data não concretamente apurada do ano de 2008 e novembro de 2008, ao cliente e outros não concretamente apurados (face ao teor do e-mail do e-mail de fls. 367) e, no período entre 26 de dezembro de 2008 e entre 19 de outubro de 2009, ao cliente por não existir, quanto a este período, prova segura de que o acordo, quanto a si, envolveu outros clientes. Note-se, por fim, que a delimitação temporal e o âmbito do acordo quanto aos clientes não consubstancia um facto diverso em relação àqueles que foram imputados na decisão impugnada (ainda que não substancial), mas um minus, compreendido na imputação fáctica da decisão” (p.120 da Sentença recorrida, sublinhado nosso).
- W. A “nova concertação” cuja prova a Recorrente considera não estar descrita na Sentença recorrida consiste na troca de comunicações entre as arguidas, nas tabelas de preços e produtos repartidos pelas empresas arguidas, nos documentos de propostas aos concursos e documentos das entidades adjudicatárias – ou seja, o mesmo entendimento (demonstrado pelos mesmos meios de prova) que consubstanciou o ilícito cometido no período anterior a novembro de 2008.
- X. No Facto Provado 55, o TCRS menciona que “[a] recorrente entre data não concretamente apurada do ano de 2008 e novembro de 2008 participou nesse acordo em relação ao cliente e outros não concretamente apurados, e entre 26 de dezembro de 2008 e entre 19 de outubro de 2009 participou no referido



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

acordo em relação ao cliente _____ acordo esse que foi implementado nos concursos *infra* identificados” (sublinhado nosso).

- Y. Por conseguinte, ao contrário do que sustenta a _____ no seu Recurso, o TCRS indicou expressamente em que se consubstanciou o entendimento entre as empresas arguidas, distinguindo o período de envolvimento da _____ e das outras arguidas e referindo-se também ao período posterior a novembro de 2008.
- Z. Não tem, assim, cabimento, a crítica da _____ no sentido de que a Sentença notoriamente erra ao não identificar um ato de “novo arranjo”.
- AA. O TCRS descreve a participação das arguidas em vários concursos, sendo que os termos em que a descrição da participação é efetuada relativamente à _____ - Factos Provados 101 a 105 e, também, 121 a 123 – é, em tudo, idêntica à descrição efetuada para a participação das restantes arguidas, constante dos Factos Provados 56 a 100.
- BB. Por outro lado, o TCRS nunca deu como provado que para que existisse uma concertação de preços e repartição de clientes as arguidas, estas tivessem de apresentar propostas em todos os concursos lançados durante o período temporal apontado.
- CC. Aliás, a _____ nem sequer indica, a este respeito, qual o Facto Provado na Sentença de onde constaria que as outras arguidas se apresentavam a todas as propostas e consultas no período temporal considerado.
- DD. Admite-se, e a Sentença assim o dá por provado, que a _____ tenha participado em menos concursos do que as outras arguidas; porém, essa questão surge “respondida” pela Sentença recorrida com uma diminuição da coima, ponderado o menor envolvimento da Firma relativamente às outras arguidas parte na infração.
- EE. Acresce que não consta de nenhum Facto Provado que a _____ tenha recusado concorrer a “tantos outros concursos” (como é sustentado no Recurso em análise): ora, caberia à recorrente _____ em cumprimento do ónus alegatório, identificar os Factos Provados que, em contradição com a motivação da Sentença, sustentassem a sua invocação de erro notório na apreciação da prova.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

FF. Ao invés, o único Facto Provado do único ato disruptivo da concertação (no entendimento do TCRS) por parte da encontra-se vertido no Facto Provado 114, circunstanciado temporalmente no Facto Provado 113.

GG. Em consequência, deve improceder a alegada verificação de erro notório na apreciação da matéria de facto.

HH. À semelhança do fez no recurso da Decisão da AdC, a Recorrente funda tal juízo na alegada (i) indeterminação de um limite máximo quantitativo; (ii) na amplitude da moldura sancionatória; bem como na (iii) na indexação do valor da coima ao volume de negócios da empresa.

II. Também quanto a esta questão verifica-se que não são apontados quaisquer vícios ou irregularidades à Sentença recorrida, limitando-se a Recorrente a discordar da interpretação que esta Autoridade e que o Tribunal a quo fazem do n.º 1 do artigo 43.º da Lei 18/2003.

JJ. Na verdade, a norma em apreço apenas seria inconstitucional caso estabelecesse um montante fixo ou consagrasse a aplicação de uma medida concreta da coima sem que, previamente, se ponderassem os critérios enunciados no artigo 44.º da Lei n.º 18/2003.

KK. Como explicita o Tribunal a quo (pp. 130 e 131 da Sentença):

“ [...] do princípio da legalidade não decorre, contrariamente àquilo que a recorrente sustenta que os limites máximos da moldura legal abstrata tenham de ser fixos e objetivamente determinados. O que importa, na verdade, é que sejam determináveis, de modo a que seja possível antecipar com segurança a sanção aplicável no comportamento ilícito.

Ora, antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito não significa, evidentemente, determinar com precisão a medida da sanção que vai ser aplicada, uma vez que esta depende, num sistema de sanções graduáveis, de uma graduação em função de determinados critérios.

[...]

Considera-se que ‘antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito’ significa, no âmbito do ilícito de mera ordenação social, dispor dos elementos mínimos necessários para o agente se autodeterminar”.

LL. Sublinhe-se que o Tribunal Constitucional (TC) já foi chamado, por diversas vezes, a pronunciar-se, em sede de fiscalização concreta, sobre normas relativas à



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

aplicação de sanções no âmbito dos regimes contraordenacionais, tal como se refere na Sentença recorrida (cf. pp. 129 e 131 a 133) e como a AdC explicitou nas suas contra-alegações de recurso para o Tribunal *a quo*.

MM. Conclui o Tribunal *a quo* que acompanha o entendimento do TC nesta matéria, pela improcedência dos argumentos da Recorrente por não se mostrarem violados nenhuns dos princípios constitucionais por invocados.

NN. Como se observou na Sentença, a medida da coima aplicada à Recorrente foi determinada em função da análise do caso concreto, ou seja, tendo em conta a gravidade da infração, as vantagens de que beneficiou, a duração e carácter reiterado da infração, o grau de participação da infratora, a colaboração prestada à AdC e o seu comportamento na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

OO. Assim se salvaguarda e respeita, na determinação da medida da coima, tanto o princípio da legalidade como os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da culpa.

PP. A norma constante do n.º 1 do artigo 43.º da Lei n.º 18/2003, pautada por critérios de prevenção geral, visando dissuadir as infrações anticoncorrenciais, não é, por conseguinte, arbitrária.

QQ. Já na determinação da medida concreta da coima há que ter em consideração os critérios exigidos pelo artigo 44.º da Lei n.º 18/2003.

RR. Por seu turno o artigo 18.º do RGCO, aplicável *ex vi* artigo 22.º da mesma Lei (e porque o próprio artigo 44.º não é ele mesmo taxativo, de onde resulta que nele não estão incluídos todos os elementos a considerar na determinação da medida concreta da coima) acrescenta ainda que deve ser tomado em conta o elemento da culpa.

SS. O Tribunal *a quo* teve em consideração na determinação do montante concreto da coima todos os critérios constantes do artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, pelo que não pode proceder a requerida redução da coima para valor próximo do mínimo legal

TT. No que concerne a natureza da infração, à gravidade e à culpa da Recorrente, o Tribunal *a quo* explicita o seguinte (p. 135):



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

“[...] considerando a natureza da infração praticada entende-se que a mesma é de gravidade muito elevada, uma vez que tem efeitos diretos sobre a manutenção de uma concorrência efetiva nos referidos mercados. O grau de culpa é intenso, uma vez que agiu com dolo direto e plena consciência da ilicitude. Quanto à sua participação foi direta e ativa. Não há também evidências de que tenha empreendido qualquer comportamento de eliminação da prática ou de reparação dos prejuízos causados”.

UU. O Tribunal ponderou também elementos que julgou favoráveis à Recorrente, tendo entendido que (pp. 135 e 136):

“[...] em contrapartida e a favor da recorrente, verifica-se que não ficou demonstrado que a recorrente tenha obtido vantagens. É certo que beneficiou de uma compensação, mas relativamente à prática que está prescrita. Para além disso, apenas ficou demonstrado que interveio no acordo num período não muito longo, designadamente cerca de 10 meses e que, em concreto, apenas participou nesse acordo em relação a dois concursos específicos”.

VV. Concluiu-se na sentença recorrida de que a coima aplicada pelo TCRS (€ 50.000) é a necessária, adequada e suficiente para satisfazer as finalidades punitivas, sendo compatível com a situação económico-financeira da ora Recorrente.

Termina concluindo pela improcedência do recurso.

5. Nesta instância, na oportunidade conferida pelo artigo 416.º do Código de Processo Penal, a Exm.^a Procuradora-Geral Adjunta não emitiu parecer.

6. Efectuado exame preliminar, e colhidos os vistos, prosseguiram os autos para conferencia.

*

II.

1. Este tribunal conhece apenas de direito (artigo 75.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro[1]).
2. Em face das conclusões formuladas pela recorrente que definem e delimitam o objecto do recurso (artigo 412.º, n.º 1, do Código de Processo Penal) -, as questões que coloca são as de saber:
 - a. Se ocorre a prescrição do procedimento contra-ordenacional;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

- b. **Sem prescindir e subsidiariamente** se ocorreram nulidades do processo decorrentes da violação do direito de defesa e audição e audição da Recorrente na fase administrativa - artigo 50º do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), aplicável *ex vi* do artigo 22º, nº 1, da Lei nº 18/2003 - e do direito a um processo justo e equitativo - artigo 20º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP) e artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), as quais determinam a nulidade de todo o processado desde a pronúncia da Nota de Ilícitude;

Sem prescindir e subsidiariamente

- c. A Decisão Recorrida padece do vício de erro notório na apreciação na prova (cfr. artigo 410º, nº 2, alínea c), do CPP) no que respeita à factualidade considerada provada nos pontos 55 e 158 dos Factos Provados relativamente à Recorrente e ao período posterior a novembro de 2008

Ainda sem prescindir e subsidiariamente

- d. A coima aplicada à Recorrente não é adequada nem proporcional à gravidade e intensidade da infração que lhe é imputada na Decisão Recorrida, pelo que deve ser objeto de redução sob pena de ilegalidade;
- e. A norma do artigo 43º, nº 1, alínea a), da Lei 18/2003, é materialmente inconstitucional na parte em que estabelece a aplicação de uma coima com base num percentual do volume de negócios obtido no último ano pela empresa infratora, pois que viola o princípio da legalidade, previsto no artigo 29º, nºs 1 e 3, da CRP (na vertente de determinabilidade da sanção), os princípios do Estado de Direito Democrático, da separação de poderes e da indisponibilidade de competências, consagrados nos artigos 2.º e 111.º, nºs. 1 e 2, da CRP, o princípio da proibição de sanções ilimitadas consagrado no artigo 30º, nº 1, da CRP, e o princípio da proporcionalidade, resultante do artigo 18º, nº 2, da CRP.

3. Vejamos, antes de mais, o **conteúdo da decisão recorrida, no que concerne a matéria de facto:**

3.1. Foi dado como **provado** que.

1. A resulta da fusão, deliberada em 31 de dezembro de 2008, das sociedades



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

conforme certidão permanente do registo comercial com o código de acesso 2675-2844-1277, de 30 de setembro de 2014 (fls. 770 a 774).

2. Estas duas sociedades foram adquiridas, em dezembro de 2007, pela empresa de direito espanhol , por sua vez controlada, indiretamente, pela , passando, a partir dessa data, a integrar o Grupo (fls. 770 a 774, 775 a 777 e 2019 a 2021).

3. A é uma sociedade anónima que tem por objeto a *“criação, execução e comercialização de*

4. O capital social da

(fls. 1951).

5. A composição dos órgãos de administração e gestão, de acordo com o descrito na certidão permanente, é, desde 2013, a que se descreve de seguida (fls. 770 a 774):

6. À data dos factos, o cargo de Direção-Geral era exercido por (fls. 5).

7. O volume de negócios da entre 2008 e 2015 foi, respetivamente, de 13.847.159,06 euros, 13.906.466,33 euros, 12.952.274,00 euros, 12.134.191,00 euros,

² Em 4 de outubro de 2007, foi celebrado um contrato entre a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

10.108.230,00 euros, 9.472.636,00 euros, 9.165.138,00 euros e 12.797.241 euros (cfr. relatórios e contas de 2008 a 2015, constantes dos autos a fls. 1951 e 2873 a 2897).

8. A _____ é uma sociedade por quotas constituída em 1994, que tem por objeto a

conforme cópia da certidão permanente com o código de acesso 3255-5056-6807, de 30 de setembro de 2014 (fls 775 a 777).

9. O capital social da _____, de acordo com a certidão permanente supra referida, presentemente de 259.400,00 euros, é detido a 100% pela _____ (fls. 775).

10. A _____
(fls. 1949).

11. A composição dos órgãos de administração e gestão, de acordo com o descrito na certidão permanente, é, desde 2013, a que se descreve de seguida (fls. 775 a 777):

12. À data dos factos, o cargo de Gerente era exercido por _____ (fls. 578), secretariado por _____ (fls. 582), e o cargo de Diretor Comercial foi exercido por _____, de janeiro de 2002 a janeiro de 2012 (fls. 576).

13. O volume de negócios da _____ entre 2008 e 2015 foi, respetivamente, de 3.917.923,00 euros, 3.505.719,00 euros, 4.032.808,50 euros, 3.063.496,69 euros, 2.680.138,36 euros, 2.231.783,73 euros, 1.986.393,88 euros e 2.048.672 euros (cfr. relatórios e contas de 2008 a 2015, constantes dos autos a fls. 1949 e 2899 a 2911).

14. A _____ é uma sociedade anónima que tem por objeto a _____

(fls. 784).

15. A _____



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(fls. 784 a 788).

16. A

(fls.1867v).

17. Nesta transferência, que foi concluída em

(fls. -

437 e 1868).

18. Não obstante, a sociedade

19. O capital social, presentemente de € 760.000,00, é detido em 59,60% pela

(fls. 1918v).

20. A composição dos órgãos de administração e gestão, de acordo com o descrito na Certidão Permanente, é, desde 2013, a que se descreve de seguida (fls. 784 a 788):



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

21. À data dos factos, os cargos de Direção Geral e Comercial era exercidos, respetivamente por

22. O volume de negócios da entre 2008 e 2015 foi, respetivamente, de 1.833.316,53 euros, 1.787.029,64 euros, 2.257.018,15 euros, 18.463.368,00 euros, 18.191.077,00 euros, 20.337.405,36 euros, 20.494.519,57 euros e 19.014.109,38 (cfr. relatórios e contas de 2008 a 2015, constantes dos autos a fls.1845 a 1936, 2913 a 2934 e 2936 a 2957).

23. A

(fls. 789 a 793).

24. A

(fls. 789 a 793).

25. O plano de

26. A Arguida

(fls. 803 a 804).

27. Em virtude de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

28. No ano de 2007, a Arguida apresentou um
29. As arguidas dedicam-se, total ou parcialmente, à produção e/ou distribuição de
tendo os factos provados ocorridos neste setor.
- 30.
- 31.
-
- 32.
33. De acordo com a
(fls. 442).
34. Ainda de acordo com a
(fls. 442 e 443).
35. O lucro resultante da fabricação e comercialização de
36. Os clientes de referência, tipicamente grandes
(fls. 441 a 443).
- 37.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

f

38. Em primeiro lugar, a incapacidade de prever o preço do
39. Em segundo lugar, é particularmente complexo antever (ou analisar retrospectivamente), pelas razões mencionadas, as oscilações de preços nas propostas efetuadas por uma única empresa aos clientes de referência.
40. Por último, a previsão dos preços dos concorrentes torna-se ainda mais complexa quando se trata de
41. Do ponto de vista da delimitação geográfica do setor, a

(fls. 443).

42. Acrescentando que, “[H]á dois outros elementos que sugerem que possa ser necessária uma presença local para a

”(fls. 443).

43. Conclui ainda a

(fls.

444).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

44. O setor da produção e distribuição de

45. De acordo com o Diretor Comercial da

(fls. 577).

46. De acordo com as informações prestadas pelo

nos anos de 2008 a 2013, de 40%, 39%, 40%, 35%, 34% e 34%, respetivamente (fls. 1955).

