



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

**Processo nº 71/18.3YUSTR - M.L1 - Recurso penal**

Tribunal recorrido: **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recorrentes: **SUPER BOCK BEBIDAS, S.A.**, [REDACTED]

[REDACTED] e [REDACTED]

Recorrida: **AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA**

\*

Acordam na Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa

\*

**Sumário** (da responsabilidade da relatora):

I. O art. 9º do Regime Jurídico da Concorrência (RJC), tal como o art. 101º/1 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), descreve um conjunto de comportamentos, traduzidos em acordos e práticas concertadas de empresas, que têm por objecto ou como efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência.

II. A distinção entre os conceitos de infracção/restricção da concorrência por objecto e por efeito, na acepção do art. 101º/1 do TFUE, reside, no essencial, no grau de prova exigido, maior no caso das restrições por efeito; pelo que na restrição por objecto, provando-se o objectivo anticoncorrencial, com a demonstração do grau suficiente de nocividade para a concorrência, não há que verificar os seus efeitos na concorrência; e na restrição por efeito, impõe-se o apuramento desses efeitos.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

III. Para apreciar se está preenchido o critério do grau suficiente de nocividade do acordo, deve atender-se ao teor das suas disposições, aos objectivos que visa atingir e ao contexto económico e jurídico em que se insere.

IV. Existe um acordo na acepção do art. 101º/1 do TFUE quando um fornecedor impõe aos seus distribuidores preços mínimos de revenda dos produtos que comercializa, na medida em que a imposição desses preços pelo fornecedor e o seu respeito pelos distribuidores reflitam a expressão da vontade concordante dessas partes. Essa vontade concordante pode resultar quer das cláusulas do contrato de distribuição em causa, quando este contiver uma instrução expressa para respeitar preços mínimos de revenda ou, pelo menos, autorizar o fornecedor a impor esses preços, quer do comportamento das partes e, nomeadamente, da existência de uma aceitação, expressa ou tácita, por parte dos distribuidores, de uma instrução para respeitar preços mínimos de revenda.

V. A existência de um «acordo», na acepção do art. 101º/1 do TFUE, entre um fornecedor e os seus distribuidores pode ser demonstrada não só através de provas directas, mas também através de indícios objectivos e concordantes, dos quais se possa inferir a existência desse acordo.

VI. A circunstância de um acordo de fixação vertical de preços mínimos de revenda abranger quase a globalidade, mas não a totalidade, do território de um Estado-Membro não impede que esse acordo possa afetar, de forma sensível, o comércio entre Estados-Membros.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

VII. À luz do art. 69º do RJC, a determinação da medida da coima resulta da ponderação das circunstâncias/critérios enunciados, a título exemplificativo, no nº 1 daquele preceito, dentro do limite máximo imposto pela norma travão que constitui o nº 2 da mesma disposição normativa, nos termos da qual “(...) a coima determinada nos termos do nº 1 não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência”, ou, como dispõe o nº 4, no caso das pessoas singulares, a coima aplicável “não pode exceder 10% da respectiva remuneração anual auferida pelo exercício das funções na empresa infractora no último ano em que se tenha verificado a prática proibida.”

\*

**I. RELATÓRIO**

**SUPER BOCK BEBIDAS, S.A.**, [REDACTED]

[REDACTED] e [REDACTED] impugnaram judicialmente a decisão da **AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA**, que condenou cada um dos visados pela prática de uma contraordenação às regras da concorrência prevista no artigo 9º/1 a) da Lei nº 19/2012 (Novo Regime Jurídico da Concorrência, doravante RJC) e no art. 101º/1 a) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e punível nos termos do art. 68º/1 a) e b) da Lei nº 19/2012, no pagamento das seguintes coimas:

- SUPER BOCK BEBIDAS, S.A. – coima de €24 000 000 (vinte e quatro milhões de euros);



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

- [REDACTED] – coima de €12 000

(doze mil euros);

- [REDACTED] – coima de €8 000

(oito mil euros);

Sendo a SUPER BOCK BEBIDAS, S.A. ainda condenada na sanção acessória de publicação da decisão de condenação na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional, nos termos do art. 71º da Lei nº 19/2012.

\*

Foi proferida sentença pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS), julgando improcedente a impugnação judicial deduzida pelos recorrentes, mantendo a decisão da Autoridade da Concorrência, nos seguintes termos *[transcrição]*:

“Face ao exposto e pelos fundamentos expendidos, decido julgar totalmente improcedente a impugnação judicial deduzida pelos Recorrentes Super Bock, S.A., [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] contra a decisão da Autoridade da Concorrência (AdC), mantendo-a essa decisão e, em consequência, decido:

a) Julgar todas as questões prévias e incidentais, nulidades e inconstitucionalidades suscitadas pelos Recorrentes e que foram concretamente apreciadas por este tribunal improcedentes (exceptuando-se, por isso, todas as questões que se devem considerar de apreciação prejudicada);

b) Declarar que a Recorrente SUPER BOCK BEBIDAS, S.A., ao participar numa prática de fixação, por meios directos e indirectos, de preços e outras condições aplicáveis à revenda por uma rede distribuidores independentes no canal HORECA em todo o território nacional (com excepção de Lisboa – incluindo Amadora e Sintra, Porto e arquipélago



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

autónimo da Madeira, até 2013 Coimbra e após 2014 as ilhas do Pico e Faial dos Açores) durante um período de onze anos consecutivos, praticou uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º19/2012;

c) Declarar que o Recorrente [REDACTED], ao participar numa prática de fixação, por meios directos e indirectos, de preços e outras condições aplicáveis à revenda por uma rede distribuidores independentes no canal HORECA em todo o território nacional (com excepção de Lisboa – incluindo Amadora e Sintra, Porto e arquipélago autónomo da Madeira, até 2013 Coimbra e após 2014 as ilhas do Pico e Faial dos Açores) durante um período de dois anos consecutivos, praticou uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º e do n.º 6 do artigo 73.º da Lei n.º19/2012;

d) Declarar que o Recorrente [REDACTED], ao participar numa prática de fixação, por meios directos e indirectos, de preços e outras condições aplicáveis à revenda por uma rede distribuidores independentes no canal HORECA em todo o território nacional (com excepção de Lisboa – incluindo Amadora e Sintra, Porto e arquipélago autónomo da Madeira, até 2013 Coimbra e após 2014 as ilhas do Pico e Faial dos Açores) durante um período de quatro anos consecutivos, praticou uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º e do n.º 6 do artigo 73.º da Lei n.º19/2012;

e) Manter e condenar a Recorrente SUPER BOCK BEBIDAS, S.A. na coima aplicada de € 24.000.000,00 (vinte e quatro milhões de euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012;

f) Manter e condenar o Recorrente [REDACTED] na coima aplicada de € 12.000,00 (doze mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º e do n.º 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012;

g) Manter e condenar o Recorrente [REDACTED] na coima aplicada de € 8.000,00 (oito mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º e do n.º 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

h) Manter e condenar a Recorrente SUPER BOCK BEBIDAS, S.A. na sanção acessória, de proceder à publicação, no prazo de 20 dias a contar do trânsito em julgado da presente Decisão, de um extracto da mesma, nos termos e conforme a cópia que lhe será oportunamente comunicada, na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional, nos termos do disposto no artigo 71.º da Lei n.º 19/2012”.

\*

Inconformados com tal decisão, vieram os arguidos SUPER BOCK BEBIDAS, S.A., [REDACTED] e [REDACTED]

[REDACTED] interpor o presente recurso para este Tribunal da Relação, formulando as seguintes **conclusões** [transcrição]:

I – DAS NULIDADES

I. Os Recorrentes sustentam que (i) é inadmissível a apreensão/utilização de correspondência eletrónica no âmbito de processos contraordenacionais; e, ainda que fosse admissível – o que não se consente –, (ii) sempre a apreensão de correspondência dependeria de prévio despacho de Juiz de Instrução.

II. A sua posição é sustentada em Parecer do Dr. Rui Carlos Pereira e, mais recentemente no acórdão do Tribunal Constitucional, de 2021.08.30, proferido em processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, sobre as normas constantes do artº. 5.º do Decreto n.º 167/XIV, “na parte em que altera o artigo 17º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro”.

III. Nos termos do referido acórdão, o Tribunal Constitucional, confirmando na íntegra o teor do Parecer do Dr. Rui Carlos Pereira vem (i) enquadrar o conceito de correspondência para efeitos constitucionais, concluindo que o conceito constitucional de correspondência, em matéria de correio eletrónico, se aplica às mensagens lidas e não lidas, independentemente do endereço de correio eletrónico ser pessoal ou laboral; (ii) confirmar a existência de uma reserva de direito criminal em matéria de buscas a correspondência; e (iii) confirmar a necessidade de as buscas a correspondência serem autorizadas, necessariamente, por Juiz de Instrução.

IV. O Tribunal a quo, afastando-se do entendimento do Tribunal Constitucional, veio sustentar que o conceito de correspondência apenas incorpora as mensagens de correio eletrónico não lidas/não abertas, concluindo que a apreensão de mensagens de correio eletrónico lidas/abertas, por se tratarem de escritos/documentos (i) não é inadmissível em processos contraordenacionais; e (ii) não depende de despacho de Juiz de Instrução.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

V. Importa, antes de mais, acordar no que se entende ser o conceito constitucional de correspondência, permitindo-se, dessa forma, a delimitação das nulidades.

VI. Com efeito, a matéria relativa a buscas a correspondência é matéria de tratamento constitucional, regulada nos n.ºs 1 e 4 do art.º 34.º da Constituição da República Portuguesa daqui se concluindo que (i) o acesso a correspondência é constitucionalmente tutelado; e (ii) nos termos dessa tutela constitucional, a ingerência na correspondência, apenas é admissível em matéria de processo criminal.

VII. O Tribunal Constitucional veio, através do Acórdão n.º 681/2021, de 30.08.2021, confirmar o entendimento de que, no âmbito objectivo, o conceito jusconstitucional de correspondência, em matéria de correio eletrónico, não é suscetível de permitir a distinção entre correio eletrónico aberto (lido) e correio eletrónico fechado (não lido), estando a busca, apreensão e utilização de correspondência, mensagens de correio eletrónico (lidas ou não lidas), sujeita aos mesmos limites e regras constitucionais.

VIII. O analisado conceito e os seus limites estendem-se às pessoas coletivas, como forma de proteção às garantias do processo criminal aplicáveis, ao direito de iniciativa económica previsto no art.º 61.º, n.º 1, da CRP, e ao direito à propriedade previsto nos art.ºs 12.º, n.º 2, 32.º, n.º 8, 61.º, n.º 1 e 62.º, n.º 1, todos da CRP.

IX. No caso em presença, não há que duvidar também da proteção constitucional do direito ao sigilo da correspondência, porquanto, não só se cuida aqui de correspondência integrada nas comunicações mantidas pelos Recorrentes e colaboradores da Recorrente, pessoas singulares, indiscutivelmente titulares do direito àquela tutela constitucional, como também a Recorrente Super Bock, mesmo na qualidade de pessoa coletiva, se perfilha como natural destinatário da proteção constitucional da correspondência mantida pelas pessoas coletivas, em especial enquanto decorrência dos direitos à liberdade de associação, liberdade de empresa, direito de propriedade, etc., todos eles com pleno assento constitucional, até porque o art.º 12.º, n.º 2, da CRP impõe que se reconheça que a garantia de inviolabilidade da correspondência é extensível às pessoas coletivas, tal como sustentam diversos autores e jurisprudência constitucional.