47. No que à

, nos anos de 2008
a 2014, de 8%, 9%, 10%, 17%, 22%, 25% e 29%, respetivamente (fls. 1843).

48. Entre 17 de julho de 2007 e setembro de 2010, a

49. A prática era implementada através da troca prévia de informação detalhada sobre
as «



f

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

50. A alocação de clientes (ou de produtos por cliente) entre as empresas envolvidas tinha por base uma regra de atribuição de preferência à empresa que historicamente fornecesse determinado cliente ou determinado produto por cliente.
51. Tratando-se de uma regra de preferência em função do histórico de fornecimentos, circunstâncias houve em que a empresa que beneficiava da dita preferência abdicava.
52. Ou era preterida pelo cliente por razões alheias à concertação.
53. Apesar da prática ter por objetivo principal a repartição de clientes entre os diferentes concorrentes, permitia ainda às empresas envolvidas garantir um determinado nível de preços de .
54. O acordo em causa incidiu sobre clientes de
55. A recorrente
56. A
57. A
58. O fornecimento foi adjudicado à
59. Esta prática permitiu às empresas envolvidas alocar entre si os clientes, como também garantir um determinado nível de preços de .



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

60. Em 06.11.2007,

61. As Arguidas

62. O fornecimento foi adjudicado à

63. Em 22.09.2009, a

64. As empresas

65. Nos acordos referidos, a

66. A

67. As

68. Nos termos previamente acordados pelas Arguidas,

69. O fornecimento foi adjudicado à

70. Em 05.12.2007, a

71. A

72. Em momento prévio à apresentação de resposta à consulta, a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

73. O fornecimento do

74. Em janeiro de 2008, a

75. A

76. A

77. Nos termos previamente acordados com as suas concorrentes,

78. O fornecimento dos

79. Em julho de 2007, o

80.

81. O fornecimento foi adjudicado em

82. Em julho de 2009, o

83. A acordaram previamente os preços a apresentar.

84. O

85. A

86. Nos acordos que envolviam eram, em
função do histórico, preferencialmente alocados a esta empresa e, por essa razão, as
restantes empresas envolvidas cotavam preços acima dos preços cotados pela

87. O fornecimento foi adjudicado em 50%



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

88. A
89. Em resultado do acordo, o preço dos
90. Em setembro de 2010, o
- 91.
- 92.
- 93.
- 94.
95. A prática foi implementada através da troca de informação prévia e detalhada entre as empresas envolvidas sobre as consultas recebidas e pelo acordo dos preços a propor por cada empresa consultada, sendo que os preços eram determinados pela empresa que beneficiasse da preferência na adjudicação em virtude da alocação de clientes.
96. Esta prática permitiu às empresas envolvidas garantir um determinado nível de preços de por referência aos preços que seriam estimados em função do cálculo com base, única e exclusivamente, nos seus próprios custos e estratégia de mercado.
97. Em abril de 2008 os
98. As empresas concorrentes



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

99. A'

100.A

101.Os

102.As empresas consultadas pelos

103.A

104.No mês de outubro de 2009, os

105.A chegaram a um entendimento prévio quanto aos
preços a apresentar.

106.Em 13.01.2010, os

107.A chegaram a um entendimento prévio quanto aos
preços a apresentar, tendo sido o concurso adjudicado à

108.O

109.A chegaram a um
entendimento prévio quanto aos preços a apresentar.

³ O prazo para a apresentação de propostas ao *Open Deal 2008* era o dia 12 de novembro de 2007.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

110. O fornecimento foi adjudicado em partes diferentes consoante a empresa que apresentou o preço mais baixo para
111. O objetivo da concertação era que as empresas envolvidas não tentassem obter encomendas de um cliente “detido” por uma concorrente, respeitando a “tarifa orientativa” ou nível mínimo de preço previamente acordado, independentemente de haver posteriormente alguma oscilação nos preços efetivamente cotados.
112. O essencial era que a empresa que “detinha” o cliente apresentasse o preço mais baixo para todos ou a maioria dos produtos e que as restantes empresas envolvidas cotassem um preço superior para a generalidade dos produtos.
113. Em novembro de 2008, o
114. A _____ previamente, os preços que iria apresentar.
115. Em dezembro de 2007 decorreu um processo negocial com o _____ relativo a uma consulta de 11 de dezembro de 2007, para o fornecimento de _____ com prazo de resposta até ao dia seguinte.
116. A _____ chegaram a um entendimento prévio quanto aos preços a apresentar.
117. O preço mais baixo seria cotado pela _____ acordou só apresentar proposta se tal lhe fosse expressamente pedido e, em todo o caso, apresentou uma proposta na linha de preços acordada.
118. As empresas que cotaram os preços mais baixos foram a
119. Em março de 2008 ocorreu um segundo processo negocial com o _____ pelo período de 24 meses.
120. As Arguidas _____ chegaram a um entendimento prévio sobre os preços a apresentar no âmbito do concurso lançado pelo
121. Em 2008 foi lançada uma consulta pela



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

122.As Arguidas acordaram os preços que cada uma apresentaria na sua proposta ac sendo que os preços globais acordados para a foram sempre os mais baixos, a quem foi adjudicado o concurso.

123.A foi compensada nesta ocasião por ter dado o seu acordo à alocação do cliente à :
encomenda :

124.À data dos factos, a , sendo a entidade responsável pelas consultas ao mercado para o aprovisionamento das entidades do

125.A

126.Quanto à

(fls. 238 a 240).

127.A chegaram a um entendimento prévio quanto aos preços a apresentar.

128.Verificou-se uma alocação daquele cliente entre as empresas envolvidas, por produto, isto é, a

129.O fornecimento da maioria dos foi adjudicado que apresentou os preços mais baixos para a maioria dos produtos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

130. Quanto à consulta de 13 de dezembro de 2007, estava em causa o fornecimento de

131. As empresas acordaram os
preços a propor, de forma a que o preço proposto pela fosse o mais
baixo.

132. Sucede, porém, que o presente concurso foi adjudicado à

133. A propôs o preço de
não foi ao concurso.

134. Quanto à consulta de

135. A negociação deste concurso dividiu-se em duas fases, uma primeira, com prazo de
resposta até

136. A chegaram a um entendimento prévio quanto aos
preços a apresentar.

137. A apresentou, na primeira fase, os preços mais baixos para os

, e, na segunda fase, apesar da revisão de preços, esta distribuição se repetiu.

138. O acordo entre as empresas envolvidas nesta ocasião consistia na alocação do
fornecimento por produto, repartindo a adjudicação entre as três empresas
concorrentes,

139. O fornecimento dos

140. Quanto à consulta de 8 de julho de 2008, com a , estava em causa o
fornecimento de ;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

f

141.A negociação deste concurso dividiu-se em duas fases, uma primeira, com prazo de resposta até , e uma segunda fase, que decorreu até ao dia , para revisão das propostas no pressuposto de adjudicação global de todos os a um único fornecedor.

142.A chegaram a um entendimento prévio quanto aos preços a apresentar.

143.A apresentou os preços mais baixos para os

144.Relativa à revisão de propostas, a

145.O fornecimento da totalidade dos

146.O acordo entre as empresas envolvidas neste caso consistia na alocação do fornecimento

147.Quanto à consulta de 31 de outubro de 2008, estava em causa o fornecimento de

148.. chegaram a um entendimento prévio quanto aos preços a apresentar.

149.De acordo com tal entendimento, a

150.A



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

151. Quanto à consulta de

152. Existiu um entendimento prévio entre a

para os efeitos do acordo.

153. As empresas

beneficiou da alocação do cliente em virtude da concertação.

154. A

155. A acordaram previamente os preços a apresentar.

156. Do teor das referidas notas constata-se que a seria a empresa a cotar o preço mais baixo.

157. O fornecimento foi adjudicado à

158. O objetivo da recorrente, conjuntamente com as demais empresas envolvidas, de se concertarem e de reduzirem a incerteza quanto ao respetivo comportamento e de usarem a informação trocada na definição das respetivas estratégias comerciais, foi direta e imediatamente pretendido, tendo perfeita consciência da substituição dos riscos da concorrência por uma concertação e cooperação recíprocas.

159. A recorrente agiu de forma livre, consciente e voluntária e com consciência da ilicitude da sua conduta.

160. A era, de entre os cinco operadores envolvidos na investigação da AdC, o operador de menor relevância no território nacional.

161. No ano de 2015, a recorrente obteve um resultado líquido de exercício de € 66.652,62, um balanço total de € 23.384.571,31 e um capital próprio de € 5.587.866 (cf. fls. 2936 e ss.)

162. Não são conhecidos antecedentes contraordenacionais desta natureza à recorrente.

163. A recorrente atuou em conformidade com as normas aplicáveis, colaborando com a AdC no âmbito do procedimento administrativo, designadamente aquando das diligências de busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

demais documentação, ou de diligências de obtenção de prova consubstanciadas em pedidos de elementos.

3.2. Foi dado como **não provado** que:

- a) Para além do caso descrito nos factos provados relativo à que envolveu uma compensação à recorrente, houve outras compensações através de sistemas de compras e vendas de mercadorias.
- b) No concurso lançado, em _____ participou no acordo de concertação de preços com a _____
- c) No concurso lançado em _____ existiu o envolvimento de outras empresas no entendimento prévio quanto aos preços a apresentar.
- d) O concurso lançado pelos _____
- e) A _____ participaram no entendimento prévio quanto aos preços a apresentar na consulta efetuada pelo _____
- f) A _____ participou no concurso por leilão lançado pelos _____ e/ou no entendimento prévio quanto a esse concurso em relação aos preços a licitar com as concorrentes _____
- g) A _____ participou no entendimento prévio de preços com a _____ relativamente à consulta de _____
- h) A _____ chegou a um entendimento prévio com a _____

3.3. A **motivação da decisão** é do seguinte teor:

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”⁴. Tal resulta também expressamente do artigo 51.º, n.º 5, da Lei n.º 18/2003 (aplicável porquanto o

⁴Paulo 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

processo foi instaurado em 2011 – cf. artigo 100.º, n.º 1, al a), do novo regime jurídico da concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08.05).

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).

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

Em primeiro lugar, não obstante o presente recurso respeitar apenas ao apuramento da responsabilidade da _____, os factos que envolvem a

_____, descritos na decisão impugnada, são relevantes, quer porque se trata de uma prática coletiva, pelo que o envolvimento da recorrente nessa prática pressupõe necessariamente o apuramento da participação das demais empresas, quer para efeitos de dimensionamento da medida da participação da recorrente.

Em segundo 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 terceiro 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 quarto lugar, muitos dos segmentos da presente motivação correspondem a segmentos da decisão impugnada e que aqui são objeto de apropriação, porquanto se considera que a análise efetuada se mostra correta e seria ocioso empreender um exercício de afirmação das mesmas asserções mediante o uso de outras palavras.

Os factos respeitantes à caracterização das empresas envolvidas e da recorrente (pontos 1 a 28) resultaram os documentos aí referidos.

O ponto 29 é matéria pacífica face a toda a prova produzida.

A factualidade relativa à caracterização do setor de atividade em causa (pontos 30 a 45) foi extraída do pedido de dispensa ou atenuação especial da coima apresentado pela _____ que consta a fls. 435 e ss., e das declarações prestadas por

_____, à data dos factos. Estes meios de prova mereceram credibilidade, nesta parte, porquanto não foram minimamente abalados pela demais prova produzida.

As quotas de mercado do _____ e da recorrente (pontos 46 e 47) resultam dos documentos que constam nas folhas do processo indicadas nos factos provados.

Quanto aos factos relativos à prática imputada (pontos 48 a 156), a factualidade dada como provada sustenta-se, em termos gerais:

- (i) no pedido de dispensa ou atenuação especial da coima apresentado pela _____, de fls. 4 e ss.;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- (ii) nos documentos apresentados pela _____ juntamente com o pedido de dispensa ou redução da coima, que constam a fls. 183 e 184 (anexo n.º 2 do pedido), fls. 186 e 187 (anexo n.º 3 do pedido);
- (iii) nos esclarecimentos escritos apresentados pela _____ em 11.11.2010, que constam a fls. 192 a 196;
- (iv) nos documentos anexos a esses esclarecimentos, de fls. 200 a 432;
- (v) nas declarações prestadas por _____ na fase organicamente administrativa, de fls. 578 e ss., e no depoimento prestado em audiência de julgamento;
- (vi) nos esclarecimentos prestados e nos documentos apresentados pela _____ de fls. 1943 e ss.;
- (vii) nos esclarecimentos prestados pelos clientes envolvidos, *supra* indicados a propósito dos concursos respetivos;
- (viii) no pedido de dispensa e atenuação especial da coima apresentado pela _____ que consta a fls. 435 e ss.;
- (ix) nas declarações escritas de _____ de fls. 538 a 540;

Quanto ao contributo e valor probatório dos referidos meios de prova para o apuramento dos factos, impõe-se esclarecer, em primeiro lugar, que não há qualquer impedimento legal quanto à sua admissibilidade. Especificamente no que respeita às declarações prestadas por _____ na fase organicamente administrativa, em primeiro lugar ainda que se aceite (sem equacionar por desnecessidade) a tese da recorrente no sentido de se estar perante declarações de *co-arguido*, dependentes da sua sujeição a contraditório nos termos do disposto no artigo 345.º, n.º 4, do CPP – aplicável por força do artigo 41.º do RGCO, no caso *ex vi* artigo 22.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho –, nada obstava a que, na fase organicamente administrativa, fosse requerido o exercício desse contraditório, o que não sucedeu (cf. fls. 2796 e ss.). Por conseguinte, não se verificou o pressuposto da recusa a que alude o artigo 345.º, n.º 4, do CPP.

Os meios de prova *supra* indicados nos pontos (i) a (vi), pese embora tenham sido fornecidos ou estejam relacionados com duas das visadas no processo _____, no âmbito de um procedimento de colaboração com a AdC tendente à obtenção de uma dispensa ou atenuação especial de coima (de que não veio a beneficiar), mereceram credibilidade por duas razões.

Em primeiro lugar, encontram corroboração em documentos externos e/ou não fornecidos pelas referidas visadas, como sucede especificamente em relação a alguns dos concursos identificados nos factos provados e nos termos que *infra* serão explanados em pormenor. Tais documentos são as informações prestadas por alguns dos clientes envolvidos e que coincidem, na sua larga maioria, com os preços constantes em tabelas apresentadas pela _____.

É certo que se trata de uma corroboração que não respeita à totalidade dos factos objeto da decisão, mas apenas a parte. Contudo, ainda assim a mesma é reveladora da inexistência de manipulação dos meios de prova apresentados pela _____ e pela _____ conferindo-lhe credibilidade em termos gerais.

E não se diga, conforme alega a _____, que “uma correspondência entre valores constantes das propostas apresentadas a concurso e os valores constantes das tabelas internas não é, em si mesma, prova de concertação, uma vez que não é invulgar, neste mercado, que sejam os cliente quem, no âmbito de um



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

procedimento de consultas por si promovidos, veicular às empresas vencedoras informação acerca das propostas apresentadas pelas demais empresas consultadas (cfr., exemplos concretos dessa disponibilização de informação no §381 da Decisão quanto ao

Esta argumentação não procede, pois, pese embora se admita que os clientes possam fornecer em alguns casos informações sobre os preços apresentados pelos demais (o que foi confirmado também por em audiência de julgamento), para alcançarem um preço mais reduzido, não o farão certamente por via da indicação dos preços específicos e relativamente a todos os proponentes, quer por ser desnecessário, não havendo qualquer racionalidade nesse procedimento (o que vale igualmente para a possibilidade dessa informação ser prestada após o fecho do concurso e a adjudicação), quer porque o objetivo dos clientes, em regra, é que as empresas apresentem os preços mais baixos e não que retirem um cêntimo à proposta de valor inferior. Os meios de prova a que a recorrente alude, tendo por referência os § 310 e 381 da decisão impugnada, não afastam estas asserções, pois contêm referências genéricas dos clientes quanto aos preços apresentados a concurso.

Em segundo lugar, os meios de prova fornecidos ou relacionados com a incluindo as declarações prestadas por na fase organicamente administrativa, também mereceram credibilidade, na medida em que não foi produzida prova minimamente consistente suscetível de a abalar.

Assim, quanto à prova produzida na fase organicamente administrativa, os únicos meios de prova que entram em colisão parcial com os referidos elementos probatórios reconduzem-se ao pedido de dispensa ou atenuação especial da coima apresentado pela *subra* referido, às declarações escritas de

relativamente à minuta de transacção notificada pela Autoridade da Concorrência (cf. fls. 2778 e ss). Essa parcial colisão reconduz-se ao facto destes meios de prova admitirem apenas a existência de acordos pontuais entre a e em relação a três clientes,

Sem prejuízo de tais meios de prova serem suficientes para demonstrar a participação da nos concursos que refere e, nessa medida, corroborarem parcialmente os meios de prova fornecidos e/ou relacionados com a não são credíveis quanto à exclusão de concertação de preços em outros concursos, nem quanto ao envolvimento de outras empresas (entre as quais a recorrente), para além da

nem quanto à existência de um acordo nos termos descritos nos factos provados. E não são credíveis, desde logo porque há prova nos autos, que não se estriba apenas nos meios de prova fornecidos pela conforme se explanará *infra* a propósito dos concursos respetivos, que demonstram o envolvimento da em concertações de preços relativas a outros clientes, para além dos referidos por esta empresa. Em segundo lugar, as explicações fornecidas pela apoiada nas declarações de (cf. fls. 559 a 661), para justificar alguns dos acordos que qualifica de “pontuais” são inverosímeis. Efetivamente, não é plausível que a proponha apresentar preços mais elevados “sem qualquer contrapartida (expressa)” (cf. fls. 445), apenas para inflacionar os preços dos no mercado português. Também não é verosímil que a atue nos mesmos termos, em 2009, “por razões que não são totalmente claras” (cf. fls. 446) para os demais envolvidos. Estas explicações não são plausíveis, porque estava em causa, conforme a própria admite, concursos de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(cf. fls. 442), que são produzidos segundo especificações diretamente solicitadas pelos clientes (cf. fls. 441), pelo que os preços aí praticados não servem de referência para o mercado em geral. Para além disso, é evidente, à luz de parâmetros de normalidade e razoabilidade, que uma empresa só participa neste tipo de acordos se puder ganhar e não para, altruisticamente, favorecer empresas concorrentes. E ganhar, nestes casos que envolviam sujeitos a preços específicos e cujos fornecimentos resultavam de concursos, implicava a repartição de clientes ou alguma forma de compensação. Em terceiro lugar, não é razoável, de acordo com parâmetros de normalidade e razoabilidade, que esses ganhos em futuros concursos ou compensações ficassem subentendidos, que não fossem expressamente acertados entre as empresas envolvidas.

A prova produzida em audiência de julgamento também não abalou minimamente os referidos meios de prova fornecidos e/ou relacionados com a

Assim, quanto às declarações prestadas por , administrador da recorrente à data dos factos e atualmente, referiu que uma ou duas vezes forneceu preços para concursos a , na sequência de contacto telefónico da parte deste. Contudo, afirmou desconhecer as razões pelas quais este lhe solicitou os preços, não se recorda se os forneceu antes ou depois dos concursos estarem findos, admitindo como sendo não improvável que tenha sido em momento anterior, não consegue identificar os concursos em causa e apenas forneceu os preços porque foi muito insistente. Confirmou que o visitou em 2009 e lhe propôs uma concertação de preços, pensa não ter sido em relação a um concurso específico, mas em abstrato. Afirmou ter rejeitado tal proposta, por não pactuar com estas práticas e que a encomenda que mais tarde a efetuou à recorrente se tratou de uma subcontratação, sem relação com um qualquer acordo de concertação de preços e devido ao facto da não conseguir efetuar o trabalho em . Mais referiu que não apresentou qualquer denúncia dos factos, porque se tratava de temas sensíveis e porque seria algo abstrato, não tendo pensado no assunto mais do que um minuto. Afirmou ainda nunca ter percebido que os grandes concorrentes estavam concertados entre si e que, não sendo um concurso público, não era invulgar os clientes darem informações sobre os preços apresentados. Mais referiu que a recorrente entrou no mercado das grandes contas a partir mais ou menos de 2007 e que, em 2009, porque estava mais empenhado no projeto que se veio a concretizar com a aquisição da não estava tão focalizado nesse mercado, apesar de ter continuado a dar resposta a clientes. Confrontado com os documentos de fls. 367 a 369, afirmou recordar-se da consulta em causa, tendo referido que não forneceu os preços não pelas razões referidas nesses documentos (porque em concursos anteriores outros concorrentes não lhe haviam fornecidos os preços), mas porque achava que não devia.

As declarações de contêm segmentos que são irrazoáveis à luz das regras da experiência comum. Assim, não é verosímil que um concorrente forneça preços a outro concorrente apenas e só por insistência do seu interlocutor num contacto à distância e sem ficar a saber a razão do pedido. Também não é plausível que uma pessoa que se confronte, mais do que uma vez, com tentativas de concertação de preços – como foi o caso, pelo menos e à luz das declarações de , da visita de e o concurso do – não tenha ponderado, pelo menos com alguma seriedade, em denunciar os factos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Ora, esta falta de compatibilidade com as regras da experiência comum das declarações de não só não abalam minimamente a credibilidade dos meios de prova supra referidos, como têm o efeito contrário. Efetivamente, não há outra razão para ter efetuado as referidas afirmações notoriamente falsas a não ser a tentativa de ocultar a realidade oposta àquilo que afirmou.

Quanto às declarações de administrador da recorrente desde a aquisição da unidade de negócio no essencial e sem prejuízo de algumas desconformidades explicáveis pela erosão da memória face ao tempo decorrido, convergiram com as referidas declarações escritas e com os demais elementos de prova fornecidos pela na fase organicamente administrativa.

Por conseguinte e pelas mesmas razões explanadas a propósito de tais elementos de prova, as declarações de com exceção da parte em que confirma o envolvimento da em alguns concursos relativos à não mereceram credibilidade na parte em que excluíram o envolvimento da em outros concursos, na parte em que excluíram outras empresas envolvidas ou que negaram desconhecer o seu envolvimento (como a recorrente) e na parte em que afirma terem existido meros acordos pontuais.

Acresce ainda que efetuou outras afirmações inverosímeis e que reforçam a sua falta de credibilidade quanto aos pontos referidos. Assim, o declarante afirmou que não indicava preços específicos, mostrando alheamento em relação à possível existência de tabelas com preços para cada uma das empresas envolvidas. Referiu que apenas recebia ou dava indicação de que não iria *apertar com o preço* e que, conhecendo os custos das empresas envolvidas, sabia que colocando uma margem de 10% era o bastante para cumprir o acordado. Tais afirmações não são verosímeis, pois, conforme afirmou à data dos factos e em plena conformidade, nesta parte, com parâmetros de normalidade e razoabilidade, eram elaboradas tabelas para que as diferenças de preços não fossem demasiado óbvias.

Foi ainda ouvido O seu depoimento não contrariou as declarações prestadas na fase organicamente administrativa, revelando apenas uma maior erosão de memória face ao tempo decorrido.

Prestou ainda depoimento, na audiência de julgamento, à data dos factos. O seu depoimento revelou claramente o propósito de, por um lado, não faltar à verdade de forma evidente e, por outro lado, comprometer-se o menos possível com os factos imputados e que, em larga medida, contaram com a sua participação direta, colocando-se ou numa posição passiva, de sujeição a instruções do CEO do

ou afirmando não se recordar dos factos. Invocou ainda ter sido alegadamente vítima de manipulação do seu computador, que foi levado para Espanha e devolvido sem disco rígido, para pôr em causa a possibilidade de ter enviado emails nos quais consta como remetente. Contudo, afirmou, sem qualquer plausibilidade, ter mantido o mesmo endereço eletrónico pessoal e só ter alterado a sua password, não se recorda exatamente quando, mas possivelmente não no espaço de um mês após o sucedido. Consequentemente, em termos gerais, o seu depoimento não foi suscetível de afastar a credibilidade dos referidos meios de prova e apenas foi tido em conta em relação a alguns segmentos, que se mostraram consentâneos com parâmetros de normalidade e razoabilidade ou com a demais prova produzida.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por fim, foi inquirido também

, que foi diretor comercial da entre 1985 e outubro de 2007, entre 2007 e 2009 trabalhou numa empresa que era cliente do tipo de em causa porque prestava serviços para grandes clientes como a tendo participado no lançamento de concursos, em 2010 e 2011 foi consultor da recorrente e desde 2011 que é diretor comercial da recorrente. Afirmou que, quando trabalhava na apresentava propostas em concursos de grandes clientes, que na recorrente não existia nenhuma estrutura vocacionada para os grandes clientes, que era uma empresa que, devido ao escasso equipamento que dispunha para operar neste mercado das “grandes contas”, não via na um concorrente, porque não tinha capacidade para fornecer grandes quantidades de forma contínua e com fiabilidade. Mais referiu que até 2007 o mercado era extremamente competitivo “uma guerra fortíssima de preços”. Como comprador continuou a sentir o mercado muito competitivo e desconhece qualquer prática concertada de preços.

O depoimento de também não abala os meios de prova referidos. Assim, na grande maioria do período considerado nos autos, a testemunha não teve qualquer participação direta nos factos imputados, o seu depoimento sustenta-se em perceções e sem uma visão global ou conjunta de todos os factos relevantes e, quanto à capacidade da para fornecer grandes clientes, admitiu que a empresa entrou neste mercado por volta do ano de 2007.

Em face de todo o exposto, não há razões para concluir que a agiram com motivos espúrios, alheios a uma colaboração com a AdC baseada apenas em provas verdadeiras e com o propósito único de, por essa via, obter a dispensa ou atenuação especial da coima, sem falsear a realidade dos factos. Note-se que com isto não se quer afirmar que tais meios de prova são suficientes para sustentar os factos imputados. Em determinados pontos não são, não se acompanhando todas as conclusões alcançadas pela AdC, conforme se explicitará *infra*. Contudo, esses pontos não resultam da inexatidão ou falsidade voluntárias dos meios de prova fornecidos ou relacionados com a

, mas da sua insuficiência ou inexatidão involuntária.

Quanto aos demais meios de prova que, em termos gerais, sustentam os factos em análise, impõe-se referir que as respostas prestadas pelos clientes afetados pelos concursos não suscitam qualquer reserva quanto à sua isenção e credibilidade, face à inexistência nos autos de elementos minimamente consistentes em sentido contrário.

No que respeita aos meios de prova fornecidos pela e/ou relacionados com a apenas relevaram para a demonstração da sua participação nos concursos por si identificados, sem excluírem a demonstração de outros factos, conforme já referido.

Tecidas estas considerações ir-se-á de seguida explicitar os concretos meios de prova que sustentaram os factos relativos a cada um dos concursos e, a final, esclarecer as razões pelas quais se concluiu nos termos exarados nos pontos 48 a 55.

Assim, relativamente ao os factos provados resultaram da cópia da mensagem de correio eletrónico enviada por



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Nesta mensagem surge, manuscrita, a seguinte informação de preços:



7

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Relativamente ao

⁶ Tradução livre da AdC para a língua portuguesa:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Neste documento surge, manuscrita, a seguinte informação de preços:

O



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

Em complemento das mensagens que se transcrevem no parágrafo anterior,
relativas à consulta



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

Quanto aos factos não provados, designadamente o envolvimento da na segunda consulta, a decisão da AdC funda-se na corrente de mensagens eletrónicas supra reproduzidas e nos esclarecimentos prestados pelo no sentido de que as referências a “Rui” e a “R” dizem respeito a (fls. 195). Contudo, tais factos são insuficientes para se concluir pela existência de um entendimento prévio com a , conforme aliás chamam a atenção a na pronúncia à nota de ilicitude – cf. fls. 2369. Com efeito, não se pode concluir com base apenas nas referidas mensagens e mesmo sem duvidar do seu teor que tenha sido contactado.

Relativamente ao , os factos provados resultaram, em primeiro lugar, das declarações prestadas nas instalações da AdC,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em segundo lugar, tais declarações encontram suporte num conjunto de documentos juntos aos autos.

Assim, foi, desde logo, o caso do *fax*, de fls. 253, enviado por

Nas suas declarações,

- cf. fls. 583.

Para além do referido *fax*, consta em anexo ao mesmo, a fls. 254, uma mensagem de correio eletrónico, enviada, em 29 de novembro de 2007, por



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

f

Da análise da informação contida nestes elementos probatórios, em particular à luz das declarações de *supra* transcritas, conclui-se, tal como esclarece a AdC na decisão impugnada, que o código “00” reporta-se à

aparece identificada pela letra “F” e que chegaram a um entendimento prévio sobre os preços a apresentar à *supra* por ocasião da consulta lançada em 20 de novembro de 2007.

Dos referidos elementos probatórios resulta ainda, tal como também esclarece a AdC na decisão impugnada, que, nos termos previamente acordados pelas arguidas, a

deviam cotar, respetivamente, 184 euros e acima dos 400 euros, mas que o fornecimento foi adjudicado à *supra* pelo preço de 91,02 euros, pelo facto de a não ter sido consultada pela *supra* e, consequentemente, a não ter podido cotar os 184 Euros inicialmente previstos.

As declarações de *supra* encontram suporte também nas mensagens de correio eletrónico, de fls. 256, que contêm as seguintes notas manuscritas:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em anexo às referidas mensagens de correio eletrónico encontram-se três tabelas que descrevem as características dos envelopes sob consulta e que contêm as seguintes notas manuscritas:

Da análise da informação contida nestes elementos probatórios, mais uma vez à luz das declarações de _____ *supra* transcritas, é possível concluir que a _____, a _____, respetivamente identificadas no documento pelos códigos "T", "C", "F" ou "Fdes" e "A", chegaram a um entendimento prévio entre si sobre os preços a apresentar à _____ por ocasião da consulta lançada em 5 de dezembro de 2007.

A nota "Pedido a 42,10" evidencia que o fornecimento do modelo 507 foi efetivamente adjudicado à _____.

Por fim, constam dos autos, a fls. 269 a 271, uma mensagem de correio eletrónico, de 7 de janeiro de 2008, relativa a consulta da _____ para o fornecimento de _____.

Do referido documento constam as seguintes notas manuscritas:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

f

De acordo com as explicações fornecidas pelo _____, de fls. 194, as notas transcritas no parágrafo anterior são de _____ e correspondem aos preços a apresentar pela _____, a referência "LB" diz respeito ao representante da _____ que terá dado o seu "OK, *sem problemas*" aos preços determinados por _____ para a resposta à consulta da _____ de janeiro de 2008.

Do teor destes elementos probatórios é possível concluir que a _____, identificadas pelas respetivas iniciais "T", "A" e "F", chegaram a um entendimento prévio entre si sobre os preços a apresentar e que a _____ não apresentou proposta de preços porque não produzia os _____ sob consulta.

É ainda possível concluir que, nos termos previamente acordados com as suas concorrentes, a _____ cotaria os preços mais baixos para todos

Acresce que, tal como refere a AdC na decisão impugnada, os elementos probatórios juntos aos autos na sequência dos pedidos de elementos da AdC à _____ corroboram inteiramente as referidas evidências, demonstrando que a alocação entre as empresas envolvidas por _____ veio, efetivamente, a concretizar-se, e que os preços acordados entre as empresas envolvidas foram, efetivamente, os preços apresentados

Com efeito, a fls. 1614 a 1618 dos autos constam as faturas emitidas pela _____, em 21, 25 e 31 de janeiro de 2008, em nome da _____ que demonstram que a _____ forneceu à _____

A fls. 2014 a 2017 consta dos autos resposta a pedido de elementos adicionais da AdC, em que se refere que a _____

Assim, os elementos probatórios descritos nos parágrafos anteriores permitem demonstrar, por um lado, que a alocação previamente acordada entre as empresas envolvidas veio efetivamente a concretizar-se e, por outro lado, que os preços previamente acordados foram efetivamente os preços apresentados à _____, com exceção do preço dos

¹¹ Tradução livre da AdC para a língua portuguesa:

"C não tem"

"F não localizado"

Depois avisado a LB e OK

sem problemas x livre.

"Foram pedidos aos n/ preços".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

que registam uma ligeira discrepância que não altera, no entanto, a alocação acordada.

Relativamente os factos provados referentes ao concurso lançado em 2007 foram extraídos das declarações escritas de de fls. 539, que não foram abaladas pelas suas declarações prestadas em audiência de julgamento, antes confirmadas em termos genéricos.