X. Nesta conformidade, a interpretação do art.º 18.º, n.º 1, alínea c), e do art.º 20.º, n.º 1, ambos da Lei da Concorrência (LdC), do art.º 42.º, n.º 1, do Regime Jurídico das Contra Ordenações (RGCO) e do art.º 126.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (CPP), no sentido interpretativo de que a proteção constitucional segundo a qual a correspondência eletrónica, aberta ou fechada, enviada ou recebida através do computador ou da caixa de correio profissional, não está protegida pela garantia da inviolabilidade da correspondência, é inconstitucional, por violação do disposto no art.º 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP, por violação das garantias do processo criminal aplicáveis a um processo de contraordenação concorrencial consagradas no art.º 32.º da CRP, especialmente no seu n.º 8, por violação do disposto no art.º 12.º, n.º 2, da CRP, por violação do direito de iniciativa económica previsto no art.º 61.º, n.º 1, da CRP, e do direito à



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

propriedade previsto no art.º 62.º da CRP, e, ainda, por violação do art.º 18.º da CRP, inconstitucionalidade que aqui expressamente se argui para todos os efeitos legais.

XI. Assim sendo, a questão que se coloca é se, sabendo que o conceito de correspondência integra as mensagens de correio eletrónico lidas/não lidas, é admissível a busca, apreensão de mensagens de correio eletrónico e, conseqüentemente, utilização em processos contraordenacionais.

XII. Há que concluir que o correio de correio eletrónico apreendido no âmbito de um processo contraordenacional concorrencial constitui prova proibida, conforme o disposto no art.º 34.º, n.º 4, da CRP e no art.º 42.º, n.º 1, do RGCO.

XIII. Na verdade, há uma reserva absoluta de processo penal no âmbito da apreensão de “correspondência”, sendo claro o entendimento do Tribunal Constitucional de que apenas em matéria criminal se admite intromissões nas comunicações/correspondência.

XIV. Mesmo em matéria criminal, existem restrições à apreensão de correspondência, visto que o legislador entendeu graduar a sua admissibilidade tendo presente o bem jurídico tutelado pela norma penal, pelo que nos termos do disposto no art.º 179.º, n.º 1, alínea b), do CPP, apenas se permite a apreensão de correspondência quando está em causa um crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos.

XV. Do exposto resulta que (i) é inconstitucional o disposto no art.º 18.º, n.º 1, alínea c), e no art.º 20.º da LdC e no art.º 42.º do RGCO, por violação do art.º 34.º, n.º 4, no art.º 32.º, n.ºs. 2, 4 e 8, no art.º 18.º e no art.º 26.º, n.º 1, todos da CRP, quando interpretado no sentido de permitir a busca a correspondência eletrónica (aberta ou fechada) em processos contraordenacionais; e, em consequência (ii) o correio eletrónico apreendido no âmbito de um processo contraordenacional concorrencial constitui prova proibida e, por isso, insuscetível de qualquer valoração processual em face da inadmissibilidade legal de apreensão de correspondência eletrónica num processo contraordenacional.

XVI. O Tribunal a quo, partindo do entendimento (como vimos errado), de que o conceito de correspondência não abrange correspondência aberta, veio concluir que, integrando-se a correspondência aberta, no conceito de escrito/documento, não beneficia de específica tutela legal e constitucionalmente consagrada.

XVII. Partindo deste entendimento, o Tribunal a quo entendeu indeferir a nulidade invocada pelos Recorrentes, considerando legal e constitucionalmente admissível que a autorização para as buscas e apreensão daquela correspondência fosse autorizada por despacho do Ministério Público (por desconsiderar, desde logo, a aplicação da Lei do Cibercrime).



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

XVIII. Não lhe assiste, contudo, fundamento, desde logo, como se viu, pelos limites imposto pelo art.º 34.º, n.º 4, da CRP;

XIX. A matéria relativa à busca e apreensão de correio eletrónico no âmbito do processo penal mostra-se regulada pelo art.º 17.º da Lei do Cibercrime, aplicando-se o regime de apreensão de correspondência prevista no Código de Processo Penal, pelo que o mesmo terá que seguir a disciplina do seu art.º 179.º;

XX. Assim, nos termos destas disposições legais, conjugadas com as normas previstas nos art.ºs. 17.º, 268.º, n.º 1, alínea d), e 269.º, n.º 1, alínea d), todos do CPP, compete exclusivamente ao Juiz de Instrução Criminal ordenar ou autorizar apreensões de correspondência e tomar conhecimento em primeiro lugar do seu conteúdo, o que se estende ao correio eletrónico, por força do disposto no art.º 17.º da Lei do Cibercrime que expressamente remete para o disposto a este respeito no Código de Processo Penal.

XXI. Face ao exposto, atendendo ao disposto no art.º 17.º da Lei do Cibercrime e à remissão para o regime da apreensão da correspondência do Código de Processo Penal, deverá concluir-se que a busca e a apreensão de correspondência eletrónica estão condicionadas às seguintes condições legais de validade processual (i) devem ser autorizadas ou determinadas por despacho judicial; (ii) O juiz deve ser a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida; se a considerar relevante para a prova, fá-la juntar ao processo; caso contrário, restitui-a a quem de direito, não podendo ela ser utilizada como meio de prova, e fica ligado por dever de segredo relativamente àquilo de que tiver tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova; (iii) deve tratar-se de correspondência expedida pelo suspeito ou que a este seja dirigida; (iv) deve estar em causa um crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos; e (v) a diligência deve revelar-se de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova.

XXII. Tal regime compreende-se em face dos direitos fundamentais em conflito, nomeadamente, a reserva da intimidade da vida privada (art.º 26.º, n.º 1, da CRP) e a inviolabilidade da correspondência (art.º 34.º da CRP).

XXIII. No caso do presente processo de contraordenação, verifica-se que o art.º 18.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência, atribui à AdC o poder de “proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova”, encontrando-se a validade de tal diligência dependente de decisão da autoridade judiciária competente, nos termos do art.º 18.º, n.º 2, do mesmo diploma legal.

XXIV. Por sua vez, o art.º 20, n.º 1, da Lei da Concorrência, afirma que “As apreensões de documentos, independentemente da sua natureza ou do seu suporte, são autorizadas, ordenadas ou validadas por



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

despacho da autoridade judiciária.” (negrito nosso), o que significa que a apreensão de documentos pode ser ordenada ou validada por despacho do Ministério Público ou de um Juiz.

XXV. O acervo de correio eletrónico apreendido pela AdC nas instalações da Super Bock em execução de um despacho do Ministério Público, não integra a categoria legal de documentos, mas sim a de correspondência eletrónica (aberta ou fechada), o que exigia um controlo jurisdicional que no caso concreto não existiu.

XXVI. Temos, pois, que o Ministério Público praticou no caso concreto um ato – prolação de um despacho que determinou buscas e apreensões de correspondência nas instalações da Recorrente sociedade - que pertencia à competência exclusiva do juiz de instrução criminal, nos termos do disposto nos artºs 179.º, 269.º, n.º 1, alínea d), ambos do CPP, e do artº 17.º da Lei do Cibercrime, o que torna nulo esse ato e proibida a prova obtida em resultado desse mesmo ato, nos termos do artº. 42.º, n.º 1, do RGCO, por remissão do artº. 13.º, n.º 1, da Lei da Concorrência.

XXVII. A violação das regras de proibição de prova sempre implicará a nulidade da prova assim obtida e a consequente proibição da sua valoração, nos termos do disposto no artº. 126.º, n.º 3, do CPP.

XXVIII. A correspondência eletrónica apreendida nas instalações da Recorrida Super Bock, ao não ter sido precedida da necessária autorização judicial, consubstancia prova proibida, insuscetível de valoração nos presentes autos de contraordenação , nos termos do disposto no artº. 17.º da Lei do Cibercrime, nos artºs. 179.º, n.º 1, e 126.º, n.º 3, 268.º, n.º 1, alínea d), 269.º, n.º 1, alínea d), todos do CPP, e, ainda, no artº. 34.º, n.ºs 1 e 4 da CRP.

XXIX. Por conseguinte, toda a correspondência eletrónica apreendida nos autos de contraordenação deverá ser desentranhada do processo, devolvida à Recorrente Super Bock e desconsiderada como meio de prova, alterando-se a factualidade dada como provada na decisão recorrida em conformidade.

XXX. No caso de assim não se entender, aqui se suscita expressamente a inconstitucionalidade das normas conjugadas dos artºs. 17.º da Lei do Cibercrime e 179.º do CPP, se interpretadas e aplicadas no sentido de ser permitido que parte ou a totalidade da matéria relativa a apreensão de correspondência, designadamente os mandados de busca, a pesquisa e a consequente apreensão de correspondência eletrónica, seja subtraída à reserva de juiz, podendo tais atos ser ordenados ou autorizados e visualizados por autoridade judiciária diversa do juiz de instrução, por violação do disposto nos artºs. 18.º, n.ºs 1 e 2, 32.º, n.º 8, 34.º, n.ºs 1 e 4, e 202.º, n.º 2, e 268.º, n.º 4, todos da CRP.

XXXI. Em todo o caso, diga-se, ainda, que ao contrário do que refere o Tribunal a quo, a Lei do Cibercrime é aplicável ao caso concreto, por efeito remissivo do artº. 41.º, n.º. 1, do RGCO, na medida em que o objeto de tal remissão não é exclusivo para o Código de Processo Penal, mas sim para “os preceitos reguladores do processo criminal”,



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

XXXII. Os artºs. 12.º a 19.º Lei do Cibercrime são preceitos reguladores do processo criminal, na medida em que, efetivamente, constituem o conjunto de regras processuais penais aplicáveis à recolha válida de prova digital, incluindo os requisitos legais que têm de ser observados relativamente à apreensão de correio eletrónico, previstos no referido artº. 17.º.

XXXIII. A Lei do Cibercrime trata, indistintamente, as mensagens de correio eletrónico abertas ou fechadas, não procedendo a qualquer distinção relevante nesta matéria.

XXXIV. Da norma não resulta que a mensagem só é correio até à recolha, mas antes que a mensagem é correio se for armazenável até à recolha, isto é, a mensagem é considerada correio eletrónico quando o sistema/meio pela qual é transmitida contemple a possibilidade de ser armazenada (evidentemente) até à sua recolha.

XXXV. É que o dispositivo legal, veja-se bem, nem faz depender a qualificação de correio eletrónico do seu estado de armazenamento, constituindo correio eletrónico antes e depois da sua recolha, sendo antes o carácter distintivo da sua qualificação como correio a possibilidade de ser armazenada até à recolha e não a recolha.

XXXVI. A lei estende a proteção jurisdicional, através da intervenção de um juiz de instrução - sob pena de nulidade -, ao correio eletrónico armazenado em suporte digital, independentemente de o destinatário ter tomado ou não conhecimento do seu conteúdo.

XXXVII. As mensagens de correio eletrónico armazenadas em sistema informático, quer sejam abertas ou não abertas, lidas ou não lidas, se encontram abrangidas pela tutela constitucional do sigilo da correspondência (artº. 34.º, n.º 4, da CRP), sendo inclusivamente por essa razão que a Lei exige a intervenção do juiz de instrução para a sua apreensão.

XXXVIII. De acordo com a interpretação objetiva do artº. 17.º da Lei do Cibercrime, integram o âmbito da noção de “correspondência” as mensagens de correio eletrónico, independentemente de se encontrarem abertas ou fechadas,

XXXIX. Assim, mesmo que no decurso das buscas realizadas nas instalações da Recorrente apenas tivessem sido apreendidas mensagens de correio eletrónico profissional já lidas, a circunstância de não terem sido ordenadas por despacho judicial em violação dos artºs. 17.º da Lei do Cibercrime e 179.º do CPP, determina a sua nulidade e a consequente proibição da sua valoração, nos termos do disposto no artº. 42.º, n.º 1, do RGCO, e no artº. 126.º, n.º 3, do CPP.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

XL. Ademais, mesmo que se admita que é admissível a apreensão de correspondência em processos contraordenacionais, será inconstitucional o artº. 18.º, n.º 2, e o artº. 20.º da LdC, por violação do artº. 32.º, n.º 4, do artº. 18.º e do artº. 20.º da CRP, quando interpretados no sentido de permitir a busca a correspondência eletrónica (aberta ou fechada) sem prévia autorização de juiz de instrução.