Quanto à consulta de julho de 2009, os factos provados resultaram do encadeamento de mensagens de correio eletrónico, de fls. 415, trocadas entre

¹² Tradução livre da AdC para a língua portuguesa:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Do teor da mensagem descrita no parágrafo anterior resulta que
partilhou informação com , confirmando que a
havia recebido a consulta do e que aguardava a indicação dos preços que a
devia propor.

terá então respondido a que
indicaria os preços mas que estaria dependente de “outros”. Contudo, a prova é
insuficiente para concluir que outras empresas foram envolvidas no entendimento prévio
quanto aos preços a apresentar.

No que respeita à consulta de outubro de 2009, os factos provados resultaram do
encadeamento de mensagens de correio eletrónico, de fls. 429 a 432, trocadas, entre 6 de
outubro e 10 de novembro de 2009, entre



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

De acordo com os esclarecimentos prestados pelo _____, as mensagens supra transcritas referem-se a uma consulta lançada pelo _____, reencaminhada pela empresa alemã _____ em outubro de 2009 (cf. fls. 195).

De acordo com o teor da mensagem, _____ dá conhecimento a _____ da referida consulta, mencionando que a _____ estaria a negociar o novo contrato de fornecimento com o _____ alinhada com a _____, de forma a que o preço _____ pudesse ser aumentado em 12%.

_____ menciona ainda que 50% do fornecimento já teria sido adjudicado à _____, que outra parte do fornecimento teria sido adjudicada a uma empresa de _____ estaria descontente pelo facto de ainda não ter sido adjudicada nenhuma parte do fornecimento à _____



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O teor desta mensagem, lido em conjunto com as declarações de
demonstra que a chegaram a um entendimento
prévio entre si sobre os preços a propor ao por ocasião da consulta de outubro
de 2009.

Pese embora a não tenha efetivamente beneficiado da preferência que lhe fora
atribuída por virtude da concertação, na medida em que o acabou por adjudicar
o fornecimento a outras empresas, aparentemente porque, como resulta da mensagem de
de 10 de novembro de 2009, a “não estava muito bem
vista na PT”, a verdade é que, em resultado da concertação, o preço dos
registou um aumento de 12%.

Os factos referentes à consulta de 2010 resultaram das declarações escritas prestadas por
(cf. fls. 547), que não foram abaladas pelas declarações prestadas em
audiência de julgamento.

Relativamente ao os factos provados
foram extraídos da mensagem de correio eletrónico, de fls. 418 a 422, enviada, em 8 de
setembro de 2009, por relativa a
um concurso lançado



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

Pese embora não se duvide, de acordo com os esclarecimentos prestados pelo
que a referência a diz respeito a (fls.
195), o certo é que destes meios de prova só se pode concluir que a
pretendiam participar concertando previamente os preços, não se podendo concluir
que tenha efetivamente participado.

Relativamente ao os factos provados respeitantes à
consulta de julho de 2007, resultaram das mensagens de correio eletrónico, de fls. 200 a
206, trocadas, em 17 de julho de 2007, entre



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Da referida mensagem consta uma tabela com informação de preços manuscrita, com o seguinte teor:

De acordo com os esclarecimentos prestados pelo _____, a referida tabela foi manuscrita por _____ e diz respeito aos preços que a _____ e a _____ acordaram previamente, tratando-se a referência _____ da confirmação do acordo de _____ (fls. 193).
Na mensagem de resposta de _____, do mesmo dia, pode ler-se:



[Handwritten mark]

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Anexa a esta mensagem, reencaminha a mensagem de
, a que acrescenta os preços que este devia propor aos
, em virtude do acordo estabelecido com :



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Nas declarações prestadas nas instalações da AdC,

referiu, a

Resulta assim demonstrado que a _____ acordou com a empresa _____ os preços a propor aos _____ em julho de 2007.

Não ficou provado que o concurso tenha sido adjudicado à _____ por falta de prova.

Relativamente ao concurso de abril de 2008, os factos provados resultaram de um conjunto de documentos relativos à negociação com os _____ em abril de 2008, de fls. 314 a 324.

Entre os referidos documentos, encontra-se uma folha com uma tabela contendo as diferentes licitações que as empresas concorrentes deviam apresentar para cada um dos três lotes de produtos sob consulta

na segunda.

fase da negociação, por leilão eletrónico realizado em 2 de abril de 2008, sendo que o objetivo era que a _____ ganhasse os três lotes, razão pela qual as licitações estimadas para a _____ correspondiam às mais baixas em todas as categorias de produtos (fls. 316).

A referida tabela tem o seguinte conteúdo:

Esta tabela deve ser comparada com as licitações efetivamente submetidas a leilão pelas empresas concorrentes, que resultam da imagem retirada da plataforma eletrónica de leilões Tradecom, constante de fls. 314 dos autos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Na dita imagem é possível constatar que a licitou 187.000 Euros para o ,

Assim, a comparação entre a tabela e a imagem *supra* descritas evidencia que a efetivamente submeteram a leilão, no dia 2 de abril de 2008, as licitações acórdadas com as suas concorrentes e que a submeteu as licitações mais baixas, tendo-lhe sido adjudicado o fornecimento dos três lotes submetidos a leilão, conforme previamente acordado.

O conjunto de documentos juntos aos autos a fls. 314 a 324, inclui ainda uma nota manuscrita com o número de telefone de

Na sequência das três tabelas relativas às licitações da , encontra-se uma tabela com as licitações a submeter a leilão para os três lotes pelas empresas concorrentes , sendo possível constatar que os valores indicados são superiores aos valores indicados na tabela relativa à segunda fase de negociação, o que indicia que esta tabela diz respeito à primeira fase.

As declarações de à AdC, corroboram, quanto à participação da nesta prática, os elementos probatórios que acabam de descrever-se (cf. fls. 547) e bem assim que a terá dado o seu acordo à alocação dos como forma de compensar a sua concorrente pelo acordo estabelecido em 2007, referindo-se à alocação do

Quanto à , os meios de prova são insuficientes para concluir que a mesma participou neste entendimento prévio e no próprio concurso. Com efeito, sem duvidar de que as tabelas tenham sido elaboradas com o propósito de serem fornecidos à os valores que deveria apresentar, não há meios de prova que demonstrem que as mesmas foram remetidas à e/ou que esta tenha participado no concurso.

Quanto ao concurso de 26 de dezembro de 2008, os factos provados resultaram do documento referente à consulta que costa a fls. 388.

Mais foi relevante a mensagem de correio eletrónico de 12 de janeiro de 2009, através da qual reencaminha a uma tabela com o seguinte teor (fls. 378 e 410 a 412):



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em sequência, a fls. 379 dos autos, surge uma mensagem de correio eletrónico, de 6 de fevereiro de 2009, de

, informando que estava aberta uma fase de renegociação, para apresentação de revisão de propostas até ao dia 10 de fevereiro. A referida mensagem contém as seguintes notas manuscritas:

Quanto à , importa salientar que junto à tabela de preços supra transcrita aparece a nota manuscrita e na mensagem relativa à renegociação de preços a nota (cfr. fls. 378 e 379).

Tais meios de prova são corroborados pela resposta dos ao pedido de elementos da AdC, relativo à referida , constatando-se que as empresas consultadas foram a , que as empresas proponentes foram a e que o fornecimento foi adjudicado à empresa que apresentou os preços mais baixos (fls. 1325 a 1329).

Para além disso, a análise da informação de preços disponibilizada pelos permite concluir que há correspondência entre os preços efetivamente cotados pela e pela e os preços previamente acordados, constantes da tabela supra transcrita.

Nomeadamente, é possível constatar que os preços unitários por milheiro efetivamente cotados pela para os produtos com as referências

E que os preços unitários por milheiro efetivamente cotados pela

Tal evidencia claramente que a , para além de conhecerem os preços que ambas iriam propor, conheciam os preços que a cotariam. E que, independentemente dos preços que as empresas envolvidas viessem a cotar, todas elas cotariam acima do nível mínimo de preços determinado pela empresa a quem era alocada a preferência (neste caso,).

O facto de não existir correspondência entre os preços efetivamente cotados pela e pela e os preços constantes da tabela transcrita, não significa que a concertação entre as empresas envolvidas não tenha existido, pois o essencial era que as empresas



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

envolvidas na concertação cotassem preços acima do nível de preços determinado pela empresa que beneficiava da alocação do cliente e tal é, de facto, o que acontece neste caso.

Alega a recorrente que a prova produzida é insuficiente para lhe imputar a prática destes factos. Não assiste razão à recorrente. Com efeito, a coincidência referida entre os preços apresentados pela e os preços constantes na tabela *supra* reproduzida são a evidência da concertação prévia de preços, pois não se vislumbra qualquer utilidade na elaboração de tal tabela *a posteriori*, nem é razoável admitir que alguém dos tenha fornecido tais elementos antes ou após o concurso, pelas razões já referidas.

A prova produzida em audiência de julgamento não abalou os meios de prova produzidos, conforme já referido.

Impõe-se apenas uma nota a propósito do depoimento de A testemunha afirmou não se recordar de ter visto em concreto esta tabela, mas admitiu que viu tabelas desse género, que era normal efetuarem tabelas entre as empresas, que terá recebido um tabela, que pode ter sido esta e que os eram um cliente. Quanto à afirmou que esta empresa não teria capacidade para cumprir esta encomenda, pois não tinha equipamento, facto de que tinha conhecimento porque já tinha estado na fábrica. Confrontado com o documento de fls. 1325, manteve as suas afirmações, acrescentando não o surpreender que a tenha respondido, porque a própria concorria a concursos que não tinha capacidade, mas depois subcontratava, não existindo o risco de ninguém querer subcontratar por causa do preço. Analisando tais afirmações importa referir, em primeiro lugar, que não surpreende o facto da testemunha ter admitido a possibilidade de ter recebido esta tabela e não de a ter elaborado tendo em conta, conforme já referido, que todo o depoimento de revelou um inequívoco propósito de se comprometer o menos possível com a prática em causa, admitindo, em parte os factos, mas colocando-se sempre numa posição passiva e de sujeição. Por conseguinte, o facto de não ter admitido a elaboração a tabela não abala a credibilidade dos meios de prova em que se sustentam estes factos. Quanto à falta de capacidade da para responder a este tipo de encomenda, a testemunha acabou por admitir que isso não impedia a empresa de se apresentar a concurso, pelo que o seu depoimento, nesta parte, também não põe em causa os meios de prova descritos que suportam os factos provados. Excluídos estes segmentos, mais distanciados da prova produzida, o depoimento de ao admitir a existência de tabelas deste género, acaba por corroborar os factos.

Quanto à consulta lançada em outubro de 2009, foi relevante o encadeamento de mensagens de correio eletrónico, de fls. 183 a 184, trocadas, nos meses de outubro e novembro de 2009, entre

, com o seguinte teor:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

[...]²⁰

Tal como refere a AdC, na decisão impugnada, o conteúdo da mensagem supra transcrita é autoexplicativo e revela, inequivocamente, a existência da concertação e do entendimento prévio entre as Arguidas

A prova produzida em audiência de julgamento não abalou os meios de prova produzidos. Efetivamente, tal como já referido, as declarações de não mereceram credibilidade.

Por sua vez, confrontado com os documentos de fls. 183 e 184, não excluiu a sua exatidão e veracidade, simplesmente referiu não se recordar dos mesmos documento.

Por fim, no que respeita a admitiu que recebeu e enviou os emails em questão. Mais afirmou que a seria capaz de fornecer esta encomenda porque era uma quantidade pequena. Quanto ao segmento “enganou-se” afirmou que pediu à preço para uma eventual subcontratação e para formar o preço da. Mais



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

esclareceu que, não obstante ter pedido preços à para uma eventual subcontratação, seria normal que a mesma ainda assim concorresse. Referiu ainda que para saber que havia um erro teria de falar com a . Analisado o depoimento, em conjugação com os emails referidos, é evidente que a expressão ‘ enganou-se’ não tem subjacente o contexto referido pela testemunha, na medida em que surge na sequência de um email no qual é referido o seguinte: *“Há que dar novos preços. Temos a informação de que na 1ª volta os preços mais baratos eram os de .*

Alega a recorrente que tais meios de prova são insuficientes para demonstrar os factos. Não lhe assiste razão, face ao teor da referida mensagem.

Quanto à consulta de janeiro de 2010, os factos provados resultaram das declarações escritas de , de fls. 547, que não foram abaladas pela prova produzida em audiência de julgamento, em conjugação com o encadeamento de mensagens de correio eletrónico, de fls. 186 a 187, trocadas em março de 2010, entre

, com o seguinte teor:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

No que respeita ao envolvimento da nesta consulta, não há qualquer meio de prova de suporte, uma vez que a informação prestada pelos a fls. 1330 a 1334, não corresponde às referências que constam nos referidos emails, que, note-se, também não envolvem a

Quanto ao os factos provados respeitantes à primeira consulta resultaram, do *fax* enviado pela , em 8 de novembro de 2007, de fls. 214, contendo uma tabela de preços para vários tipos de com quatro colunas, isto é, quatro listas distintas de preços.

Segundo os esclarecimentos prestados pelo , a referida tabela de preços foi elaborada pela e constituía a sua proposta para as cotações de preços a apresentar pelas empresas concorrentes ¹².

Mais à frente, a fls. 215 a 218 dos autos, surgem tabelas de preços para os mesmos tipos de , também com quatro colunas, datadas de 9 de novembro de 2007, em que surgem identificadas, na primeira linha da tabela, as empresas concorrentes , pelas respetivas iniciais

Segundo os esclarecimentos prestados pelo , as referidas tabelas de preços foram elaboradas por e constituíam a contraproposta da para as cotações de preços a apresentar pelas quatro empresas concorrentes.

Os preços constantes das referidas tabelas devem ser confrontados com os elementos fornecidos à AdC pelo , em resposta ao pedido de elementos relativo ao

Na referida resposta, que consta de fls. 1707 a 1710 dos autos, o fornece à AdC as listas de preços efetivamente cotados por todas as empresas que se apresentaram a concurso, bem como a lista de empresas adjudicatárias, com indicação do valor adjudicado. A primeira conclusão que se extrai da análise dos elementos fornecidos pelo é a de que o fornecimento foi adjudicado em partes diferentes consoante a empresa que apresentou o preço mais baixo para cada tipo de .

Em segundo lugar, uma análise comparativa entre as tabelas de preços previamente negociados entre as empresas concorrentes, contantes de fls. 214 a 218 dos autos, e as tabelas de preços efetivamente cotados pelas empresas que se apresentaram a concurso, contantes de fls. 1707 a 1710 dos autos, permite concluir que, em data anterior à data limite



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

para a apresentação de propostas, as referidas empresas tinham conhecimento dos preços a cotar por cada empresa envolvida para a grande maioria dos tipos de em causa. Com efeito, relativamente aos preços propostos a concurso pela é possível constatar que os preços ao

, são os mesmos preços previamente negociados entre as empresas envolvidas e indicados nas tabelas contantes de fls. 214 a 218 dos autos. Relativamente aos preços propostos a concurso pela é possível constatar que os preços ao

são os mesmos preços previamente negociados entre as empresas envolvidas e indicados nas tabelas contantes de fls. 214 a 218 dos autos. Relativamente aos preços propostos a concurso pela é possível constatar que os preços ao

, são os mesmos preços previamente negociados entre as empresas envolvidas e indicados nas tabelas contantes de fls. 214 a 218 dos autos. Relativamente aos preços propostos a concurso pela, é possível constatar que os preços ao

os mesmos preços previamente negociados entre as empresas envolvidas e indicados nas tabelas contantes de fls. 214 a 218 dos autos.

O facto de os preços unitários efetivamente cotados não serem coincidentes com os preços indicados nas tabelas previamente elaboradas pelas empresas envolvidas em alguns casos, não contraria a conclusão de que as referidas empresas agiram concertadamente. Com efeito, a globalidade da prova recolhida indica que o objetivo da concertação era que as empresas envolvidas não tentassem obter encomendas de um cliente “detido” por uma concorrente, respeitando a “tarifa orientativa” ou nível mínimo de preço previamente acordado, independentemente de haver posteriormente alguma oscilação nos preços efetivamente cotados. O essencial era que a empresa que “detinha” o cliente apresentasse o preço mais baixo para todos ou a maioria dos produtos e que as restantes empresas envolvidas cotassem um preço superior para a generalidade dos produtos.

Para além disso, no presente caso, existe ainda um motivo adicional para que os preços cotados não sejam sempre coincidentes com os preços previamente acordados. É que, como explica o na resposta ao pedido de elementos da AdC, o havia optado por contratar, para o ano de 2008 e relativamente a uma parte das suas necessidades, a matéria-prima diretamente à acabando por solicitar aos fornecedores de apenas a sua transformação, de forma que o preço nestes casos acabou por divergir dos preços estimados num momento prévio, passando a refletir apenas custos de produção/transformação.

No que respeita à consulta de novembro de 2008, a AdC sustenta a decisão no encadeamento de mensagens de correio eletrónico, de fls. 367 a 369, trocadas em novembro de 2008, entre

, com o seguinte teor:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Esta troca de mensagens indicia que a [redacted] participou num acordo anteriormente. Contudo, quanto à consulta em questão não se pode extrair a conclusão alcançada pela AdC no sentido de que a [redacted] chegou, no âmbito deste concurso, a um entendimento prévio de preços, pois o email de [redacted] refere de forma clara o contrário, ou seja, que a [redacted] se recusou a fornecer os preços. Quanto ao segmento do email de [redacted] no sentido de que *“Hemos dejado que [redacted] esté com una cuota en este cliente exagerad”* o mesmo esclareceu, em audiência de julgamento, que se estava a referir à estratégia comercial da [redacted] e não ao facto de ter alcançado essa quota por via da concertação de preços.

Assim, a prova referida, que não foi contrariada pela prova produzida em audiência de julgamento, conduz à conclusão de que, em relação a este concurso, a [redacted] se recusou a fornecer os preços.

Quanto ao [redacted] os factos relativos ao concurso de 2007 resultaram do fax, de fls. 265, enviado em 11 de dezembro de 2007 por [redacted] relativo a uma consulta do [redacted] da mesma data, para o fornecimento de [redacted]

[redacted], com prazo de resposta até ao dia seguinte.

Do referido documento constam notas manuscritas com o seguinte teor:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

Em sequência, a fls. 267 dos autos, surge uma mensagem de correio eletrónico enviada, em 12 de dezembro de 2007, por _____ para um colaborador do _____, com o seguinte teor:

Por fim, a fls. 266 dos autos, surge um novo *fax* enviado em 19 de dezembro de 2007 por _____ para _____, com uma nota manuscrita no campo das observações que refere: *"Dicen haberlo adjudicado ya y que nuestro precio fué el mas alto"* ²⁷.

De acordo com os esclarecimentos prestados pelo _____, as notas constantes do *fax* de 11 de dezembro de 2007 foram manuscritas por _____ e correspondem aos preços a propor pelas quatro empresas concorrentes _____, ali identificadas pelas respetivas iniciais, de forma a que a _____ pudesse ganhar o concurso.

Com efeito, na tabela manuscrita por _____ é possível constatar que o preço mais baixo seria cotado pela _____ teria acordado só apresentar proposta se tal lhe fosse expressamente pedido e, em todo o caso, apresentaria uma proposta na linha de preços acordada.

As notas constantes do segundo *fax* demonstram que as empresas que cotaram os preços mais baixos foram efetivamente a _____, o que é consistente com as notas manuscritas por _____.

Quanto à consulta de 2008, os factos provados resultaram da tabela de preços, de fls. 332. De acordo com os esclarecimentos prestados por _____ em resposta a pedido de elementos adicionais da AdC, a referida tabela terá sido elaborada entre os dias 12 e 31 de março de 2008, data limite para a apresentação de propostas, da mensagem de correio eletrónico que surge a fls. 329 a 330 dos autos, de 5 de maio de 2008, e da tabela de fls. 331.

Quanto ao envolvimento da _____, não é possível concluir nesse sentido, porquanto as mesmas não constam na lista de proponentes apresentada pelo _____ e que consta a fls. 2027 e ss..



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Relativamente ao _____, impõe-se esclarecer, em primeiro lugar, que face à resposta do _____ ao pedido de elementos da AdC relativo ao concurso em questão, constante de fls. 1653 a 1655, trata-se de um concurso lançado em 2008 e não em 2009. É certo que _____ refere, nas suas declarações de fls. 579, que não foram contrariadas pelo depoimento prestado em audiência de julgamento, que a visita à _____ que esteve subjacente a este concurso ocorreu em maio de 2009. Contudo, também é referido que essa reunião teve na sua origem um "pacto" com a _____ no sentido de esta empresa não apresentar preços mais baixos do que a _____ na consulta promovida pelo _____ em 2008 (cf. fls. 579). Considera-se assim que a referência a maio de 2009 terá sido, involuntariamente inexata, estando em causa um concurso de 2008.

Efetuada este esclarecimento, os factos provados resultaram das referidas declarações de _____ que são corroboradas pelos elementos probatórios juntos aos autos a fls. 274, 275, 277 e fls. 1653 a 1655, que correspondem, respetivamente, a um conjunto de documentos fornecidos pelo _____ e à resposta do _____ ao pedido de elementos da AdC relativo ao concurso lançado no ano de 2008.

A fls. 275 e 277 dos autos surgem tabelas de preços para os vários tipos de _____ com duas secções com três colunas cada que correspondem aos preços unitários e globais alegadamente acordados entre as Arguidas para a _____ que surgem identificadas pelas respetivas iniciais, _____ em data anterior à data de apresentação de propostas ao _____.

A fls. 274 dos autos surge ainda uma folha com as seguintes notas manuscritas:

De acordo com os esclarecimentos prestados pelo _____, as referidas notas foram manuscritas por _____ e correspondem aos valores a que se chegou após negociação entre as Arguidas _____ (fls. 194), identificadas pelas respetivas iniciais, _____, sendo de realçar que os preços globais acordados para a _____ são sempre os mais baixos.

Na sua resposta ao pedido de elementos, junta a fls. 1653 a 1655 dos autos, o _____ fornece à AdC o resultado do concurso, incluindo os preços unitários e globais adjudicados à empresa _____, bem como os preços unitários e globais propostos pelas três concorrentes consultadas,

Da análise comparativa entre as tabelas de preços constantes de fls. 274, 275 e 277 dos autos e os resultados fornecidos pelo _____, é possível concluir que as Arguidas _____ acordaram os preços que cada uma apresentaria na sua proposta ao _____.

Com efeito, é possível constatar que os valores globais efetivamente cotados pelas três Arguidas, que constam do quadro apresentado pelo _____ a fls. 1655 dos autos, correspondem aos valores globais indicados a fls. 274 dos autos e que constituem os valores acordados pelas três Arguidas em data anterior à data de apresentação de propostas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Esta correspondência de valores também se verifica na comparação entre os preços unitários efetivamente propostos pelas três concorrentes, constantes de fls. 1655 dos autos, e os preços por elas previamente acordados, constantes da tabela junta a fls. 275 dos autos. Nomeadamente, é possível constatar que os preços unitários efetivamente cotados pelas Arguidas para os produtos com as referências

, são coincidentes com os preços unitários previamente acordados.

É certo que o documento de fls. 283 revela informações que podem indicar uma relação próxima com este cliente e a obtenção de informações por via do mesmo, aí constando a indicação de um preço já fornecido pela . Contudo, conforme já se referiu, admite-se que isto pudesse acontecer. O que já não é verosímil é que fossem fornecidos todos os preços apresentados por todos os proponentes ou que as tabelas fossem elaboradas após o fecho do concurso. Por conseguinte, tal meio de prova e os demais que a recorrente refere como demonstrativos de uma relação de proximidade com este cliente pelo não abalam as asserções precedentes.

Quanto à compensação, a mesma resulta das declarações prestada por a fls. 580, em conjugação com os esclarecimentos de fls. fls. 1945 a 1946.

Quanto ao **fornecimento**, os factos provados resultaram, quanto ao envolvimento da , das declarações prestadas nas instalações da AdC por referiu “recordar-se da consulta da para a produção” (fls. 580).

Acrescenta que “*A encomenda da representa aproximadamente os mesmos valores da encomenda do*”, e que “[o] contato foi no sentido de a . não agredir a (que detinha o cliente)” (fls. 580 e 581).

Dos autos constam vários elementos documentais que coincidem com estas declarações mas que demonstram que, na realidade, a prática concertada imputada às arguidas terá ocorrido em mais do que uma ocasião, designadamente no contexto das consultas lançadas pela em 14 de novembro de 2007, 13 de dezembro de 2007, 11 de fevereiro de 2008, 8 de julho de 2008, 31 de outubro de 2008 e 11 de dezembro de 2008.

Quanto à consulta de 14 de novembro de 2007, os documentos juntos aos autos indicam que estava em causa o fornecimento de

e que o prazo para apresentação de propostas era o dia 19 de novembro (fls. 238 a 240).

Anexa aos documentos relativos a esta consulta, surge uma folha contendo uma tabela manuscrita, datada de 16 de novembro de 2007, com informação de preços relativos aos vários tipos acima identificados, com três colunas em que surgem identificadas pelas respetivas iniciais, as empresas concorrentes , (fls. 237).

De acordo com os esclarecimentos prestados pelo , a referida tabela contém os preços previamente acordados pelas empresas ali identificadas, que eram os seguintes (fls. 193):



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Sucedeu, porém, que o presente concurso foi adjudicado à [redacted] pelo preço de 16,80€/unidade, de acordo com a informação fornecida pela [redacted] em resposta ao pedido de elementos da AdC (fls. 1998 a 2003).

No entanto, a informação fornecida pela [redacted] é parcialmente compatível com o conteúdo das notas manuscritas transcritas no parágrafo 0 *supra*, confirmando que a [redacted] terá proposto o preço de 20,90€/unidade e que a [redacted] s o preço de 18,60€/unidade. Em tal informação consta que a [redacted] não se apresentou a concurso.

Quanto à consulta de 11 de fevereiro de 2008, com a referência 119086, os documentos juntos aos autos indicam que estaria em causa o fornecimento de

(fls. 299, 300 e 301).

De acordo com a documentação constante dos autos, a negociação deste concurso dividiu-se em duas fases, uma primeira, com prazo de resposta até 14 de fevereiro, e uma segunda fase, para revisão das propostas apresentadas, até ao dia 19 de fevereiro (fls. 298 e 301).

A fls. 297 dos autos surge uma tabela datada de 18 de fevereiro de 2008 com informação de preços manuscrita e que constitui, de acordo com os esclarecimentos prestados pelo [redacted] os preços previamente acordados pelas empresas

para cotação em cada uma das fases de negociação, identificadas com “1ª” (i.e. primeira fase) e “2ª” (i.e. fase de revisão de preços).

Da análise do conteúdo da referida tabela é possível extrair que a [redacted] apresentou, na primeira fase, os preços mais baixos para os modelos [redacted], a [redacted] os preços mais baixos para os modelos [redacted], e a [redacted]

os preços mais baixos para o modelo [redacted], e que, na segunda fase, apesar da revisão de preços, esta distribuição se repetiu.

O que esta análise leva a concluir, em particular à luz da globalidade da prova recolhida, é que efetivamente o acordo entre as empresas envolvidas nesta ocasião consistia na alocação do fornecimento por produto, repartindo a adjudicação entre as três empresas concorrentes,

Por fim, surge, a fls. 306-A a 312 dos autos, pedidos de compra emitidos pela [redacted] em 3 de março de 2008, confirmando a adjudicação do fornecimento dos modelos [redacted], à [redacted] pelo preço de 10,00€/unidade, 10,42€/unidade, 10,00€/unidade, respetivamente, o que corrobora a informação de preços vertida na referida tabela.

Da documentação junta aos autos relativa a esta consulta, constam ainda uma série de notas que terão sido manuscritas por [redacted] referindo “*Hablamos antes de dar precios*”³¹ (fls. 301), que a “*Cuota de mercado: No puede ser que toda sea para nosotros*”³² (fls. 302) e que a [redacted] – *no tem*” (fls. 303), que poderão explicar a referida alocação entre as empresas envolvidas, bem como o facto de a [redacted] não ter apresentado nenhuma proposta. Quanto à consulta de 8 de julho de 2008, com a referência 2406, a documentação junta aos autos indica que estaria em causa o fornecimento de [redacted],



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

De acordo com a documentação constante dos autos, a negociação deste concurso dividiu-se em duas fases, uma primeira, com prazo de resposta até 11 de julho, e uma segunda fase, que decorreu até ao dia 16 de julho, para revisão das propostas no pressuposto de adjudicação global de todos os modelos a um único fornecedor (fls. 348, 349 e 350).

Sucedem que, da documentação relativa a esta consulta, constam tabelas datadas, respetivamente, de 11 e 16 de julho de 2008, com informação de preços que constitui, de acordo com os esclarecimentos prestados pelo [redacted] os preços previamente acordados pelas empresas [redacted] identificadas nas tabelas pelas respetivas iniciais [redacted] para cotação à [redacted] em cada uma das fases de negociação (fls. 351 e 354).

Da análise do conteúdo da tabela datada de 11 de julho de 2008, relativa à primeira fase de negociação, é possível extrair que a [redacted] apresentou os preços mais baixos para os modelos [redacted], a [redacted] os preços mais baixos para os modelos [redacted], e a [redacted] os preços mais baixos para os modelos [redacted], mas que na sua globalidade a proposta mais baixa foi apresentada pela [redacted].

Da análise do conteúdo da tabela datada de 16 de julho de 2008, relativa à revisão de propostas, é possível extrair que a [redacted] apresentou os preços mais baixos para os modelos [redacted], e a [redacted] os preços mais baixos para os modelos [redacted], mas que na sua globalidade a proposta apresentada pela [redacted] continuou a ser a mais baixa.

Do teor das notas manuscritas na folha da tabela relativa à revisão de preços, bem como do teor da mensagem de correio eletrónica junta a fls. 356 dos autos, datada de 23 de julho de 2008, enviada por [redacted] para [redacted], é possível concluir que o fornecimento da totalidade dos modelos foi a final adjudicado à [redacted].

O que esta análise leva a concluir, em particular à luz da globalidade da prova recolhida, é que efetivamente o acordo entre as empresas envolvidas neste caso consistia na alocação do fornecimento à [redacted] uma vez que havia sido confirmado pela própria [redacted] que as propostas deviam ser elaboradas no pressuposto de adjudicação global de todos os modelos a um único fornecedor.

O envolvimento da [redacted] resulta adicionalmente do facto de admitir a existência de concertações de preços em relação ao cliente [redacted].

Quanto à consulta de 31 de outubro de 2008, os documentos juntos aos autos indicam que estaria em causa o fornecimento de [redacted] e que a data limite para apresentação de propostas seria o dia 5 de novembro (fls. 362).

Da nota de consulta junta aos autos a fls. 362, constam notas manuscritas que, de acordo com os esclarecimentos do [redacted], constituem os preços acordados previamente pelas empresas [redacted], identificadas, respetivamente, pelos códigos "00", "id" e "97" (fls. 362).

De acordo com as referidas notas, a [redacted] apresentaria o preço unitário de [redacted], a [redacted] o preço de [redacted] e a [redacted] o preço de [redacted].



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em resposta ao pedido de esclarecimentos adicionais da AdC, veio esclarecer que as notas mencionadas nos parágrafos anteriores foram manuscritas antes da apresentação de propostas ao cliente (fls. 1945).

Da referida documentação consta ainda o pedido de compra emitido pela em 12 de novembro de 2008, confirmando a adjudicação do fornecimento à , pelo preço unitário de o que corrobora a informação de preços vertida nas notas manuscritas na folha de consulta.

O envolvimento da resulta adicionalmente do facto de admitir a existência de concertações de preços em relação ao cliente

Quanto à consulta de 11 de dezembro de 2008, a documentação junta aos autos a fls. 371 a 372 indica que estaria em causa o fornecimento de

A mensagem de correio eletrónico junta aos autos a este respeito tem o seguinte teor:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

De acordo com os esclarecimentos do _____ o teor desta mensagem diz respeito ao entendimento prévio sobre preços que estaria a ser negociado entre a _____

Em resposta ao pedido de esclarecimentos adicionais da AdC, _____ veio esclarecer que *"Dado o modo de operar normalmente seguido, parece lógico que se tenha decidido o preço da _____ de 29,90, e que em seguida se tenham simplesmente estabelecido preços superiores, um para a _____"* (fls. 1945).