**II – DOS ERROS, INSUFICIÊNCIAS E CONTRADIÇÕES DA MATÉRIA DE FACTO**

XLII. A decisão recorrida encontra-se viciada por erros, insuficiências e contradições insanáveis no que concerne à fundamentação de facto acolhida na decisão, tomando como provados factos cujo alcance não é compatível, entre si e/ou com a factualidade dada como não provada, podendo esses erros, insuficiências e contradições ser fundamento do presente recurso, com vista ao reenvio do processo para o Tribunal a quo para os sanar, à luz do disposto no artº. 75.º, n.º 1, do RGCO, e artº. 410.º, n.º 2, do CPP,

XLII. Assim quanto ao âmbito geográfico do mercado relevante, não só o juízo a realizar é de direito e não de facto, como há contradição evidente ao considerar, simultaneamente, que o âmbito geográfico do mercado relevante é nacional (Linhas 3496-3497 da sentença); e que daquele âmbito se excluem“(…) de Lisboa (incluindo Amadora e Sintra, até 2017), Porto, Madeira, até 2013 com excepção também de Coimbra e desde 2014, também com excepção das ilhas do Faial e do Pico, por serem áreas abastecidas mediante vendas directas da Recorrente Super Bock]”, (Linhas 3405-3414) onde a Recorrente SBB desenvolve a sua atividade com recurso a abastecimento direto, portanto, sem a intervenção de distribuidores independentes;

XLIII. Quanto às funções atribuídas à fixação de preços, afirma-se na decisão recorrida, simultaneamente, que objetivo da fixação de preços mínimos não se esgota na função de (a) estabelecimento de um patamar até ao qual a Recorrente SBB faria a reposição do desconto em sell out; servindo também como (b) mecanismo de fixação propriamente dita do preço mínimo de revenda; e que o abandono generalizado da aplicação de descontos em sell out em 2015 eliminou o sentido da prática de fixação de preços mínimos (Linhas 9695-9699 da sentença);

XLIV. Por outro lado, o Tribunal afirma uma relação de dependência entre a aplicação de descontos em sell out e a prática de fixação de preços mínimos – em termos tais que uma não subsistiria sem a outra –, o mesmo Tribunal opta, ao mesmo tempo, por concluir também pela relevância dos descontos em sell in na fixação de preços mínimos,

XLV. Ou seja, o Tribunal recorrido afirma que, na ausência de sell out, deixa de fazer sentido a referência a preços mínimos, mas depois, associa o sell in à ideia de fixação preços mínimos, sem explicar como;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

XLVI. Relativamente ao mecanismo de apuramento do desconto de extraciclo, deteta-se uma nova contradição, em tudo relacionada com a precedente, entendendo o Tribunal em algumas passagens que o referencial de reposição correspondia ao preço mínimo de revenda fixado pela Recorrente Super Bock ao distribuidor (Linhas 3775-3778); e

XLVII. Noutras passagens aquele exercício já tomaria em vista o preço de revenda efetivamente praticado pelo distribuidor ao seu cliente (Linhas 3772-3775 da sentença);

XLVIII. Ou seja, ao mesmo tempo, afirma-se que a reposição de descontos em sell out toma como referência (i) o preço mínimo de revenda fixado ao distribuidor ou (ii) o preço efetivo de revenda praticado pelo distribuidor ao seu cliente, não tendo a decisão recorrida logrado afirmar qual o critério efetivamente utilizado, referindo-lhes indistintamente como sendo uma e a mesma coisa, que não são;

XLIX. Acabando mesmo por afirmar a possibilidade de aplicação do desconto de extraciclo ... em fatura!! (Linhas 7167-7168 da sentença) ou

L. Também surpreendentemente, a descontos em sell in, em que seriam considerados os preços de revenda pelos distribuidores (Linhas 8360-8362 da sentença), o que constitui a verdadeira quadratura do círculo,

LI. Daí a contradição, representada na assunção simultânea das seguintes premissas: (i) o desconto extraciclo pode ser processado logo na fatura de venda ao distribuidor; e o desconto extraciclo toma como referência o preço praticado na revenda pelo distribuidor.

LII. Também quanto à relação a fixação de preços e a margem do distribuidor, assume-se simultaneamente que a realidade fixada seriam os preços de revenda – e mediante essa fixação iria a Recorrente Super Bock manipulando outros elementos, como fosse a aplicação dos descontos no preço de venda ao distribuidor e a sua (do distribuidor) margem de distribuição (Linhas 3690-3692 da sentença); mas também se afirma que, afinal, a realidade fixada seria já a própria margem do distribuidor – e mediante essa fixação iria a Recorrente Super Bock manipulando outros elementos, como fosse a determinação do preço a praticar na revenda e a aplicação dos descontos no preço de venda ao distribuidor (Linhas 5465-5469 da sentença).

LIII. Daí a contradição, representada na assunção simultânea das seguintes premissas: (i) o sistema de remuneração dos distribuidores baseia-se nos preços de revenda; (ii) o sistema de remuneração dos distribuidores baseia-se nos descontos de Apoio Logístico e Apoio Comercial.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

LIV. Também quanto à questão da aptidão dos descontos em sell in para a atribuição de margem/remuneração do distribuidor, o Tribunal ora confirma essa finalidade daquela categoria de descontos (Linhas 9695-9705 da sentença), ora adverte para a inaptidão do sell in para proporcionar uma injeção de margem aos distribuidores (Linhas 6450-6451 da sentença).

LV. Contradição que se manifesta, enfim, na assunção simultânea das seguintes premissas: (i) os descontos em sell in são aptos à remuneração dos distribuidores; (ii) os descontos em sell in não são aptos à remuneração dos distribuidores.

LVI. No que respeita ao reporte das vendas pelos distribuidores, o Tribunal afirma, ao mesmo tempo, que a Recorrente Super Bock estabelece, junto dos distribuidores, o preço mínimo de revenda; e que a Recorrente Super Bock estabelece, junto dos clientes dos distribuidores, o preço efetivo de revenda;

LVII. O que induziu efeitos muito perversos na compreensão da questão do reporte da informação das vendas, enquanto pretensa técnica de controlo e monitorização, na medida em que, se fosse de admitir - que não é - que a Recorrente Super Bock fixava diretamente aos clientes do distribuidor o preço que este praticaria àquele cliente na revenda, então haveria que concluir-se pela inutilidade de um tal sistema de informação, por desnecessário: para quê recolher informação sobre aquilo que a própria Recorrente implementava e que, por isso mesmo, já conheceria.

LVIII. Daí a contradição, representada na assunção simultânea das seguintes premissas: a Recorrente Super Bock, por estabelecer, junto dos clientes dos distribuidores, o preço efetivo de revenda, tem imediato acesso a essa informação; a Recorrente Super Bock monitoriza os preços de revenda praticados pelos distribuidores aos seus clientes, mediante um sistema de reporte de informação (Linhas 5056-5062 da sentença).

LIX. No que respeita ao (in)cumprimento pelos distribuidores das condições fixadas pela Recorrente Super Bock, o Tribunal refugia-se numa descrição obscura da questão, limitando-se a indicar que, generalizadamente, os preços de revenda supostamente fixados pela Recorrente Super Bock eram implementados pelos distribuidores (Linhas 3705-3708 da sentença), mas termina com a revelação da real e inquestionável inobservância dos mesmos preços de revenda – o tal desalinho, protagonizado por distribuidores e que inspiraria a reclamação dos demais.

LX. Daí a contradição, representada na assunção simultânea das seguintes premissas: (i) os distribuidores, quando insatisfeitos com as condições comerciais fixadas, não se distanciam delas, praticando preços distintos, limitando-se a reclamar; (ii) os distribuidores desalinhados incumprem os preços fixados.

LXI. Mas também por referência ao impacto associado àquela pontual inobservância das condições de venda fixadas pela Recorrente Super Bock, mormente para os próprios distribuidores “subversivos”, a



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

sentença avança diferentes consequências, pronunciando-se indiferentemente ao incumprimento como causa de incremento dos resultados positivos daqueles distribuidores incumpridores, fruto de um aumento dos respetivos lucros (Linhas 3734-3738 da sentença) e como causa de prejuízos para os mesmos operadores revéis, originados na ausência de reposição – motivada nesse mesmo incumprimento –, porquanto, em teoria, à falta de participação por via dos descontos, o negócio da distribuição não teria viabilidade (Linhas 3787-3788 da sentença).

LXII. Daí a contradição, representada na assunção simultânea das seguintes premissas (i) os distribuidores incumpridores eram mais lucrativos; (ii) os distribuidores incumpridores eram menos lucrativos;

LXIII. Ainda a este respeito, verifica-se igualmente contradição quanto aos requisitos de preenchimento do próprio conceito de fixação, havendo passagens dissonantes quanto sobre se a fixação dos preços mínimos exigia ou, em si mesma, que os distribuidores cumprissem com as condições que lhe eram transmitidas/impostas, aparecendo ora como irrelevante (Linhas 6575-6577 da sentença), ora como um elemento essencial (Linhas 3709-3711 da sentença).

LXIV. Por outro lado, Tribunal recorrido afirma que a retaliação face ao incumprimento, não raras vezes, integrava um programa de corte relacional com o distribuidor subversivo (Linhas 5881-5885 e Linhas 7539-7547 da sentença),

LXV. Mas o que significaria que, implementada essa retaliação, estaria automaticamente excluído o potencial de fixação de preços, na exata medida em que os próprios mecanismos incorporados na retaliação contêm com a existência dos instrumentos de execução da imposição – se a Super Bock deixa de fornecer o distribuidor, já não lhe pode impor preços;

LXVI. Do mesmo modo, é igualmente óbvio que, se como se afirma na decisão recorrida, a retaliação englobava também medidas de corte dos incentivos financeiros aos distribuidores, (Linhas 3722-3726 da sentença) e se tais incentivos correspondem ao instrumento de execução da fixação dos preços, haveria que concluir que a retaliação – e, como tal, o incumprimento/inobservância que a motiva – afasta, pelos seus próprios termos, qualquer infração – se a Recorrente Super Bock corta os descontos, já não pode fixar preços por via dos descontos;

LXVII. Ou seja, a fixação de preços e retaliação, na aceção que deles feita pelo Tribunal, são conceitos que se excluem mutuamente!

LXVIII. Quanto aos propósitos subjacentes à fixação de preços e ao pass-through, fica sem se perceber se, no entendimento do Tribunal, a Recorrente Super Bock tinha em vista, com a prática de fixação de preços, o



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

seu posicionamento na revenda em sentido da subida dos preços de revenda (Linhas 6035-6036, 7954-7958, 8665-8666 e 10336-10339 da sentença) ou da descida dos preços de revenda (Linhas 5129-5131 e a Linhas 10091-10093 da sentença).;

LXIX. Também no que concerne à apreciação em matéria de pass-through – leia-se: o impacto da política de preços observada pela Recorrente Super Bock, ora sobre o preço de revenda dos distribuidores, ora a jusante, na variação registada no preço praticado ao consumidor –, verifica-se também uma assinalável contradição entre os pressupostos de facto assumidos.