Sucede que estes meios de prova não demonstram, com certeza, que esse preço tenha sido apresentado à _____ e não existem meios de prova adicionais, como sucede em relação à _____ cujas declarações escritas de _____ ainda que sem coincidirem com a totalidade dos concursos em causa, são reveladoras de participações conjuntas da _____

Os factos referentes a demais consultas em 2009 e 2010 resultaram das declarações escritas de _____

Quanto ao **fornecimento de** _____, relevou o documento junto a fls. 249 dos autos, que constitui um *fax* enviado em 26 de novembro de 2007 por _____

_____, com uma folha de consulta para o fornecimento de _____

Do referido documento constam notas manuscritas com o seguinte teor:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

f

De acordo com os esclarecimentos do _____, as referidas notas foram manuscritas por _____ e constituem os preços previamente acordados pelas Arguidas

Do teor das referidas notas constata-se que a _____ seria a empresa a cotar o preço mais baixo.

Da documentação relativa a esta consulta consta ainda um *fax* enviado por _____ em 29 de novembro de 2007, confirmando que o fornecimento havia sido adjudicado à _____, pelo preço unitário de (fls. 250).

O facto do preço unitário adjudicado não coincidir com o preço unitário constante das notas manuscritas por _____ é explicado pelo conteúdo da mensagem de correio eletrónico junta a fls. 251 dos autos, enviada por _____ para _____ em 29 de novembro de 2007, com o seguinte teor:

De acordo com os esclarecimentos do _____, a pessoa identificada por _____ trata-se de _____ (fls. 584).

Explicitada a convicção firmada quanto aos concretos concursos imputados, impõe-se, então, esclarecer as razões que sustentam a convicção relativa aos pontos 48 a 55.

Assim, quanto à existência de um acordo (no sentido apenas de declarações de vontade convergentes) ou acordos pontuais em relação a cada um dos concursos, impõe-se referir, em primeiro lugar, que o que importa apurar é a existência de declarações de vontade convergentes, pois é este o conceito de acordo relevante para a infração em causa. Por conseguinte, do que se trata é de saber se as empresas envolvidas acertaram, entre si, previamente e em termos globais como iriam proceder ou se apenas existia esse acordo pontualmente em relação a cada um dos concursos.

referiu, em audiência de julgamento, que não houve concertação em relação a todos os concursos. Que o normal relativamente aos clientes maiores era isso que acontecia (em 90% e tal dos casos), mas que também aconteceu terem apresentado propostas não concertadas, por não ser *interessante chamar a concorrência*, pedindo-lhe *um favor*, sem ser necessário ou porque o concurso não tinha muito valor ou porque o cliente confiava muito na _____ ou porque iria obter do cliente informação para ganhar ou porque não tinha a certeza que as demais empresas tinham sido consultadas. Referiu ainda que era em relação a cada concurso que tomava a decisão de consultar a concorrência.

Tais declarações não comprometem os meios de prova fornecidos e/ou relacionados com a _____, na fase organicamente administrativa, nem são incompatíveis



TRIBUNAL DA RELACÃO DE LISBOA

com a asserção de que existiu um acordo prévio, que se prolongou no tempo, nos termos que constam nos factos provados, tendo sido os concretos concursos identificados em relação aos quais se conclui ter existido concertação de preços, uma concretização desse acordo.

Não são incompatíveis, pois a existência desse acordo não exclui a possibilidade de terem existido momentos de potencial concretização – ou seja, concursos – que por desnecessidade o mesmo não fosse acionado e sem que isso significasse uma rutura e a necessidade de um novo arranjo nos concursos seguintes. Acresce ainda que, com exceção da situação que envolve justamente a recorrente em relação a um concurso do , não há qualquer evidência de que os casos em que não se implementou o acordo tenham gerado uma rutura e a necessidade de um novo arranjo.

Para além disso, a verdade é que, destinando-se o acordo a repartir clientes, em função do histórico de fornecimentos e, concomitantemente, a inflacionar os preços (o que o depoimento de não pôs em causa), não há qualquer racionalidade na celebração de acordos pontuais, estanques, em relação a cada um dos concursos, pois para as empresas envolvidas que apresentavam os preços mais altos os ganhos apenas podiam resultar de concursos futuros em que fossem elas a apresentar os preços mais baixos. Ora, o envolvimento de empresas que não iriam ganhar num determinado concurso apenas é racional se existir alguma certeza, em termos de entendimento com as demais, de que poderão ganhar nos futuros concursos, ou seja, pressupõe um acordo prévio em termos globais. Estas asserções não foram abaladas pela prova produzida. Efetivamente, da prova produzida não resultou qualquer explicação minimamente razoável que tornasse plausível a existência, no caso, de acordos pontuais e estanques, relativamente a cada concurso ou rupturas constantes.

Também demonstra isto o facto da , cujo pedido de dispensa ou atenuação especial da coima assenta nessa conceção de acordos pontuais, não ter conseguido apresentar uma justificação plausível para o facto de se ter tratado de acordos estanques em relação a alguns dos concursos que identificou (cf. fls. 445, alínea a), ii) e acabar, por em alguns casos, relacionar os concursos (cf. quanto ao , fls. 447).

Dir-se-á, mas as empresas envolvidas sabiam – sem necessidade de o acordarem de forma global, prévia e expressa – que caso fossem ajudadas ou ajudassem num concurso iriam ajudar ou ser ajudadas no futuro, conforme afirmou . Discorda-se, pois não é razoável admitir, à luz de parâmetros de normalidade e razoabilidade, que se avançasse para uma prática destas com empresas concorrentes sem o mínimo de verbalização quanto à posição de cada uma.

É certo que a recorrente obteve ganhos por via de um único concurso, designadamente através da compensação no âmbito da consulta do . Contudo, não há a mínima evidência de terem existido outras compensações (daí que este facto tenha ficado por demonstrar) e, pese embora o email de fls. 367, relativo à consulta do , demonstre que a mesma se recusou a fornecer preços, revela também que houve momentos anteriores em que esteve envolvida em, pelo menos, tentativas de conciliação de preços, necessariamente diversas daquela que envolveram o , porquanto não “recebeu os preços de todos”.

Por conseguinte, a interpretação que se faz das palavras de não é no sentido de que não existia um acordo prévio em termos globais e que se manteve nos períodos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

f

indicados nos factos provados, mas no sentido de que, apesar de existir esse acordo, a decisão de o implementar era empreendida concurso a concurso. Como, aliás, sucede em relação a qualquer acordo no momento em que vai ser implementado.

No que respeita aos períodos temporais definidos, tomou-se em consideração o primeiro concurso que envolveu as empresas participantes e o último, por não existir prova de que o acordo tenha sido celebrado em momento anterior ou se tenha prolongado para além do último concurso.

Especificamente quanto à , considerou-se a sua recusa em relação à consulta do como uma rutura face ao acordo precedente e delimitou-se o mesmo, no período entre data não concretamente apurada do ano de 2008 e novembro de 2008, ao cliente e outros não concretamente apurados (face ao teor do email de fls. 367) e, no período entre 26 de dezembro de 2008 e entre 19 de outubro de 2009, ao cliente por não existir, quanto a este período, prova segura de que o acordo, quanto a si, envolveu outros clientes. Note-se, por fim, que a delimitação temporal e o âmbito do acordo quanto aos clientes não consubstancia um facto diverso em relação àqueles que foram imputados na decisão impugnada (ainda que não substancial), mas um *minus*, compreendido na imputação fática da decisão.

Quanto aos factos consubstanciadores do elemento subjetivo e da consciência da ilicitude (pontos 158 e 159), os mesmos sustentam-se nas regras da experiência comum, que valem nesta matéria, e em parâmetros de normalidade e razoabilidade, tendo em conta que a natureza da prática adotada e por não ser razoável admitir que , que interveio nos factos e administrador de uma empresa como a recorrente, já com alguma dimensão, não tivesse perfeita noção do que estava a fazer, de quais eram os seus objetivos e que estava a empreender uma prática ilícita.

A dimensão da no mercado (cf. ponto 160), é um facto pacífico face à globalidade da prova produzida.

O ponto 161 resulta do relatório e contas relativo ao ano de 2015, de fls. 2936 e ss..

A ausência de antecedentes contraordenacionais ficou demonstrada face à inexistência de qualquer elemento em sentido contrário.

A conduta da recorrente durante o processo está evidenciada nos autos.

Quanto aos factos não provados, remete-se para as asserções *supra* tecidas a propósito dos mesmos».

3.3. Da fundamentação jurídica da decisão, consta o seguinte:

« À recorrente foi imputada a prática de uma contraordenação prevista e punida pelo artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003. Foi igualmente imputada a violação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE.

A Lei n.º 18/2003 foi revogada pela Lei n.º 19/2012, de 08.05, que veio consagrar o novo regime jurídico da concorrência (NRJC). Contudo, a conduta imputada continua a ser punida, agora por via do artigo 9.º, n.º 1, alíneas a) e c), do NRJC, verificando-se a existência, no que ao caso importa, de identidade típico-normativa entre as duas normas – a revogada e a atual. Estamos, por conseguinte, perante uma sucessão de leis no tempo,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

havendo apenas que efetuar a aplicação da lei mais favorável nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do RGCO, o que será ponderado a propósito da prescrição e das sanções aplicáveis.

Quanto à violação do artigo 101.º, do TFUE, não consubstanciava, à luz do regime previsto na Lei n.º 18/2003, uma contraordenação, ao contrário do que sucede atualmente – cf. artigo 68.º, n.º 1, al b), do NRJC. A ausência desta norma mediadora no regime revogado coloca a questão de saber se a violação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, por si só, pode fundamentar a aplicação de uma coima, o que, à luz do disposto no art. 1º, do RGCO, equivale à questão de saber se pode consubstanciar, em si mesma e no nosso ordenamento jurídico, uma contraordenação. Conforme entende Miguel Moura e Silva, a resposta tem de ser negativa, pois do que se trata é de uma lacuna legal, que, mesmo no âmbito do ilícito de mera ordenação social, não pode existir, sob pena de violação do princípio da legalidade, que é igualmente aplicável às contraordenações (cfr. art. 2º, do RGCO)³⁵. O que, note-se, não coloca necessariamente Portugal numa situação de incumprimento, pois, dada a similitude entre as normas nacionais e o direito comunitário, o risco de interpretação e aplicação das normas nacionais de forma a não se considerarem puníveis factos subsumíveis ao direito comunitário é mais teórico do que prático³⁶. Por conseguinte e tal como conclui Miguel Moura e Silva, desde que as infrações àquelas normas comunitárias sejam objeto de uma sanção adequada com fundamento na infração das correspondentes disposições nacionais é dado cumprimento à obrigação de aplicar sanções adequadas aos ilícitos comunitários³⁷. Para além disso, entende-se que a violação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, pode relevar na determinação da medida da coima, enquanto fator a considerar para efeitos de graduação da gravidade da infração.

Atualmente, a questão já não se coloca, conforme referido, mas sendo os factos anteriores à sua entrada em vigor a violação do disposto no artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, está circunscrita aos efeitos referidos.

Assim, definidas as normas legais aplicáveis, a contraordenação em apreço exige a verificação, no que ao caso importa, dos seguintes elementos típicos: (i) a existência de um acordo; (ii) entre empresas; (iii) que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional; (iv) e que a suscetibilidade de afetação da concorrência seja sensível.

Por sua vez, a violação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE exige, adicionalmente, a demonstração de que a infração é suscetível de afetar a concorrência entre os Estados-Membros.

Quanto ao primeiro requisito – o acordo – decorre de jurisprudência constante, tal como sublinhou o TPI, no acórdão *Adriatica di Navegazione c. Comissão*, de 11.12.2003, que, para que haja acordo, na aceção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado [leia-se art. 101º/1, do TFUE], basta

³⁵ *In* Direito da Concorrência, Uma Introdução Jurisprudencial, Almedina, 2008, pág. 158.

³⁶ Cfr. Miguel Moura e Silva, ob. cit., pág. 159.

³⁷ Ob. cit., pág. 159.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

*que as empresas em causa tenham manifestado a sua vontade comum de se comportar no mercado de um modo determinado*³⁸ (§ 88).

Por conseguinte, basta para a consumação do acordo esta convergência de vontades, não sendo necessária a sua implementação.

Tratando-se de um acordo cujo escopo não se esgota num ato ou no próprio momento do acordo, mas que cuja finalidade se projeta no futuro de forma contínua ou em vários atos, considera-se que se trata de uma infração permanente.

Efetivamente, conforme elucida Eduardo Correia, no seu manual de Direito Criminal, Volume I39: *“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 compreende 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 escoia no 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”*.

Aplicando estes parâmetros à infração em análise, não havendo qualquer obstáculo decorrente na sua natureza contraordenacional, considera-se que a consumação do ilícito ocorre no momento da celebração do acordo e que o estado antijurídico se protela no tempo, por mero efeito da vontade dos agentes envolvidos, na medida em que esse acordo inicial - cujo escopo não se esgota num só ato ou no momento do acordo - continua a estar presente, enquanto elemento potencialmente condicionador do comportamento das empresas envolvidas, enquanto estas não o fizeram cessar.

E fazê-lo cessar implica, tal como entendeu o TPI, no acórdão Glaxosmithkline c. Comissão, de 27.09.2006, *“uma vontade clara e levada ao conhecimento das outras empresas participantes de se subtrair ao acordo* (§ 86). Não basta, por conseguinte, que uma empresa se afaste do acordo em determinado momento. É necessário que isso revele, perante as demais, uma vontade inequívoca de se subtrair ao acordo.

Quanto ao conceito de empresas, o artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 define o conceito – em termos similares ao do atual artigo 3.º, n.º 1, do NRJC – nos seguintes termos: *“Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento”*.

38

Processo

T-61/99,

in

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48794&pageIndex=0&doclang=PT&mcode=1st&dir=&occ=first&part=1&cid=636999>.

³⁹ Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 310.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No que respeita ao objeto ou efeito, trata-se de um requisito de verificação alternativa e não cumulativa, conforme também entende a jurisprudência comunitária a propósito do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE – cf. acórdão LTM/MBU do Tribunal de Justiça (processo 56/65).

É também entendimento consolidado na jurisprudência comunitária que o conceito de «restrição pelo objetivo» reporta-se a determinados tipos de coordenação entre empresas que revelam, pela sua própria natureza, um grau suficiente de nocividade para o bom funcionamento do jogo normal da concorrência para que se possa considerar que não há que examinar os seus efeitos⁴⁰, como sucede justamente em relação a acordos horizontais – ou seja, entre concorrentes – que incidem sobre a fixação de preços e a partilha de mercados e clientes e que consubstanciam um dos exemplos tipificados quer pelo artigo 4.º, n.º 1, als a) e d), da Lei n.º 18/2003 (correspondente ao atual artigo 9.º, n.º 1, als a) e c); do NRJC), quer pelo artigo 101.º, n.º 1, al c), do TFUE.

Quanto ao caráter sensível da suscetibilidade de afetação da concorrência, também exigido pelo artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, resume-se ao seguinte enunciado: a proibição em causa não se aplica a um acordo de empresas que apenas afete o mercado de modo insignificante. Trata-se, tal como afirma Miguel Mendes Pereira, de uma prática decisória assente no brocardo de *minimis non curat praetor*⁴¹ e, por isso, conhecida por *de minimis*.

De acordo com a jurisprudência comunitária, especificamente o acórdão Expedia do Tribunal de Justiça, proc. n.º C-226/11, “um acordo suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenha um objetivo anticoncorrencial constitui, pela sua natureza e independentemente de qualquer efeito concreto do mesmo, uma restrição sensível à concorrência” (§ 37).

Por fim, quanto à aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, é ainda necessário que o acordo seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros.

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-Membros⁴².

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 afetação 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.

⁴⁰ Acórdão do TJ de 16.07.2015, proc. C-172/14, in www.curia.pt.

⁴¹ Lei da Concorrência Anotada, Coimbra Editora, 2009, pág. 116.

⁴² Acórdão do TJ AEPI C. Comissão, proc. C-425/07 P, § 51,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

E no que respeita aos acordos horizontais que são restritivos da concorrência por objeto e que abrangem o território de um Estado-Membro exarou que os mesmos “*são, em princípio, susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros. Os tribunais comunitários sustentaram numa série de processos que os acordos que cobrem a totalidade do território de um Estado-Membro têm, pela sua própria natureza, o efeito de reforçar a segmentação dos mercados numa base nacional, na medida em que dificultam a penetração económica pretendida pelo Tratado (56)*” (§ 78).

Por conseguinte, há que concluir que, nestes casos, a natureza do acordo permite sustentar a existência de uma probabilidade suficiente de afetação do comércio entre os Estados-membros, face à inexistência de elementos suscetíveis de afastar esas probabilidade.

Transpondo os parâmetros expostos para o caso concreto, consideram-se verificados todos os requisitos enunciados.

Assim, a recorrente e as demais empresas envolvidas, enquanto sociedades comerciais que desenvolvem uma atividade económica, são empresas na aceção referida.

Mais ficou provado que a recorrente, entre data não concretamente apurada do ano de 2008 e novembro de 2008 participou no acordo descrito nos pontos 49 a 53, em relação ao cliente e outros não concretamente apurados, e entre 26 de dezembro de 2008 e entre 19 de outubro de 2009 participou no referido acordo em relação ao cliente (cf. ponto 55). A recusa da recorrente, em novembro de 2008 e na sequência de uma consulta do (cf. ponto 114), cessou o acordo inicial, na medida em que revelou uma vontade clara, levada ao conhecimento das demais empresas envolvidas, de se subtrair ao mesmo.

A possibilidade de terem existido concursos, que constubstanciam os atos de execução desse acordo, nos quais o acordo simplesmente não foi implementado – mas sem ter sido acompanhado de uma recusa como sucedeu no caso supra referido – não faz cessar a infração, pois não é demonstrativo da referida vontade inequívoca, levada ao conhecimento das demais empresas, de se subtrair ao acordo.

Conclui-se, assim, que a recorrente, em momentos temporais distintos, participou em dois acordos.

Tais acordos são restritivos da concorrência por objeto, conforme resulta do seu conteúdo em conjugação com os parâmetros *supra* enunciados, foram extensivos à totalidade do mercado nacional, pelo que se conclui que afetaram o comércio entre Estados-Membros e de forma sensível.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por fim, ficou demonstrado que agiu com dolo direto e consciência da ilicitude, não se verificando qualquer causa de justificação da ilicitude ou da culpa e os atos em si mesmos, pela sua natureza, não podiam deixar de ter sido praticados em seu nome e no seu interesse e por pessoas que ocupam na sua organização uma posição de liderança, sendo a imputação dos factos à arguida uma assunção dessas premissas.

Em face do exposto, conclui-se que a recorrente praticou duas contraordenações previstas e punidas pelo artigo 4.º, n.º 1, als a) e d), da Lei n.º 18/2003 (correspondente ao atual artigo 9.º, n.º 1, als a) e c), do NRJC), e violou igualmente o disposto no artigo 101.º, n.º 1, alíneas a) e c), do TFUE.

III. APRECIACÃO

1. Prescrição.

Invoca a recorrente a prescrição do procedimento contra-ordenacional, na medida em que a diligência de tomada de declarações de em 06/11/2012 – na fase administrativa do processo – não pode ser considerada com relevância ou interesse bastantes para obter o efeito interruptivo, nos termos do disposto do artigo 28.º do RGCO, uma vez que se destinou a confirmar alguns pontos do pedido de clemência apresentado anteriormente pela arguida

Além de que, nada acrescentaram em relação à participação da Recorrente no acordo concertação de preços, em especial no que respeita ao período relevante para condenação da Recorrente, isto é o período posterior a 26.12.2008.

No que respeita a decisão recorrida pronunciou-se nos seguintes termos:

«Neste âmbito, a Lei n.º 18/2003 é claramente mais favorável, face ao teor do atual artigo 74.º, n.º 7, do NRJC.

Assim sendo e fazendo aplicação do disposto no artigo 48.º, n.º 1, al b), da Lei n.º 18/2003, artigos 27.º-A e 28.º, ambos do RGCO, *ex vi* artigo 48.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003, e artigo 119.º, n.º 2, al a), do Código Penal, *ex vi* artigo 32.º, do RGCO, conclui-se que a primeira contraordenação já se encontra prescrita.

Efetivamente, o prazo é de cinco anos, começou a contar em novembro de 2008, a única causa de suspensão verificada é aquela que está prevista no artigo 27.º-A, n.º 1, al c), do RGCO, que tem a duração máxima de seis meses, pelo que, independentemente das causas



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7

de interrupção ocorridos, foi atingido o limite máximo a que alude o artigo 28.º, n.º 3, do RGCO.

Quanto à segunda contraordenação, a conclusão é diversa. Com efeito, o prazo de prescrição sofreu a sua primeira interrupção em 06.11.2012, data em que prestou declarações perante a AdC (cf. fls. 578 e ss.). Efetivamente, tratou-se de uma diligência de prova, que claramente não foi praticada apenas para protelar a prescrição do processo, pois, conforme resulta da motivação dos factos, foi relevante para a descoberta dos factos, pelo que se inclui no disposto no artigo 28.º, n.º 1, al b), do RGCO. Note-se que as concretas diligências de prova indicadas nesta norma são exemplificativas. O que importa, na verdade e face aos fundamentos da prescrição, que estão também relacionados com a erosão da prova, é não que tenha sido empreendida uma diligência de prova do conhecimento do arguido, mas uma diligência de prova que seja útil para o apuramento dos factos.

Para além da referida causa de interrupção outras se verificaram, nomeadamente com a notificação da nota de ilicitude em 02.10.2015 (cf. fls. 2186 e 2190 e artigo 28.º, n.º 1, al c), do RGCO) e com a prolação da decisão em (artigo 28.º, n.º 1, al d), do RGCO). Por fim, verificou-se a causa de suspensão prevista no artigo 27.º-A, n.º 1, al c), do RGCO, em 30.01.2017 (cf. ref.ª 162087) que ainda está em curso.

Assim sendo e considerando os limites previstos nos artigos 27.º-A/, n.º 2 e 28.º, n.º 3, ambos do RGCO, conclui-se que o limite máximo apenas será atingido em 19 de outubro de 2017, pelo que, quanto a esta infração, o procedimento contraordenacional ainda não prescreveu».

Analisando a motivação da douda decisão recorrida resulta bem claro a relevância dessa inquirição para fundamentar a factualidade dada como provada.

E como refere o MP na resposta e que se acompanha analisados os autos em especial as declarações da referida testemunha na fase organicamente administrativa, de fls. 578 e ss. e demais elementos que menciona essa diligência foi de grande relevância e interesse pois que, pela primeira vez, foi declarado que: (i) o “ponto de contacto” da arguida/recorrente (então,) era o seu Director Geral , sendo este a pessoa contactada com vista à concertação de preços a apresentar em concursos; (ii) quem falava normalmente com era ; (iii) a adesão da à prática concertada ocorreu em 2008; (iv) estabeleceu contactos telefónicos com e teve com o mesmo uma reunião em 15/05/2009, nas instalações da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

sitas no Porto, com vista a sondar a posição da numa previsível proposta para o

Impõe-se pois concluir ter a diligência em causa interrompido o prazo prescricional, que por isso ainda não ocorreu.

2. Nulidade por violação dos direitos de defesa.

Invoca a nulidade de todo o processo a partir da Nota de Ilicitude, com fundamento na violação do direito de defesa previsto no art. 50.º do RGCO e no art. 32.º n.º 10 da CRP, e ainda com fundamento na violação do direito da recorrente a um processo leal, justo e equitativo, com consagração no art. 20.º n.º 4 da CRP e no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Nesta matéria considerou-se na douda sentença recorrida:

«Aceita-se, tal como sustenta a recorrente, que o direito de defesa previsto no artigo 50.º, do RGCO, inclui o direito de consultar o processo e aceder aos elementos relevantes para o visado organizar a sua defesa e bem assim que esta dimensão do direito de defesa é também garantida pelos artigos 32.º, n.º 10 e 20.º, n.º 4, ambos da Constituição, e pelo artigo 6.º, da CEDH.

Admite-se igualmente que, no decurso do processo, ocorreram vicissitudes relacionadas com a organização do processo, classificação da confidencialidade dos documentos, concessão de acesso aos mesmos e disponibilização de versões não confidenciais, conforme, exemplificativamente, a própria AdC reconheceu na decisão de 18.12.2015 que, na sequência de um requerimento de 27.11.2015 da recorrente a solicitar a consulta de documentos disponibilizados e cópia e a requerer mais trinta dias úteis para organizar a sua defesa (cf. fls. 2260 e ss.), admitiu que *“existia no processo um conjunto de documentos potencialmente relevantes para a preparação da defesa, classificados como confidenciais, que só agora serão disponibilizados”* (cf. fls. 2275 e ss.). Adicionalmente, verifica-se que, apenas em 11.02.2016, a recorrente foi notificada sobre esclarecimentos adicionais quanto a confidencialidades (cf. fls. 2552 e ss.), esclarecimentos esses necessários para poder fundamentar pedidos de acesso concretos, conforme veio a efetuar por requerimento de 17 de março de 2016 (cf. fls. 2564 e ss.), tendo-lhe sido concedida autorização para consultar alguns documentos por decisão de 29.03.2016 (cf. fls. 2600 e ss.).

Aceita-se, tal como sustenta a recorrente, que o direito de defesa previsto no artigo 50.º, do



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

RGCO, inclui o direito de consultar o processo e aceder aos elementos relevantes para o visado organizar a sua defesa e bem assim que esta dimensão do direito de defesa é também garantida pelos artigos 32.º, n.º 10 e 20.º, n.º 4, ambos da Constituição, e pelo artigo 6.º, da CEDH.

Admite-se igualmente que, no decurso do processo, ocorreram vicissitudes relacionadas com a organização do processo, classificação da confidencialidade dos documentos, concessão de acesso aos mesmos e disponibilização de versões não confidenciais, conforme, exemplificativamente, a própria AdC reconheceu na decisão de 18.12.2015 que, na sequência de um requerimento de 27.11.2015 da recorrente a solicitar a consulta de documentos disponibilizados e cópia e a requerer mais trinta dias úteis para organizar a sua defesa (cf. fls. 2260 e ss.), admitiu que *“existia no processo um conjunto de documentos potencialmente relevantes para a preparação da defesa, classificados como confidenciais, que só agora serão disponibilizados”* (cf. fls. 2275 e ss.). Adicionalmente, verifica-se que, apenas em 11.02.2016, a recorrente foi notificada sobre esclarecimentos adicionais quanto a confidencialidades (cf. fls. 2552 e ss.), esclarecimentos esses necessários para poder fundamentar pedidos de acesso concretos, conforme veio a efetuar por requerimento de 17 de março de 2016 (cf. fls. 2564 e ss.), tendo-lhe sido concedida autorização para consultar alguns documentos por decisão de 29.03.2016 (cf. fls. 2600 e ss.).

No cômputo total, a recorrente dispôs de cento e trinta e cinco dias úteis para organizar a sua defesa, pelo que, se por um lado, se deparou com anomalias na consulta do processo, por outro lado, dispôs de um prazo de defesa suficientemente dilatado para as compensar, sendo que os últimos quinze dias foram concedidos em simultâneo com a última decisão de acesso a documentos confidenciais.

Alega a recorrente que esse prazo foi consumido com a consulta do processo. Sucede que a recorrente não especifica o que é que, em concreto, deixou de poder empreender em sua defesa face às referidas vicissitudes, ou seja, o que não alegou, averiguou ou requereu e que podia ter alegado, averiguado ou requerido se não tivessem ocorrido os aludidos obstáculos e/ou lhe tivesse sido concedido um prazo de defesa ainda mais dilatado.

Por conseguinte, considera-se que o direito de defesa da recorrente e as garantias constitucionais e direitos fundamentais previstos na CEDH não foram violados».

A apreciação efectada não pode deixar de merecer a nossa inteira concordância.

Como se vê a sentença apreciou expressamente e indeferiu, o suscitado vício da violação dos direitos de defesa da arguida reconhecendo, por um lado, terem ocorrido vicissitudes



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

relacionadas com a organização do processo, classificação da confidencialidade dos documentos, concessão de acesso aos mesmos e disponibilização de versões não confidenciais e por contraposição a essas vicissitudes lembra ter a recorrente disposto de cento e trinta e cinco dias úteis para organizar a sua defesa, prazo suficientemente dilatado para a compensar.

Adicionalmente acrescentou rebatendo a alegação da recorrente de que esse prazo teria sido consumido com a consulta do processo, não ter a mesma especificado «o que é que, em concreto, deixou de poder empreender em sua defesa face às referidas vicissitudes, ou seja, o que não alegou, averiguou ou requereu e que podia ter alegado, averiguado ou requerido se não tivessem ocorrido os aludidos obstáculos e/ou lhe tivesse sido concedido um prazo de defesa ainda mais dilatado».

Termos em que, se conclui no mesmo sentido, ou seja, pela improcedente da questão prévia.

3. Do erro notório na apreciação da matéria de facto

Invoca a arguida/recorrente que a sentença recorrida padece de erro notório na apreciação da prova no que respeita à factualidade considerada provada nos pontos 55 e 158 relativamente à recorrente e ao período posterior a Novembro de 2008, pois que só contrariando todas as regras da experiência comum e o princípio *in dubio pro reo*, se pode concluir que uma empresa aderiu a um acordo permanente e global de concertação de preços quando se limita a concorrer em dois concursos, relativos a um único cliente, ambos perdidos para outros concorrentes, recusando a presença em tantos outros concursos e sem obter qualquer compensação».

Entendemos que a douta sentença realizou adequada análise crítica da prova, apurando a matéria de facto relevante para a decisão.

Não se bastou com a genérica explanação da análise crítica e ponderada de toda a documentação junta aos autos conjugada com as explicações e esclarecimentos prestados pelas testemunhas inquiridas. Começando por esclarecer o conceito de acordo relevante para a infração em causa, após o que de forma mais detalhada analisou o depoimento das testemunhas inquiridas (em especial) e demais prova documental junta aos autos afastando expressa e especificamente a tese de acordos meramente pontuais, específicos e autónomos entre si.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Nem o homem médio acreditaria, convenhamos, que, em destinando-se «o acordo a repartir clientes, em função do histórico de fornecimentos e, concomitantemente, a inflacionar os preços» fosse racional a celebração de acordos pontuais, estanques, em relação a cada um dos concursos, «pois para as empresas envolvidas que apresentavam os preços mais altos os ganhos apenas podiam resultar de concursos futuros em que fossem elas a apresentar os preços mais baixos». Na verdade, como bem se argumenta na douta sentença recorrida «o envolvimento de empresas que não iriam ganhar num determinado concurso apenas é racional se existir alguma certeza, em termos de entendimento com as demais, de que poderão ganhar nos futuros concursos, ou seja, pressupõe um acordo prévio em termos globais. Estas asserções não foram abaladas pela prova produzida. Efetivamente, da prova produzida não resultou qualquer explicação minimamente razoável que tornasse plausível a existência, no caso, de acordos pontuais e estanques, relativamente a cada concurso ou ruturas constantes».

Tendo salientado no tocante especificamente quanto à delimitação temporal e o âmbito do acordo quanto aos clientes não consubstancia um facto diverso em relação àqueles que foram imputados na decisão impugnada (ainda que não substancial), mas um minus, compreendido na imputação fáctica da decisão.

Ora como consabido, o erro notório na apreciação da prova a que se refere o art. 410.º n.º 2 al. c) do Código de Processo Penal só existe, quando a convicção do julgador (fora dos casos de prova vinculada) for inadmissível, contrária às regras elementares da lógica ou da experiência comum. Para além disso, a sua essência, consiste em que para existir como tal, terá de se retirar de um facto dado como provado uma conclusão logicamente inaceitável. O vício de erro notório na apreciação da prova, só pode verificar-se relativamente aos factos tidos como **provados e não provados** e não às interpretações ou conclusões de direito com base nesses factos – como nos parece ser em grande parte o que a recorrente faz.

Em conclusão, na sentença recorrida não se perfila a existência do invocado vício ou qualquer outro dos contemplados no artigo 410.º n.º 2 do CPP, pois que a decisão mostra-se coerente, harmónica, sem antagonismos factuais, ou illogicismos, nem contém factos contrários às regras da experiência comum, nem a existência de erro que seja patente para qualquer cidadão; inexistindo por outro lado, qualquer inconciliabilidade na fundamentação ou entre esta e a decisão, sendo que a decisão de facto é bastante para a decisão de direito. É consonante, logicamente interligada e inteligível para qualquer cidadão comum a factualidade apurada e a respectiva motivação da convicção do tribunal, resultando a matéria de facto definitivamente fixada, nos termos do art.º 75º do RGCO.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Dizer ainda ter a sentença recorrida operado rigorosa subsunção ao tipo de ilícito aplicável, assim certamente imputado à sociedade arguida/recorrente.