LXX. Na verdade, o Tribunal balança entre (i) a imprestabilidade do estudo económico por falta de desagregação entre “cumpridores” e “incumpridores” (Linhas 10791-10793 da sentença), em linha com o anterior indeferimento da prova pericial requerida pelos Recorrentes – e que visava também a análise do pass-through no segmento dos preços de revenda dos distribuidores ;

LXXI. E a - pasme-se - (ii) insuficiência da prova provida pelos Recorrentes no sentido da inexistência do pass-through, precisamente aquilo que o mesmo Tribunal havia entendido irrelevante, e que não pôde ser objeto de prova mais profunda, por determinação dessa mesma instância,

LXXII. Daí a contradição, representada na assunção simultânea das seguintes premissas: (i) é irrelevante a apreciação do pass-through no segmento dos preços de revenda dos distribuidores e, por isso, não é admitida uma perícia requerida pelos Recorrentes; (ii) os Recorrentes não lograram produzir prova da inexistência do pass-through no segmento dos preços de revenda dos distribuidores.

LXXIII. Acresce que é igualmente contraditório o posicionamento do Tribunal recorrido no que respeita ao significado do pass-through sobre os preços praticados aos consumidores,

LXXIV. Também ele assumido pelo Tribunal como indiferente ao objeto dos presentes autos – e também por isso rejeitou a prova pericial requerida pelos Recorrentes –, por outro foi tomada como questão dotada de relevância, (i) ora para apontar a existência de prejuízos para os consumidores (Linhas 12545-12548 da sentença); (ii) ora para apontar o carácter neutral da infração (Linhas 12889-12892 da sentença); (iii) ora para afirmar desconhecimento da questão, fosse no sentido da existência ou da inexistência de efeitos no mercado (Linhas 11072-11077, 11446-11448 e 13764-13766 da sentença);

LXXV. Finalmente, também a respeito do dolo, enquanto elemento subjectivo do tipo, a sentença mostra-se claramente insuficiente e errada nos seus fundamentos.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

LXXVI. Na verdade, a Linhas 10994-10997 da sentença constam apenas afirmações circulantes, que definem com o definido e em que se diz, simplesmente, que quem fixa preços fá-lo porque quer.

LXXVII. Nada mais.

LXXVIII. A linha de pensamento seguido faz coincidir a culpa com a prática do facto, pelo que qualquer facto ilícito, porque praticado, seria necessariamente doloso, por que querido, pela mesmíssima e simplíssima razão de ter sido praticado, esvaziando totalmente a apreciação do elemento subjetivo de qualquer interesse prático.

LXXIX. Do exposto resulta que a decisão recorrida não alicerçou a sua conclusão quanto elemento subjetivo em pressupostos de facto suficientes – ou, sequer, existentes –, havendo que consubstanciar em elementos externos ao mero facto praticado o nexó psicológico que o determinou e que constitui o elemento de desvalor de imputação da conduta ao agente,

LXXX. Pelo que, por existirem múltiplos vícios subsumíveis no n.º 2 do artigo 410.º do CPP, não é possível decidir da causa esta instância, devendo este Venerando Tribunal determinar o reenvio dos autos para novo julgamento relativamente à totalidade do objecto do processo ou, caso, assim não se entenda, às questões identificadas neste capítulo das conclusões.

III – DA EXECUÇÃO TEMPORAL E DA PRESCRIÇÃO

LXXXI. Pelo Tribunal a quo, foi considerado que as práticas imputadas aos Recorrentes se enquadrariam no conceito de contraordenação permanente, e consequentemente, entendeu o Tribunal a quo que não se verifica o decurso do prazo de prescrição, na medida em que a imputada prática se manteve, na visão do Tribunal a quo, até pelo menos, janeiro de 2017.

LXXXII. Os factos narrados na sentença reportam-se a um período temporal que medeia entre os anos de 2006 e 2017, compreendendo cerca de onze anos de atividade profissional e comercial da Recorrente Super Bock, correspondendo aquela faixa temporal ao período de infração balizado pela Recorrida.

LXXXIII. O prazo prescricional do procedimento de contraordenação é de cinco anos, sem que se encontrem contabilizadas as suspensões e interrupções taxativamente prevenidas na lei, conforme dispõe a alínea b) do n.º 1 do art.º 74.º da LdC.

LXXXIV. As causas de suspensão do prazo de prescrição, encontram previsão legal no art.º 74.º, n.º 4, da LdC, correspondendo a(o) (i) interposição de recurso judicial da decisão final, pelo período de tempo que esta seja



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

objeto de recurso; e (ii) envio do processo para o Ministério Público, pela Recorrida, nos termos do disposto no artº. 40.º do RGCO.

LXXXV. Apenas nesta sede e entre 11 de outubro de 2019 e a presente data ocorreu uma causa de suspensão da prescrição, por força da interposição de recurso judicial da decisão final.

LXXXVI. No que concerne ao efeito interruptivo do prazo de prescrição, o n.º 3 do mesmo artº. 74.º atribui relevância normativa à (i) constituição formal de Visado; e (ii) à notificação de qualquer ato que pessoalmente afete o Visado.

LXXXVII. A Recorrida relevou totalmente a ausência de um momento de constituição formal da Recorrente na qualidade de Visada, mas esse momento se poderia ter por verificado em data anterior à notificação da Nota de Ilícitude.

LXXXVIII. Pois que esse é o primeiro ato que pessoalmente a afeta a Recorrida e do qual foi notificada, pelo que o primeiro ato, naqueles termos qualificado, notificado à Recorrente, nunca seria anterior a 09.08.2018.

LXXXIX. A notificação à Recorrente do mandado de busca e apreensão não pode configurar, para efeitos de interrupção do prazo prescricional, um ato que pessoalmente afete a Recorrente, na aceção descrita.

XC. No que respeita aos demais co-Visados, a Recorrente Super Bock desconhece as datas concretas em que os mesmos foram notificados de qualquer ato suscetível de os afetar pessoalmente, na aceção supra expandida.

XCI. E outro tanto se diga dos Recorrentes [REDACTED] e [REDACTED] relativamente à notificação da Recorrente Super Bock e restantes co-Visados de qualquer ato dessa natureza.

XCII. A afetação em apreciação, por revestir natureza pessoal, obsta a que a prescrição se tenha interrompida com a simples notificação daquele ato a qualquer um dos visados, como parece sugerir a norma legal, valendo inteiramente, nesta sede, a regra tertium non datur.

XCIII. Resta, portanto, retomar o momento cronológico da notificação da Nota de Ilícitude, datada de agosto de 2018, e aferir, naquela data, das infrações imprescindivelmente prescritas.

XCIV. Ora, na medida em que o prazo de prescrição equivale a cinco anos, deve ter-se por prescrito todo o procedimento respeitante a factos cuja verificação anteceda 9 de agosto de 2013.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

XCV. No limite, proferida a decisão condenatória, sempre haveria que respeitar o limite intransponível previsto no artº. 74.º, nº. 8, da LdC, pelo que, mesmo se verificada alguma das causas de suspensão ou interrupção do prazo legalmente fixado, o efeito prescritivo sempre se produzirá decorridos sete anos e meio depois da prática dos factos.

XCVI. Para a demonstração de uma infração permanente seria essencial o reconhecimento de uma unidade antijurídica ao longo do período da infração, facto esse irremediavelmente afastado pelas alterações registadas na composição dos órgãos de administração e direção da Recorrente Super Bock,

XCVII. Pois as decisões de estratégia empresarial e comercial, veiculadas através dos respetivos órgãos, correspondem a decisões materialmente promanadas de pessoas integradas na estrutura da Recorrente, exigindo sempre um nexo de imputação pessoal e subjectiva,

XCVIII. Concluindo-se, por isso, em face das diferentes decisões assumidas nos respetivos mandatos e dos distintos programas comerciais implementados no período em que exerceram funções, que a atuação da Recorrente não pode ser perspectivada como se de um rígido e unitário modo de operar no mercado se tratasse, antes assumindo necessariamente diferenças de comportamento ao longo do tempo, cuja equivalência cumpriria demonstrar.

XCIX. O Tribunal a quo, em vez de se analisar em que medida o comportamento alterado, reconhecido pelo tribunal, concorreu ele próprio para a existência de uma conduta infractora, afirma, sem mais, que a alteração manteve a conduta infractora anteriormente caracterizada, mas que se reconhece que não é factualmente a mesma.

C. Por outro lado, mesmo que fosse de considerar perpetrada a infração após 2015, sempre se teria de atentar na circunstância de que a mesma estaria já a ser executada com recurso a instrumentos muito distintos.

CI. Não sendo de todo irrelevante o facto de um agente infrator, mesmo a considerar-se-lhe imputável a prática de uma infração em vários períodos temporais, ter atuado nesses períodos de formas diversas.

CII. É que, se, fruto de uma atuação diversa, o agente vai realizando os elementos do mesmo tipo legal “incriminador”, não há ali logicamente qualquer nexo de permanência, mas apenas de sucessão.

CIII. Dizer o contrário é afirmar que toda a infração por objecto é permanente, independentemente de o preenchimento do mesmo tipo de infração se haver dado com recurso a uma conduta factual diversa.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

CIV. Assim, se o Tribunal a quo considerou ter existido uma reconfiguração factual do modo como seria implementada a fixação de preços de revenda no período posterior a 2015, tal não pode significar, por perfeita falta de identidade com a conduta anterior, uma mesma infração permanente, apenas e somente porque o tipo contraordenacional preenchido seria o mesmo.

CV. Aliás, da decisão recorrida resulta uma adesão à realidade demonstrativa de factos interruptivos de uma alegada uniformidade na execução da infração, como é o caso da manifestação de dissídios na execução da informação comercial tida pelo Tribunal e pela própria Recorrida como ilícita (Linhas 3705 a 3708, 3727 a 3729, 5699 a 5703 e 6569 a 6574);

CVI. Não estamos diante de uma atuação da Recorrente protelada no tempo suscetível de ser qualificada de infração permanente, mas antes diante da imputação de múltiplas infrações instantâneas sucedidas no tempo ou, quando muito, dois conjuntos de infracções instantâneas, antes e depois de 2015.

CVII. Dilucidada esta questão, havendo que reconhecer nos factos imputados à Recorrente um qualquer desiderato de ilicitude, nunca a infração seria legitimamente qualificada de permanente.

CVIII. E tampouco seria de aceitar imputar-se à Recorrente a prática de uma infração continuada, pois a referida categoria jurídica encontra-se deliberadamente ausente da constelação legislativa tida por aplicável ao concreto caso em presença.

CIX. Na verdade, não existe correspondência entre a modalidade continuada da infração contraordenacional e a justificação legal última prevista no art.º 30.º, n.º 2, do CP, podendo-se, quando muito, atribuir-lhe a qualificação de persistente ou sucessiva,

CX. Ora, a admitir-se a referida execução protraída no tempo, nos termos defendidos, estaríamos perante, não uma única e indivisível infração, mas sim de um quadro de infracções enquadrável na infração persistente enquanto categoria de Direito - qualificação essa, por sinal, mas sem qualquer fundamentação, flagrantemente irrelevada pelo Tribunal a quo.

CXI. A inevitável parcelarização dos factos carreados implica que sobre os diversos factos isoladamente considerados se faça incidir o instituto da prescrição,

CXII. Pelo que sempre que terão que se considerar prescritos todos os factos anteriores a agosto de 2013, revogando-se a sentença proferida e substituindo-a por decisão que determine a referida prescrição.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

CXIII. Se ainda assim não se entender e convergindo no sentido do exposto, sempre existiriam razões para admitir, como sucederia no caso da infração continuada, a prescrição dos atos parcelares,

CXIV. Pelo que sempre estariam prescritos todos os factos imputados à Recorrente com data anterior a agosto de 2013, entendimento cuja admissão se requer seja seguida por este Tribunal, revogando-se a sentença proferida quanto a esses.

IV – DOS ERROS DE JULGAMENTO DE DIREITO

A) A inexistência de acordo e da fixação directa e indirecta de preços

CXV. O Tribunal a quo entendeu que a Recorrente procedeu a uma fixação, directa e indirecta, dos preços mínimos de revenda a praticar pelos distribuidores, concluindo a este propósito pela existência de um acordo entre estes e a Recorrente;

CXVI. Porém, o Tribunal a quo erra, quer ao qualificar o procedimento descrito na sentença como “acordo” para efeitos jusconcorrenciais, quer ao qualificar a prática em apreço como uma fixação directa dos preços;

CXVII. Quanto ao primeiro desses erros, o Tribunal a quo conclui pela existência de um “acordo” com recurso a elementos meramente indiciários, afastando-se do entendimento que tem sido perfilhado pela jurisprudência europeia que exige a demonstração de que os distribuidores, de facto, seguiram os preços mínimos recomendados, nos termos exigidos pelo TJUE e pelas “Orientações relativas às restrições verticais” – 2010/C 130/01;

CXVIII. Com efeito, resulta de tais Orientações, em particular, do § 25, que é necessário que se demonstre que foi “efetivamente” aplicada na prática a política do fornecedor;

CXIX. O Tribunal a quo não deu como provados factos que, na prática, demonstrem que efectivamente a pretensa política da Recorrente foi aplicada pelos Distribuidores, na medida em que a acusação se absteve de analisar se os preços por estes praticados estavam de acordo com as recomendações da Recorrente, respaldada na afirmação redundante de que é uma infração por objeto e que em nada interessam os seus efeitos;

CXX. Por outro lado, não se poderá deixar de salientar que é intrínseco à noção de acordo de vontades que o mesmo seja estabelecido entre, pelo menos, duas empresas, tendo em vista gerar ou contribuir para um entendimento comum quanto àquela que será a atuação das partes no mercado, relativamente a parâmetros essenciais no processo da concorrência, como preços, qualidade e quantidade;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

CXXI. Ora, no contexto das mensagens de correio eletrónico trocadas entre colaboradores da Recorrente Super Bock e os Distribuidores, não se verifica a existência de um concurso de vontades;

CXXII. E se a qualificação de um acordo de vontades parte de um comportamento efetivo das empresas envolvidas, que “traduz um estado de convergência estável entre esses comportamentos”, também não é possível concluir, no caso sub judice, que o comportamento dos Distribuidores tenha sido coordenado e ajustado, voluntariamente por estes, aos intuitos da Recorrente, de forma estável e liminar ao longo do tempo;

CXXIII. Aliás, à luz dos artº. 101.º e 102.º do TFUE, a conduta unilateral de uma empresa que não detenha uma posição dominante não é abrangida pelas normas de concorrência do Tratado, o mesmo se verificando com os equivalentes artºs. 9.º e 11.º da LdC;

CXXIV. A jurisprudência do TJUE tem evoluído no sentido de tornar mais exigente a demonstração, por parte das autoridades, de que houve efetivamente aceitação de determinada política de distribuição por parte dos distribuidores, sendo que, nos termos do artº. 2.º do Regulamento UE 1/2003 – e do artº. 9.º da LdC - o ónus da prova da infração incumbe à autoridade que alega tal violação;

CXXV. E, quanto à noção de acordo, importa sublinhar que o nível de prova exigido para demonstrar a existência de um acordo anticoncorrencial no âmbito de uma relação vertical é, por princípio, semelhante ao exigido no âmbito de uma relação horizontal;

CXXVI. Ainda que certos elementos que sugerem a existência de um acordo horizontal poderão mostrar-se desadequados à demonstração de um acordo vertical, pois, ao contrário do que sucede entre empresas concorrentes, o contacto e a troca de informações entre um fornecedor e os seus distribuidores é necessário e lícito;

CXXVII. Assim, para que haja acordo, na aceção do artº. 101.º, n.º 1, do TFUE e do artº. 9.º da LdC, é exigível que as empresas em causa tenham expressado a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma determinada forma;

CXXVIII. Pelo que a AdC teria de ter provado a existência de uma intenção comum, que tende a ser comprovada por meio da verificação de uma proposta e de uma aceitação,

CXXIX. Não se podendo extrair de uma conduta unilateral – como é o envio de tabelas de preços recomendados –, qualquer conclusão quanto à existência, ou não, de um acordo;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

CXXX. Para que se esteja perante um acordo de vontades, no sentido de se afirmar uma aceitação, não basta que (i) exista orientação e influência do fornecedor na política de preços dos distribuidores, comprovadas pela troca de missivas, (ii) o envio de listas de preços, (iii) a troca de correspondência com distribuidores, incluindo o envio de faturas com referência a preços acordados com o fornecedor, (iv) a existência de mecanismos de retaliação e ameaça que visem provocar a anuência dos distribuidores face à referida política de preços, concretamente, com a ameaça de redução do volume de fornecimentos, se não lograr demonstrar a adoção de medidas tendentes à sua execução, nem (v) a existência de situações em que os próprios distribuidores peçam explicações ao fornecedor quando detetam desvios aos preços fixados por parte de outros distribuidores;

CXXXI. De onde resulta que, para se concluir pela existência de um acordo, é necessário que se demonstre que foi “efetivamente” aplicada na prática a política do fornecedor, o que manifestamente o tribunal a quo não fez;

CXXXII. Por outro lado, no que respeita ao elemento de fixação directa e indirecta de preços, o Tribunal a quo, partindo de factos que apenas poderiam, em abstrato, consubstanciar uma prática de fixação de preços por meios indirectos, acaba por concluir pela existência de uma situação de fixação directa e indirecta de preços, assente na premissa de que, entre 2006.05.15 e 2017.01.23, a Recorrente fixou e impôs, de forma regular, generalizada e sem quaisquer alterações, as condições comerciais que os seus distribuidores tinham obrigatoriamente de cumprir na revenda dos produtos por si produzidos e comercializados;

CXXXIII. Á luz do disposto nos artºs. 9º., nº. 1, alínea a), da LdC, e 101º., nº. 1, alínea a), do TFUE, para além da exigência de um acordo é necessário que o mesmo seja suscetível de refletir as tentativas dos fornecedores de, por forma imediata, controlarem os preços a praticar pelos distribuidores aos seus clientes,

CXXXIV. Pelo que, para que se verificasse uma situação de fixação directa de preços, seria necessário que o acordo estivesse vertido numa cláusula contratual existente - quer no contrato de distribuição, quer num outro contrato, pré-existente ou não -, que visasse regular tal matéria, atribuindo à Recorrente uma tal prerrogativa;

CXXXV. Sendo que, no caso das práticas concertadas, é necessário demonstrar uma efetiva aceitação, o que apenas pode ser efetuado através da análise dos preços efetivamente praticados – cfr. § 48 das Orientações Relativas às Restrições Verticais;

CXXXVI. Na verdade, a fixação de preços mínimos de revenda através de acordos (i) de fixação de margem de distribuição, (ii) de fixação do nível máximo de desconto que o distribuidor pode conceder a partir de um determinado nível de preços estabelecidos, (iii) de subordinação da concessão de reduções, (iv) de reembolso dos custos promocionais por parte do fornecedor a um determinado nível de preços e (v) de associação do preço de revenda



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

estabelecido com o preço de revenda dos concorrentes, poderão, quanto muito, consubstanciar uma forma de fixação indirecta de preços;

CXXXVII. Assim, sempre que a possibilidade de determinação dos preços de revenda a praticar pelos distribuidores aos respectivos clientes decorra, não de uma específica cláusula contratual ou acordo entre as partes, mas tão só das práticas comerciais unilaterais e efetivamente adotadas pelo fornecedor que forcem o cumprimento pelos distribuidores das instruções por si emitidas e, se tal política unilateral acarretar a coação absoluta da liberdade de escolha e atuação da contraparte, é que se poderá concluir estar perante uma fixação indirecta de preços,

CXXXVIII. Pelo que, nestas situações, será necessário fazer prova, em primeiro lugar, de que a política unilateral de uma das partes pressupõe a aceitação da outra e, em segundo, que esta última cumpriu tal exigência aplicando na prática a política unilateral que lhe foi imposta,

CXXXIX. Em todo o caso, será necessário, em concreto, demonstrar que uma parte solicitou, expressa ou implicitamente, a cooperação da outra na aplicação da sua política unilateral e, em segundo, que esta última cumpriu tal exigência aplicando na prática a política unilateral que lhe foi imposta;

CXL. Deste modo, inversamente ao que parece decorrer da sentença recorrida, em particular nos pontos 86 e 87 dos factos provados, o nível de coação efetivamente exercido para imposição de uma política comercialmente imposta e o número de distribuidores abrangidos apenas pode servir de indício à existência de uma aceitação tácita, não se podendo daí retirar qualquer conclusão quanto à existência de uma fixação directa ou indirecta de preços;

CXLI. In casu, o Tribunal a quo não deu como provada a existência de uma cláusula contratual que atribuísse a prerrogativa de fixação dos preços mínimos de revenda, não sendo, por isso, possível afirmar que a Recorrente tivesse a possibilidade de impor contratualmente aos seus distribuidores os preços de revenda que estes deveriam praticar nas respectivas zonas de atuação; e

CXLII. Na decisão da matéria de facto, não existe qualquer facto provado que permita concluir que a Recorrente tivesse possibilidade de os impor, de forma imediata ou directa, em virtude de um prévio ou posterior acordo de vontades entre as partes,

CXLIII. Pelo que, o procedimento descrito nas linhas 12348 a 12358 da sentença nunca poderia consubstanciar uma fixação directa de preços de revenda pela Recorrente, aos distribuidores,



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

CXLIV. Não sendo igualmente suficientes as afirmações genéricas efetuadas pelo tribunal a quo e vertidas no ponto 82 da decisão da matéria de facto provada, no sentido de que os distribuidores, de forma generalizada, acompanharam os preços recomendados pela Recorrente, dado que essa matéria consubstancia um juízo meramente conclusivo, insuficiente para sustentar a decisão de direito proferida pelo tribunal;

CXLV. Nesta conformidade, na falta de matéria de facto e a respeito de um acordo susceptível de fundamentar uma fixação directa de preços e não sendo possível fazer qualquer articulação entre os preços recomendados pela Recorrente Super Bock e os preços efetivamente praticados pelos distribuidores, não poderia o tribunal a quo ter concluído no sentido da existência de uma infração ao art.º 9.º, n.º 1, alínea a), da LdC, e ao rt.º 101.º, n.º 1, alínea a), do TFUE;

B) Da falta de demonstração da nocividade

CXLVI. O Tribunal a quo incorreu em erro de julgamento no que diz respeito à (des)necessidade de demonstração, pela AdC, da nocividade do acordo para que se pudesse considerar existir uma restrição por objeto.

CXLVII. A infração, para que possa ser caracterizada de restrição por objeto, implica a análise, pela AdC, do grau suficiente de nocividade da conduta;

CXLVIII. Também do Parecer emitido por José Luís da Cruz Vilaça, junto aos autos, claramente resulta que “De forma a concluir que um acordo entre empresas encerra esse grau de nocividade, há que ter em conta o seu teor, os seus objetivos e contexto económico e jurídico em que se insere”.

CXLIX. Neste específico âmbito, o Tribunal recorrido ignorou a jurisprudência do TJUE e, quando se debate com a questão, limita-se a afirmar, continuamente e de forma apriorística e conclusiva, que em causa estaria uma infração por objeto, julgando que com isso supriria a insuficiência de análise do grau de nocividade do acordo.

CL. Na abordagem da questão pelo Tribunal a quo, a forma encontrada para justificar uma pronúncia mais concreta quanto ao que na Impugnação da Decisão Final vem alegado pelos Recorrentes, passou pela declaração descontextualizada de «que o contexto económico em que a Super Bock actuou não é “claro, estanque, liminar, sendo bastante complexo”».