Em suma e como bem salienta o MP na resposta «Inexistem assim motivos válidos para declarar prescrito o procedimento contra-ordenacional referente à conduta da arguida no concurso dos de 26/12/2008, e, para considerar que a participação da arguida no concurso dos de 19/10/2009 não preenche o tipo contra-ordenacional que lhe foi imputado».

3. Da inconstitucionalidade da norma do art. 43.º n.º 1 da Lei n.º 18/2003

No que diz respeito à alegada violação de normativos de índole constitucional, a decisão recorrida pronunciou-se em momento anterior à apreciação da medida concreta da coima, que infra se trancreverá, como segue:

«A contraordenação praticada pela recorrente é punida com coima.

Também neste âmbito o regime previsto na Lei n.º 18/2003 é concretamente mais favorável (admitindo-se, sem equacionar por desnecessidade, que este exercício possa ser fragmentado). E conclui-se nestes termos por duas razões: em primeiro lugar, porque a Lei n.º 18/2003, ao contrário da lei atual (cf. artigo 88.º, n.º 1, do NRJC), não afastava a regra da proibição da *reformatio in pejus* prevista no artigo 72.º-A, n.º 1, do RGCO. Em segundo lugar, porque o artigo 43.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 fixava o limite máximo da coima em 10% do volume de negócios do último ano, devendo-se considerar, de acordo com a jurisprudência à data (cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07.11.2007, citado pela AdC) e de acordo com o entendimento concretamente adotado pela AdC, que correspondia àquele em que cessou a prática ilícita. No caso, a prática cessou em 2009 e a recorrente, nesse ano, apresentou um volume de negócios de 1.787.029,64 euros. Em contrapartida, se se aplicasse a lei atual, designadamente o disposto no artigo 69.º, n.º 2, do NRJC, ter-se-ia de considerar como limite máximo 10% do volume de negócios de 2015, que foi de €19.014.109,38.

Considera a recorrente que o artigo 43.º, n.º 1, do NRJC, é materialmente inconstitucional por três razões: (i) por violação do princípio da legalidade, previsto no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição, na modalidade *nulla poena sine lege*, também por violação da proibição de sanções ilimitadas, consagrada no artigo 30.º, n.º 1, da Constituição, e ainda por violação do princípio da proporcionalidade, extraído do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição; (ii) por ofensa do princípio da legalidade da sanção, consagrado no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição, e dos princípios do Estado de Direito Democrático, da separação de poderes



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

e da indisponibilidade de competências, consagrados nos artigos 2.º e 111.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, inconstitucionalidade que se invoca para todos os efeitos legais; (iii) por violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, consagrados nos artigos 18.º, n.º 2, e 13.º da Constituição, inconstitucionalidade que igualmente se deixa aqui invocada para todos os efeitos legais.

Quanto ao primeiro fundamento, a argumentação da recorrente centra-se, no essencial, no facto do limite máximo ser indeterminado.

Vejamos.

É pacífico, face à jurisprudência do Tribunal Constitucional, sintetizada no acórdão n.º 201/2014, que o princípio da legalidade, incluindo a determinação das coimas, também vale para o ilícito de mera ordenação social. As ideias fundamentais em torno da questão são, de acordo com o referido aresto, as seguintes: “(i) embora tais princípios [princípios da legalidade e da tipicidade] não valham “com o mesmo rigor” ou “com o mesmo grau de exigência” para o ilícito de mera ordenação social, eles valem “na sua ideia essencial”; (ii) aquilo em que consiste a sua ideia essencial outra coisa não é do que a garantia de proteção da confiança e da segurança jurídica que se extrai, desde logo, do princípio do Estado de direito; (iii) assim, a Constituição impõe “exigências mínimas de determinabilidade no ilícito contraordenacional” que só se cumprem se do regime legal for possível aos destinatários saber quais são as condutas proibidas como ainda antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito”.

Por conseguinte, do princípio da legalidade não decorre, contrariamente àquilo que a recorrente sustenta, que os limites máximos da moldura legal abstrata tenham de ser fixos e objetivamente determinados. O que importa, na verdade, é que sejam determináveis, de modo a que seja possível antecipar com segurança a sanção aplicável ao comportamento ilícito.

Ora, antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito não significa, evidentemente, determinar com precisão a medida da sanção que vai ser aplicada, uma vez que esta depende, num sistema de sanções graduáveis, de uma graduação em função de determinados critérios. Isto significa que o princípio da legalidade, na vertente da determinação das sanções, é compatível com um certo nível de indeterminação. Nesta medida, quando se trata de aferir se é possível “antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito” o que está em causa é apurar um determinado nível de determinação ou de determinabilidade da sanção aplicável. Nível esse que deverá ser mais ou menos exigente em função das



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

consequências decorrentes da condenação e, nesta medida, o ilícito de mera ordenação social, enquanto “ordem sancionatória não privativa de liberdade”⁴³, consente um nível de indeterminação superior do que o direito penal ou uma aplicação do princípio, em termos gradativos, menos exigente. À semelhança, aliás, do que se verifica a propósito da aplicação ao ilícito de mera ordenação social de outras garantias constitucionais penais. Consideram-se elucidativas desta linha de pensamento as seguintes asserções do Tribunal Constitucional no acórdão n.º 466/12: *“E se a menor danosidade da sanção das contraordenações (as coimas), que nunca afetam o direito à liberdade, conjuntamente com a necessidade de prosseguir finalidades próprias da ordenação da vida social e económica, as quais são menos estáveis e dependem, muitas vezes, de políticas sectoriais concretas, permitem uma aplicação mais aberta e maleável do princípio da tipicidade, comparativamente ao universo penal, o carácter sancionatório e a especial natureza do ilícito contraordenacional não deixam de exigir um mínimo de determinabilidade do conteúdo dos seus ilícitos”*. Dito isto, considera-se que “antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito” significa, no âmbito do ilícito de mera ordenação social, dispor dos elementos mínimos necessários para o agente se autodeterminar.

Ora, a indexação do limite máximo a 10% do volume de negócios no ano da cessação do ilícito cumpre esses parâmetros, permitindo ao agente determinar, com o mínimo de segurança, as sanções a que está sujeito.

Por conseguinte, improcede o primeiro fundamento de inconstitucionalidade material.

Quanto ao segundo fundamento, estriba-se o mesmo na amplitude da moldura legal abstrata entre o mínimo e o máximo.

O Tribunal Constitucional já se pronunciou sobre esta matéria. Assim, no acórdão do TC n.º 574/95, considerou-se que uma contraordenação, prevista e punida pelo art. 670.º, do Código dos Valores Mobiliários, com uma coima com a moldura entre 500.000\$00 e 300.000.000\$00 não violava os princípios referidos. Por sua vez, no acórdão n.º 547/2001, o TC entendeu o contrário em relação à mesma norma. Já no acórdão n.º 41/2004, o TC pronunciou-se sobre o art. 211.º, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, que previa uma coima entre 200.000\$00 e 200.000.000\$00. No acórdão n.º 8/2012, pronunciou-se sobre o artigo 388.º, n.º 1, al a), do Código dos Valores Mobiliários, que também considerou não ser inconstitucional. Por fim na decisão sumária n.º 216/2016, o Tribunal Constitucional

⁴³ Nuno Brandão, Crimes e Contra-Ordenações: Da Cisão à Convergência Material”, Coimbra Editora, 2016, pág. 872.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

apreciou a mesma questão, na sua fundamentação, a propósito do atual artigo 69.º, n.º 2, do NRJC, tendo concluído nos seguintes termos: a *“mais recente jurisprudência deste Tribunal, ao apreciar da eventual violação do princípio da legalidade pela excessiva amplitude existente entre a medida mínima e a medida máxima da coima, tem-se pronunciado pela não inconstitucionalidade, conforme resulta, por exemplo, do Acórdão n.º 85/2012 (disponível no site do Tribunal)”*. Mais esclareceu: *“Afigura-se de reiterar esta jurisprudência, no sentido da não inconstitucionalidade. Também no presente caso a lei especificou os critérios que deverão nortear a determinação da medida da coima dentro da moldura sancionatória. Com efeito, à luz do estabelecido no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a determinação da coima faz-se em função da gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional, da natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração e do grau de participação do visado pelo processo da infração, sendo atendíveis ainda a conduta anterior e posterior do agente e as exigências da prevenção, bem como a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento. Da aplicação destes critérios resultará seguramente uma maior previsibilidade do valor da coima aplicável, assim como uma significativa diminuição da liberdade do julgador na fixação do valor da coima a aplicar no caso concreto. Além disso, tal como se refere no Acórdão n.º 78/2013, há que ter presente que a proibição de práticas restritivas da concorrência é essencial à defesa desta, constituindo um bem público que cabe à Autoridade da Concorrência preservar, numa perspetiva instrumental, nos termos consagrados no artigo 81.º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa. É também sabido que estas coimas se aplicam apenas a empresas, tal como definidas no artigo 3.º da referida lei, e que no sector da atividade de televisão e comunicação operam empresas de enorme dimensão económica. Ora, sendo necessário assegurar o cumprimento efetivo desta obrigação típica de uma Administração conformadora, o sancionamento da sua inobservância como contraordenação revela-se, como alternativa à criminalização, o meio coativo adequado e proporcional de satisfazer tal necessidade. A previsão da contraordenação sob fiscalização tem, pois, plena justificação, enquanto meio dissuasor de práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência, sendo evidente que a sanção patrimonial é a mais adequada ao sector de atividade em causa, não violando a ideia de proporcionalidade em sentido amplo, enquanto referência fundamental do controlo da atuação dos poderes públicos num Estado de direito. Por estas razões não é possível afirmar que a norma sob fiscalização viole os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, da separação de poderes e da proporcionalidade, imanescentes a um Estado de direito democrático, pelo que o recurso deve ser julgado improcedente”*.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Acompanha-se este entendimento, não se mostrando violados nenhum dos princípios invocados pelo recorrente, pelo que improcede a segunda questão de inconstitucionalidade.

Quanto ao terceiro fundamento, centra-se o mesmo, no essencial, no facto do limite máximo não tomar em consideração a real e actual capacidade económica do visado e a sua aplicação poder conduzir à pura e simples ruptura financeira da entidade visada.

Não assiste razão à recorrente, desde logo porque o limite máximo de 10% do volume de negócios anual se destinou justamente a evitar a invocada rutura financeira alegada pela recorrente, mediante a aplicação de coimas que não conduzissem ao paradoxo de, em nome da proteção da concorrência, se eliminar essa mesma concorrência. Em segundo lugar, o volume de negócios é o melhor indicador da capacidade da empresa em mobilizar os fundos necessários para o pagamento da coima. Em terceiro lugar, a determinação da medida concreta da coima atende à capacidade económica real e actual do visado. Em quarto lugar, a lei é aplicável de igual forma a todos os visados.

Por estas razões, improcede o terceiro fundamento invocado pela recorrente».

Sufragando-se os fundamentos da decisão impugnada, tal como o entendimento e considerações expendidas nas respostas apresentadas pelo Ministério Público junto da 1.ª Instância entende-se não ter a sentença recorrida violado os princípios e preceitos constitucionais referidos pela arguida/recorrente.

5. Medida da coima

Por fim, pugna a Recorrente pela redução do montante da coima que lhe foi fixada pelo Tribunal *a quo*, por considerar que “*a mesma não é adequada, nem proporcional à gravidade e intensidade da infração que lhe foi imputada*”, na medida em que a mesma foi ocasional e com um grau de participação meramente ocasional.

Diz o seguinte a sentença recorrida:

[...] a coima funciona como uma “mera «admonição», como mandato ou especial advertência conducente à observância de certas proibições ou imposições legislativas”⁴⁴.

Por conseguinte, devem ser estranhas à aplicação e determinação da medida da coima

⁴⁴ 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.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

exigências de “retribuição ou expiação de uma culpa ética”⁴⁵, bem como de ressocialização do agente⁴⁶, pelo que esta sanção “desempenha uma função geral negativa e de prevenção especial negativa”⁴⁷.

Estes fins devem ser alcançados em função dos critérios previstos no artigo 44.º, da Lei n.º 18/2003, que são os seguintes: a) a gravidade da infração para a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado nacional; b) as vantagens de que hajam beneficiado as empresas infratoras em consequência da infração; c) o carácter reiterado ou ocasional da infração; d) o grau de participação na infração; e) a colaboração prestada à AdC, até ao termo do procedimento administrativo; f) o comportamento do infrator na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

Estes fatores, sendo exemplificados, não excluem a aplicação adicional do artigo 18.º, do RGCO, nem 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.

Definidos os parâmetros a considerar, importa, então, determinar a medida da coima entre os limites de € 3,75 (cf. artigo 17.º, n.ºs 1 e 2, do RGCO) e de € 178.702,96.

No que respeita à gravidade da infração para a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado nacional, não há razões para discordar da delimitação efetuada pela AdC do mercado relevante quanto ao produto, fundada na sua prática decisória anterior (Decisão da AdC, no Processo Ccent. 72/2007, de 22 de Novembro de 2007) e no desconhecimento de quaisquer barreiras à importação, concluindo-se que a prática incidiu sobre o mercado da produção e comercialização de envelopes. Também não há razões para discordar da delimitação efetuada pela AdC do mercado relevante geográfico, no sentido de que o mercado relevante corresponde ao território nacional, *“por se tratar do espaço económico em que as empresas intervenientes operam em condições de concorrência homogénea, com o mesmo enquadramento legal e fiscal, nomeadamente no que concerne aos aspetos de produção e comercialização deste tipo de produtos”*.

Efetuada esta delimitação e considerando a natureza da infração praticada, entende-se que a mesma é de gravidade muito elevada, uma vez que tem efeitos diretos sobre a manutenção de uma concorrência efetiva nos referidos mercados. O grau de culpa também é intenso, uma vez que agiu como dolo direto e plena consciência da ilicitude. Quanto à sua participação foi direta e ativa. Não há também evidências de que tenha empreendido qualquer comportamento de eliminação da prática ou de reparação dos prejuízos causados.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Ibidem*. No mesmo sentido, veja-se Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário ao Regime ..., pág. 84.

⁴⁷ Paulo Pinto de Albuquerque, ob. cit., pág. 84.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Contudo, em contrapartida e a favor da recorrente, verifica-se que não ficou demonstrado que a recorrente tenha obtido vantagens. É certo que beneficiou de uma compensação, mas relativamente à prática que está prescrita. Para além disso, apenas ficou demonstrado que interveio no acordo num período não muito longo, designadamente cerca de 10 meses e que, em concreto, apenas participou nesse acordo em relação a dois concursos específicos. Ficou também demonstrado que *a recorrente atuou em conformidade com as normas aplicáveis, colaborando com a AdC no âmbito do procedimento administrativo, designadamente aquando das diligências de busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e demais documentação, ou de diligências de obtenção de prova consubstanciadas em pedidos de elementos*. Por fim, a recorrente é primária neste tipo de infrações.

As exigências de prevenção geral negativa são elevadas, face ao tipo de conduta empreendida, que é das mais graves do ponto de vista do direito da concorrência. Por sua vez, as exigências de prevenção especial negativa, também não são despiciendas, tendo em conta que a recorrente não revela sentido crítico da sua conduta.

Conjugando todos estes fatores e atendendo à situação económica da recorrente de acordo com os indicadores mais atuais – designadamente o ano de 2015 – considera-se que deve ser aplicada uma coima mais próxima do limite mínimo, atendendo aos fatores favoráveis à recorrente supra referenciados. Contudo, tal coima não pode ser muito próxima do limite mínimo, tendo em conta as exigências de prevenção geral negativa e de prevenção especial negativa referidas e bem assim a gravidade da conduta e da culpa da recorrente.

Por conseguinte, considera-se que uma coima de € 50.000 respeita o princípio da proporcionalidade quanto à gravidade dos factos, é consentida pelo princípio da culpa, é necessária, adequada e suficiente para satisfazer as finalidades punitivas reclamadas pelo caso e é compatível com a situação económico-financeira da recorrente.

A medida concreta da coima em que a recorrente foi condenada, mostra-se criteriosamente determinada, demonstrando a sentença que foram adequadamente ponderados todos os factores que, para essa operação, relevam.

Em face, do exposto, nega-se procedência ao recurso.

*

IV - DISPOSITIVO:

Pelo exposto, decide-se negar provimento ao recurso e confirmar a sentença impugnada. A recorrente pagará 6 UCs de taxa de justiça.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Lisboa, 13 de Setembro de 2017

Handwritten signature
Handwritten signature