CLI. O entendimento do Tribunal a quo contraria de forma contundente o entendimento mais recente da jurisprudência europeia sobre o tema, pois, ainda que se considerasse, em abstrato, que a conduta-tipo imputada à Recorrente tinha cabimento jusconcorrencial e fosse tida como capaz de distorcer a concorrência – o que não se consente –, por si só essa “capacidade” deveria ter sido concretizada pela AdC, através da demonstração do grau de nocividade do acordo, relativamente (i) ao contexto económico e jurídico, (ii) ao objetivo e (iii) ao teor do “acordo”.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

CLII. Portanto, o Tribunal a quo erra clamorosamente quando considera que a restrição vertical, por fixação de preço, é, sem mais e necessariamente, uma restrição por objeto e bem assim que a AdC não é – e não era – obrigada a fazer um exame rigoroso de todas as circunstâncias do caso precedente à qualificação da conduta da Recorrente como uma restrição por objeto!

CLIII. No âmbito da análise “restrição por objeto/por efeito”, a avaliação inicial tem que ir no sentido de ver se o acordo tem por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, devendo “esse exame (...) ser efetuado à luz do conteúdo do acordo e do contexto económico em que se inscreve”, conjugando depois essa análise detalhada das circunstâncias sob a perspectiva de saber se, em função desses três critérios, foi ou não criado um estado adverso ao funcionamento do mercado, o que a decisão claramente não faz.

CLIV. A apreciação rigorosa do “grau suficiente de nocividade” enquadra-se precisamente na análise das circunstâncias do caso e não se presume, contrariamente ao que parece ser entendimento do Tribunal a quo.

CLV. Contrariamente ao que se imporia, na Decisão Final da Recorrida e, consequentemente, na sentença recorrida, não foi de todo caracterizado o contexto económico que terá presidido às alegadas práticas anti-concorrenciais, não existindo sequer qualquer referência ao mesmo.

CLVI. São variados e distintos os contextos económicos subjacentes à factualidade e, de forma alguma, poderão estes contextos económicos ser considerados ou tratados como um todo.

CLVII. E tendo presente que não cabia à Recorrente substituir-se à Recorrida nos parâmetros de análise sobre os quais deveria incidir o contexto económico, impunha-se à AdC analisar os efeitos que o alegado comportamento da Recorrente terá provocado no mercado para se poder afirmar o “grau de suficiente nocividade”.

CLVIII. A análise do elemento nocividade imporia ainda que se atendesse àqueles que terão sido os objetivos subjacentes à criação de uma não saudável “ambiência” de mercado, leitura que não pode ser desgarrada do devido enquadramento dos diferentes contextos económicos experienciados pela Recorrente.

CLIX. A Recorrente Super Bock não traçava os mesmos objetivos económicos para a rede de distribuição, para as Operações Diretas, para o caso de lançamento de novos produtos, para os picos de sazonalidade, entre outros.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

CLX. Por forma a procurar avaliar a natureza do racional subjacente, impõe-se ensaiar uma análise mais contrafactual, tendo em vista compreender se a estrutura concorrencial e as condições reais de funcionamento dos mercados onde atua a Recorrente seriam diferentes, caso esta tivesse atuado de outra forma.

CLXI. Além de a AdC não o ter demonstrado, nem sequer alegado – e, por isso, não constar igualmente da sentença recorrida –, decorre do Estudo Económico junto aos autos que, no se refere à produção de efeitos no mercado, que não se verificaria uma diferença estrutural entre a estrutura concorrencial de mercado e a rivalidade concorrencial se o comportamento da Recorrente tivesse sido distinto.

CLXII. Neste ponto, o Tribunal a quo concluiu apenas, de forma circular, que um acordo de fixação de preços (i.) “objectivamente, ataca a concorrência”, (ii.) “implica (pelo menos esse era o objectivo) a coarctação da liberdade dos distribuidores em determinar efectivamente os preços a praticar [...] eliminando a concorrência pelo preço dos produtos, em prejuízo dos consumidores finais que deixavam de poder beneficiar de produtos a preços mais reduzidos” e que (iii.) “O prejuízo para os consumidores é especialmente grave”.

CLXIII. Como é bom de ver, seria precisamente por via da concreta análise dos objetivos do acordo que se validaria se este específico acordo “ataca a concorrência” e “elimina a concorrência”, sendo que o Tribunal a quo realiza o seu exercício de substituição recorrendo a conclusões e não a factos que pudessem determinar o grau suficiente de nocividade do acordo.

CLXIV. Mas o que a lei pretende e impõe é a análise do grau de nocividade do específico acordo em causa e não a análise do grau de nocividade de um acordo.

CLXV. A AdC nada alega – e da sentença, por isso, nada consta – quanto ao teor do acordo para efeitos de aferição da respetiva nocividade, mas também aqui o Tribunal a quo considerou que, em face da infração que vem imputada aos Recorrentes, tal abordagem se mostra despicienda, o que é errado;

CLXVI. Antes, deveria a AdC ter demonstrado que o teor do acordo, em linha com o contexto jurídico e económico vividos, contribuiu para a criação de um estado, em si mesmo, adverso ao funcionamento concorrencial dos mercados.

CLXVII. Impondo-se-lhe fazer uma ponderação – real, concreta e casuística – dos comportamentos efetivos e do seu contributo para a adulteração do bom funcionamento do mercado – coisa que não aconteceu.

CLXVIII. Efetivamente, a AdC não conferiu a esta conduta qualquer materialização objetiva – isto é, não consubstanciou, em factos, que essa alegada fixação de preços de revenda criou um estado permanente de risco para



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

o funcionamento do mercado, bastando-se a AdC, primeiro, e o Tribunal a quo, depois, com a afirmação de que isso... necessariamente aconteceu!!

CLXIX. O entendimento dos Recorrentes quanto à inexistência de uma qualquer limitação da eficiência económica mais resulta corroborado pelo próprio Tribunal a quo, o qual assume que o impacto nos consumidores foi “neutro”.

CLXX. Portanto, dúvidas não restam de que para se concluir que se trata de uma restrição por objeto, independentemente, da conduta imputada ser a fixação de preços, deveria ter sido demonstrado pela AdC o grau suficiente de nocividade;

CLXXI. O Tribunal a quo ao desconsiderar esta exigência por considerar que uma infração que redunde na fixação de preço abdica da referida análise incorreu em manifesto erro de julgamento.

C) Da inaplicabilidade do artº. 101º. do TFUE

CLXXII. O tribunal a quo comete um erro de julgamento de direito ao ter considerado a aplicação do artº. 101 do TFUE ao caso vertente, concordando, assim, com a AdC de que a infração imputada aos Recorrentes afetaria o comércio entres os Estados Membros da União Europeia.

CLXXIII. Chegou o Tribunal recorrido a essa conclusão, na pressuposição de que: (i.) a suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros “implica inevitavelmente a desnecessidade do acordo ou a prática terem tido, efectivamente, um efeito no comércio entre os Estados-Membros, não existindo por isso obrigação ou necessidade de calcular o volume efectivo de comércio entre os Estados-Membros afectado pelo acordo ou prática”; (ii.) “a prática em causa se derramou sobre a esmagadora maioria do território nacional”, reforçando “a segmentação ou compartimentação dos mercados numa base nacional”, prejudicando “as trocas comerciais entre Estados-Membros”; (iii.) “estão em causa produtos que são susceptíveis de ser exportados”, e que “a Super Bock é uma das maiores empresas no mercado nacional e integra um grupo empresarial participado por empresas multinacionais”; (iv.) “[o] acordo de fixação de preços mínimos de revenda, nestas condições, é susceptível de afectar o comércio entre Estados Membros, o que inclui o aumento das importações de outros Estados e a diminuição de exportações do nosso país”; (v.) que os descontos sobre sell out de apoio aos distribuidores no barril eram uma política com potencial “efeito bloqueador”, na medida em que “qualquer tipo de investida de uma outra empresa que pretendesse penetrar no mercado era bloqueada pela Recorrente, com a atribuição de descontos extra aos distribuidores”, “dificultando a penetração das empresas de outros Estados Membros no mercado nacional”, afetando “a estrutura do comércio entre os Estados-Membros”.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

CLXXIV. Mais sublinhando, em sede de demonstração do alegado carácter sensível da afetação do comércio entre Estados Membros: “estar em causa uma empresa em situação de duopólio no mercado em todo o território de um Estado Membro, desenvolvendo uma prática restrita por objecto, considerada uma das práticas mais graves em sede de direito jus concorrencial, com os volumes de negócios que se deram como provados, ainda que apartados das vendas directas efectuadas pela Recorrente, poderá ser suficiente para, por si só, dificultar a penetração no mercado de concorrentes de outros Estados Membros no mercado nacional”.

CLXXV. O critério da afetação do comércio requer, ao invés, a reunião dos seguintes requisitos: (i.) que seja possível prever, (ii.) com um grau suficiente de probabilidade, (iii.) com base num conjunto de fatores objetivos de facto ou de Direito, (iv.) que a conduta impacta de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros da UE.

CLXXVI. Neste contexto, os Tribunais da UE também afirmaram já que não basta alegar simplesmente factos tendentes à descrição de uma certa conduta ou invocar presunções ou premissas de facto hipotéticas ou especulativas sem explicar de que forma os mesmos sustentam a conclusão de que a conduta é suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros.

CLXXVII. Sustentando essa percepção, o Tribunal da Relação de Lisboa já afirmou: “(...) pelo que se imporia, no mínimo, a prova de “dificultarem a penetração das empresas, de outros Estados-Membros no mercado nacional em causa quer através de exportações, quer através de estabelecimento (efeito de encerramento).”, o que manifestamente não se mostra efectuada nem revelada na matéria de facto provada; (...)”.

CLXXVIII. Atente-se em particular, que a Afetação do Comércio entre os Estados Membros, é um critério puramente jurisdicional, destinado a determinar se a conduta em causa tem uma dimensão transfronteiriça e, portanto, europeia (no sentido de lhe ser aplicado o direito da UE) –, caso em que pode cair no âmbito do artº. 101º. do TFUE – ou não tem dimensão europeia –, caso em que apenas pode cair no âmbito das regras nacionais da concorrência.

CLXXIX. Deste modo, não se demonstrando que a prática que vem imputada à Recorrente foi suscetível de “afetar o comércio entre Estados-membros”, será inaplicável o artº. 101.º do TFUE.

CLXXX. O tribunal a quo assume a afetação sensível do comércio entre Estados-Membros através de formulações genéricas e inconsubstanciadas, sem ter atendido às características do caso concreto, desse modo aplicando mal o direito.

CLXXXI. Não há prova de factos concretos que permitam afirmar que os alegados acordos e práticas foram “suscetíveis de afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-membros” e muito menos que o façam com um grau de “probabilidade suficiente”.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

CLXXXII. Quanto ao conceito de Comércio entre Estados-Membros ou de atividade económica transfronteiriça, está em causa perceber se a atividade económica prosseguida pela Recorrente afetou a estrutura concorrencial do mercado.

CLXXXIII. A estrutura concorrencial do mercado será afetada caso o acordo elimine um concorrente ou ameace eliminar um concorrente que opera na União Europeia.

CLXXXIV. Nenhuma conduta encetada pela Recorrente, em momento algum, desencadeou a exclusão do mercado por parte de outro concorrente, nem tal resulta dos factos dados como provados - não há simplesmente prova de factos concretos que o permitam afirmar.

CLXXXV. Não bastam as afirmações referidas anteriormente, por parte do tribunal a quo, como “estão em causa produtos que são susceptíveis de ser exportados”, e que “a Super Bock (...) integra um grupo empresarial participado por empresas multinacionais”, para que simplesmente se verifique verdadeiramente a suscetibilidade de afetação sensível do comércio entre Estados-Membros.

CLXXXVI. Uma qualquer projeção internacional da empresa é, em rigor, um elemento a ter em conta, mas apenas para a qualificação da empresa, ou até de alguns dos seus acionistas, e não para estabelecer a suscetibilidade de afetação do comércio na UE...

CLXXXVII. Porquanto esta suscetibilidade apenas se coloca, não porque a empresa é mais ou menos reconhecida, mas quando a sua “performance” terá determinado a existência de uma influência na “estrutura do comércio entre os Estados-Membros”, o que não se comprovou pelos factos.

CLXXXVIII. A afirmação da mera susceptibilidade de exportação dos produtos é observação genérica e não fundamentada, desprovida de relevância para o caso em questão, pois, num mercado livre, qualquer produto é em si mesmo susceptível de ser exportado; e

CLXXXIX. A circunstância de um acionista ser um grupo multinacional e respectiva relevância para a concorrência no espaço europeu, diz algo apenas do accionista e não da participada, que por exemplo pode ela mesma ser uma empresa de muito pequena dimensão e sem actividade para além da cidade em que se encontra instalada!!

CXC. Pelo que as afirmações acima referidas nada dizem de concreto sobre a afetação do comércio no espaço da UE e ninguém – nem a AdC, nem o tribunal a quo - sequer mostrou interesse em saber qual o impacto das vendas da Recorrente a nível do comércio entre os Estados-Membros, ou inclusive se as realizou à sua



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

acionista multinacional e em que volume, viciando, por isso, o raciocínio do Tribunal, em especial quando afirma que: (i) “[o] acordo de fixação de preços mínimos de revenda (...) é susceptível de afectar o comércio entre Estados Membros, o que inclui o aumento das importações de outros Estados e a diminuição de exportações do nosso país”; e que (ii) os próprios descontos sobre sell out era uma política com potencial “efeito bloqueador”, “dificultando a penetração das empresas de outros Estados Membros no mercado nacional”.

CXCI. Essencial é, sim, determinar se, por força da existência de um acordo anti-concorrencial, a estrutura concorrencial do comércio na UE se desenvolveu, provavelmente, de forma diferente daquela que se teria desenvolvido, caso tal acordo não tivesse existido, análise que o Tribunal a quo não atendeu.

CXCII. Antes, escudou-se o Tribunal recorrido na afirmação redundante de que a infracção é por objecto e que, por isso, não se cura de saber mais nada para além do facto em si mesmo.

CXCIII. Tal como inclusivamente consta da sentença recorrida, Portugal é mínimo face aos maiores produtores de cerveja na UE e nada oscilou durante todo o período da prática dos factos.

CXCIV. Já para a análise do impacto da alegada conduta praticada pela Recorrente, para afirmar ser possível prever, “com grau de probabilidade suficiente”, que essa mesma prática influiu ou era suscetível de influir na estrutura concorrencial do comércio da UE, é necessário para essa afirmação ter em conta elementos objetivos de direito e de facto (e que o Tribunal recorrido não considerou).

CXCV. A avaliação deste critério “depende de uma série de fatores [que incluem a natureza do acordo ou da prática, a natureza dos produtos objeto do acordo ou prática e a posição e importância das empresas em causa] que, considerados individualmente, podem não ser decisivos”, sendo que tais fatores devem ser compreendidos “por referência ao quadro real em que o acordo se coloca”.

CXCVI. De salientar que o comércio intracomunitário não evoluiu de forma diferente relativamente àquela que seria a sua evolução exspectável, devido ao alegado comportamento da Recorrente, nem o contrário se afirma ou se provou nos autos, quando é certo que “[a] probabilidade um dado acordo produzir efeitos indirectos e potenciais deve ser explicada pela autoridade (...) Efeitos hipotéticos e especulativos não bastam para estabelecer a aplicabilidade do direito comunitário”.

CXCVII. E o tribunal a quo, secundando a AdC, mais não fez do que se alavancar na constatação de que uma qualquer prática que se traduza numa fixação de preços de revenda é problemática.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

CXCVIII. O Tribunal a quo não tem um único facto relativo à afectação do comércio e ao grau de probabilidade suficiente.

CXCIX. Com o devido respeito, a falta de concretização subjacente a afirmações absolutas da parte do tribunal a quo (“o certo é que”, “é quase”, “a esmagadora maioria”) é suficientemente ilustrativa do facto de, a montante, a AdC (secundada agora pelo tribunal a quo), não ter desempenhado o papel que lhe incumbia de demonstrar, real e concretamente, a suficiente probabilidade, com base em elementos de facto e de direito (não aduzidos), de que o alegado acordo restritivo da concorrência imputado à Recorrente impactava o comércio entre os Estados-Membros.

CC. Até porque, apesar de não se encontrar minimamente demonstrado ao longo da sentença recorrida ou da decisão final da AdC que a alegada prática afetou a totalidade do mercado nacional, o Tribunal a quo (e a AdC) nem sequer teve em consideração o que decorre das Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros, onde se pode ler que: “Os acordos verticais que cobrem a totalidade de um Estado-Membro podem, nomeadamente, afectar a estrutura do comércio entre os Estados-Membros no caso de dificultarem a penetração das empresas de outros Estados-Membros no mercado nacional em causa, quer através de exportações, quer através de estabelecimento (efeito de encerramento)”.

CCI. Ora, contrariamente ao que afirma o tribunal a quo, mesmo se estivéssemos perante a afetação da totalidade do mercado nacional (quod non), haveria de se demonstrar a existência de um “efeito de encerramento” do mercado, seja ao nível das exportações, seja ao nível das importações, ora também por referência à relevância do negócio da Recorrente no mercado europeu, o que manifestamente não foi feito e não resulta da sentença recorrida, padecendo esta de absoluta falta de fundamentação a este respeito.

CCII. Acresce que, contrariamente ao que afirma o tribunal a quo, nem sequer é possível, face à prova produzida ao longo do processo, afirmar que a alegada infração afetou todo o mercado nacional (sobre a fórmula utilizada pelo tribunal a quo, certamente consciente da insuficiência da prova, de “a esmagadora maioria do território nacional”, ou a “quase a globalidade de um Estado Membro”).

CCIII. Com efeito, não podia ter tomado o tribunal a quo a decisão que tomou, de direito, com a insuficiência grave ao nível da prova, pois a prova produzida e a matéria de facto dada como provada levaram precisamente a concluir que a alegada infração não se manifestou em todo o território nacional, sendo manifestamente abusiva a assimilação feita no sentido de “não foi em todo o território nacional, mas foi como se fosse”!!!

CCIV. O tribunal a quo, infelizmente, acudiu às insuficiências da AdC, como demonstra o facto de ter desconsiderado a importância (óbvia, evidente) das áreas, por exemplo, de Lisboa e Porto, que sempre estiveram fora



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

do sistema de distribuição, canal esse onde terá ocorrido a suposta infração, como se Portugal fosse o mesmo ou sequer equivalente com e sem as áreas das duas maiores cidades!!!

CCV. É que o Tribunal recorrido não esboçou qualquer balanço sobre o facto de as áreas relevantíssimas de Lisboa e Porto estarem fora do sistema de distribuição alvo do processo e o peso que têm em termos geográficos, de poder de compra e, em consequência, de vendas no total do universo das realizadas pela Recorrente.

CCVI. É facto notório e isento de prova de que não há qualquer mercado verdadeiramente nacional, em qualquer sector que seja, sem as duas principais metrópoles de Portugal...

CCVII. Para além de que, como resulta mesmo da pouca prova considerada na sentença, a conduta imputada aos Recorrentes não se estendeu à totalidade dos mercados portugueses de distribuição das diversas bebidas alegadamente objeto da referida conduta, mas apenas a um segmento (HORECA/on-trade) e excluindo deste as vendas ao Cash & Carry e as vendas directas da Recorrente Super Bock.

CCVIII. Por isso, a conduta em causa nos presentes autos não é suscetível de acionar qualquer presunção ilidível estabelecida pela prática decisória da UE; e

CCIX. Mesmo que a conduta em causa se estendesse à totalidade dos mercados portugueses para as diversas bebidas, quer em termos de segmentos de mercado, quer em termos de território, a presunção ilidível não seria aplicável, porquanto se refere exclusivamente a condutas horizontais (conforme se extrai das Orientações da Comissão sobre Afetação do Comércio entre os Estados-Membros referem essa presunção apenas no Capítulo 3.2.1., intitulado Cartéis que cobrem um Único Estado-Membro) ou a condutas que, pela sua própria natureza, são suscetíveis de ter um efeito de encerramento de mercado, tais como obrigações de exclusividade de compra, obstrução de importações paralelas e de proteção territorial absoluta.

CCX. Nenhum destes casos se refere a uma conduta de natureza similar à que foi objeto da decisão recorrida, de alegada fixação vertical individual de preços de revenda, que, na falta de qualquer obrigação de exclusividade de compra, não restringe a concorrência inter-marca e não é suscetível de ter efeitos de encerramento de mercado!

CCXI. Na verdade, e mesmo nessa situação hipotética, a extensão da conduta da Recorrente à totalidade dos mercados portugueses das várias bebidas abrangidas (quod non) seria, mesmo assim, apenas um dos fatores a ter em conta na análise a fazer; e apenas se tivesse sido explicado de que forma a extensão da conduta em causa poderia sustentar a conclusão de uma afetação do comércio entre os Estados-Membros.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

CCXII. Por fim, saliente-se, que as orientações sobre afetação do comércio não consagram qualquer natureza sensível per se ao nível das restrições por objeto,

CCXIII. Sendo que, na ausência de qualquer natureza sensível per se ou de qualquer presunção positiva de natureza sensível, não consta dos autos qualquer facto demonstrativo do grau de probabilidade séria de afetação sensível do comércio entre Estados-Membros).

CCXIV. Resulta, assim, do exposto que não se concretizou, nem se demonstrou minimamente de que forma a conduta imputada à Recorrente teria afetado, de forma sensível, o comércio entre Estados-Membros no que diz respeito a todas as bebidas distribuídas pela Recorrente e abrangidas pela Decisão da AdC durante todo o período da alegada infração,

CCXV. Sendo claramente insuficiente o tribunal a quo concluir a este propósito que “poderá ser suficiente para, por si só, dificultar a penetração no mercado de concorrentes de outros Estados Membros no mercado nacional”, após ter enunciado para este efeito, tão somente, (i) a posição da Recorrente Super Bock no mercado em Portugal, (ii) o seu volume de negócios e (iii) que esta cometeu uma infração por objeto, como se de uma simples análise à escala nacional se tratasse.

CCXVI. O que importa reter é, assim, a clara inaplicabilidade do artº. 101.º do TFUE à conduta encetada pela Recorrente por falta de suscetibilidade de afetação sensível do comércio entre Estados-Membros.

**V - DA DETERMINAÇÃO DA MEDIDA DA COIMA**

CCXVII. No que diz respeito à sanção a aplicar aos Recorrentes, o Tribunal a quo decidiu manter a coima de € 24.000.000,00 aplicada à Recorrente Super Bock, a coima de € 12.000,00 aplicada a [REDACTED] e a coima de € 8.000,00 aplicada a [REDACTED];

CCXVIII. Para tanto, o Tribunal a quo julgou constitucionais os critérios de determinação da medida da coima expressamente previstos nos artºs. 69º., nºs. 2 e 4 da LdC e considerou (simplesmente) como adequadas as coimas concretamente aplicadas aos aqui Recorrentes;

CCXIX. Também aqui o Tribunal a quo incorreu num clamoroso erro de julgamento, porquanto os critérios de determinação dos limites máximos da coima a aplicar por infrações às regras da concorrência previstos nos artº. 69º., nºs. 2 e 4, encontram-se feridos de inconstitucionalidade, pois a definição da moldura legal da coima, ao estribar-se num dado atinente à atividade negocial do infrator, reflete uma construção do direito sancionatório mais próxima de um direito sancionatório do agente do que da conduta, o que não se pode, de todo, aceitar;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

CCXX. Os referidos critérios revelam-se desadequados para avaliar o desvalor associado ao tipo de ilícito que se sanciona, pois tal significaria que esse desvalor não estaria associado à conduta concreta que se condena, mas ao agente que a praticou;

CCXXI. Pelo que, a opção legal vertida nos preceitos em exame colide com as exigências basilares de um Estado de Direito Democrático, que pressupõe uma ideia de respeito pela dignidade da pessoa humana e de proteção da confiança, no sentido de segurança, certeza e previsibilidade da ordem jurídica, consubstanciando, por isso, uma violação do artº. 2.º da CRP, norma que vem conferir dignidade constitucional a um padrão de ordenação baseado no Estado de Direito Democrático;

CCXXII. E, não se diga que aqueles critérios se estribam no desvalor da conduta no mercado afetado pela infração, tendo por base a relevância expectável da infração na capacidade económica da infratora e o peso relativo na infração, pois os critérios fixados nos artº. 69º., nºs. 2 e 4, da LdC, não têm qualquer tipo de conexão com o suposto desvalor da conduta no mercado ou com a relevância expectável da infração,

CCXXIII. Pois, desde logo, o exercício económico a ter em conta para efeitos de determinação do limite máximo da coima abstratamente aplicável não corresponde ao do período em que se verificou a infração, mas sim ao ano económico que precede a decisão da AdC,

CCXXIV. Situação esta que leva à total desconsideração, quer dos efeitos da conduta no mercado, quer das vantagens que o agente possa ter obtido, em resultado do desfasamento temporal entre o momento da prática da infração e o momento da punição;

CCXXV. Por outro, os critérios os critérios para aferição dos limites máximos da coima abstratamente aplicáveis pela prática das contraordenações previstas no artº. 68º., nº. 1, alíneas a) a g), da LdC, apresentam uma amplitude e indeterminabilidade tais que não permitem aos respetivos destinatários tomar consciência da medida da pena que abstratamente lhes poderá ser aplicada, dado que não é possível que os agentes possam saber, à data da prática dos factos, quais os concretos valores que possam vir a auferir no futuro e que poderão vir a ser utilizados para o cálculo do limite máximo da coima abstratamente aplicável,

CCXXVI. Sendo, por isso, violador do princípio da natureza temporária, limitada e definida das penas, expressamente previsto no artº. 30º., nº. 1, da CRP;

CCXXVII. Apesar de o elemento literal do referido preceito constitucional abranger somente as penas privativas ou restritivas da liberdade, é, de acordo com a jurisprudência uniforme do Tribunal Constitucional, igualmente



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

aplicável aos processos de contraordenação sempre que, tal como sucede no caso sub judice, tais penas se traduzam numa amputação e restrição, de modo perpétuo ou indefinido, da esfera jurídica das pessoas singulares ou coletivas;

CCXXVIII. Com efeito, o princípio da tipicidade tem por finalidade possibilitar ao destinatário da norma ter conhecimento do comportamento efetivamente proibido ou imposto, impedindo o legislador de utilizar fórmulas vagas na descrição dos tipos legais de crime ou contraordenação, ou de prever penas indefinidas ou com uma moldura penal de tal modo ampla que torne indeterminável a pena a aplicar em concreto;

CCXXIX. A aplicação dos critérios legais previstos no artº. 69º., nºs. 2 e 4, da LdC impacta também com o princípio da igualdade, na medida em que conduz, para ilícitos valorados identicamente, a molduras abstratas da coima distintas, violando, assim, o disposto no artº 13.º da CRP, na sua modalidade de igualdade na aplicação do direito;

CCXXX. Não se compreende, por isso, que o legislador venha prescrever diferentes molduras abstratas da coima para a mesma infração, em função do maior ou menor volume de negócios, da maior ou menor remuneração auferida, devendo tais considerações, exclusiva e necessariamente, ser refletidas num exercício de determinação concreta da sanção aplicável, mas nunca na determinação da moldura legal,

CCXXXI. O princípio da igualdade, previsto no artº. 13º., da CRP, impõe que o legislador fixe uma determinada moldura penal, mais ou menos ampla, igual para todos os casos subsumíveis ao mesmo preceito legal, que deverá refletir o desvalor jurídico associado à conduta sancionada e dentro de cujos limites deve a pena ser fixada, pelo que apenas neste segundo momento poderão ser tidas em conta as circunstâncias atinentes à específica situação do agente, podendo a pena ser aumentada ou reduzida em face das circunstâncias atenuantes e/ou agravantes que no caso se suscitem, por forma a garantir que a pena a determinar seja o reflexo da medida da culpa;

CCXXXII. De onde facilmente se conclui que os critérios de determinação da pena, fixados nos artº. 69º., nºs. 2 e 4, da LdC, não são idóneos a refletir o verdadeiro desvalor da conduta sancionada e a assegurar o efetivo cumprimento do princípio da igualdade expressamente previsto no artº. 13º. da CRP;

CCXXXIII. Para fundamentar a conformidade dos critérios de determinação do montante máximo da coima abstratamente aplicável com o princípio da proporcionalidade, o Tribunal a quo afirma que (i) os juízos de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade se encontram reservados para os casos de manifesta excessividade, (ii) a intensidade do princípio da proporcionalidade é menor no direito contraordenacional do que no direito penal, na medida em que no âmbito do processo de contraordenação não se coloca a possibilidade de imposição de penas restritivas da liberdade; e (iii) que o referido critério não se mostra desajustado em face das finalidades prosseguidas em geral pelo legislador no domínio contraordenacional e, em particular, pelas exigências de proteção da concorrência;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

CCXXXIV. Á luz do disposto no artº. 18º., nº. 2, da CRP, o princípio da proporcionalidade comporta três subprincípios distintos: (i) necessidade, (ii) adequação e (iii) racionalidade,

CCXXXV. Sendo que, no caso sub judice, verifica-se uma situação de manifesta desproporção entre o montante máximo da pena abstratamente aplicável e os objetivos de prevenção geral e especial negativa que o mencionado preceito legal visa alcançar, na medida em que a aplicação de uma coima correspondente a 10% do volume de negócios verificado ou dos rendimentos auferidos é suscetível de colocar em crise o núcleo essencial do direito fundamental restringido, afetando, não só a condição financeira dos visados e a sua respetiva subsistência, como também o desenvolvimento da respetiva atividade comercial;

CCXXXVI. A garantia do conteúdo essencial consubstancia uma última barreira de defesa dos direitos, liberdades e garantias, delimitando um núcleo que, em caso algum, poderá ser desrespeitado, não sendo, por isso, de aceitar o entendimento sufragado na decisão recorrida, no sentido de que apenas a ameaça de aplicação de uma coima de montante correspondente a 10% do volume de negócio ou do rendimento obtido no ano que precede a decisão da AdC permite garantir o cumprimento das normas de defesa da concorrência e, conseqüentemente, as exigências de prevenção geral e especial que as mesmas impõem;

CCXXXVII. Por outro lado, quanto ao argumento da menor intensidade do princípio da proporcionalidade no direito contraordenacional em face do direito penal, dada a impossibilidade de imposição de penas restritivas da liberdade, sempre se dirá que, apesar de o mesmo poder, em abstrato, ser válido no caso das infrações praticadas por pessoas singulares, tal já não se verifica para o caso das pessoas coletivas, que, por natureza, não se encontram sujeitas a medidas privativas da liberdade, sendo as infrações criminais por si praticadas, por intermédio dos seus legais representantes ou de pessoas que ocupem posição de liderança, sancionadas, precisamente, com a afetação do seu património através da necessária convalidação das penas de prisão em penas de multa;

CCXXXVIII. De onde decorre que a aplicação do critério fixado no artº. 69º., nº. 2, da LdC, para determinação do limite máximo da pena abstratamente aplicável por violação das regras da concorrência permite que uma pessoa coletiva possa ser mais gravemente sancionada no âmbito do processo de contraordenação, por violação das regras de concorrência, do que no processo criminal em que, por definição, estão em causa infrações cujo desvalor jurídico é superior e relativamente às quais são mais fortes as exigências de prevenção geral e especial;

CCXXXIX. Por sua vez, no que ao princípio da legalidade diz respeito, o Tribunal a quo considerou que a moldura da coima abstratamente aplicável ao caso dos autos, por força do disposto no artº. 69º., nºs. 2 e 4, da LdC, não consubstancia uma pena indeterminável,



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

CCXL. Contudo, salvo o devido respeito, é igualmente de concluir pela violação de tal princípio constitucional quando a moldura da pena seja apenas desmesuradamente ampla;

CCXLI. Na verdade, da aplicação do disposto no artº. 69º., nºs. 2 e 4, da LdC, resulta, em face dos elementos juntos aos autos, a possibilidade de ser aplicada uma coima máxima à Recorrente Super Bock de € 3,74 a € 39.775.178,80;

CCXLII. O que exprime a inconstitucionalidade da norma legal, em virtude da amplitude manifestamente exagerada do critério de determinação do montante máximo da coima abstratamente aplicável;

CCXLIII. Com efeito, com a composição de molduras com margens de tal maneira afastadas, o legislador quase prescinde de realizar a demarcação legal da sanção, refletindo-se, assim, numa sobrevalorização absurda do princípio da culpa em detrimento do princípio da legalidade, verificando-se uma transferência de competências para o aplicador do Direito que prejudica as exigências basilares de previsibilidade nesta matéria, pelo que nenhuma expectativa quanto à sanção aplicável emerge de uma moldura abstrata naqueles termos definida;

CCXLIV. Nesta conformidade, entendem os Recorrentes que o princípio da legalidade se encontra debilitado, privando-se o agente de qualquer segurança na determinação da sanção e mesmo que assim se não entendesse, sempre a especial configuração das infrações anticoncorrenciais enquanto ilícitos contraordenacionais levaria a concluir pela inadmissibilidade de tais molduras;

CCXLV. Não basta, para reverter a insegurança detetada, que sobre tão larga moldura se façam incidir os fatores de determinação concreta da medida da coima contidos no artº. 69º., nº. 1, da LdC;

CCXLVI. Ainda assim, o Tribunal a quo considerou que, mesmo numa moldura abrangente, a coima máxima abstratamente aplicável é determinável em consequência do volume de negócios efetivamente considerado, mas não basta que exista um critério de determinação da coima máxima abstratamente aplicável assente em critérios objetivos e pré-determinados para que daí se possa concluir, sem mais, pela observância do princípio da legalidade;

CCXLVII. Pois o princípio da tipicidade pressupõe, por um lado, (i) uma suficiente especificação da infração sancionada, quer se trate de um crime, quer de um ilícito contraordenacional, tornando ilegítimas as definições vagas ou insuscetíveis de delimitação e, por outro, (ii) a inequívoca determinação de qual o tipo de sanção e o quantum que cabe a cada infração,

CCXLVIII. Assim, radicando o fundamento do princípio da legalidade na segurança jurídica e, em especial, na segurança do indivíduo frente ao Estado, que se traduz no direito de não ser afetado nos seus direitos fundamentais



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

senão na estrita medida exigida por lei à realização dos fins do Estado, mas, também, em motivos de natureza jurídico-política, que pretende atribuir à pena uma função de prevenção geral negativa ou dissuasora,

CCXLIX. É necessário que no momento da prática da infração, seja possível ao destinatário da norma poder apurar com plena certeza o concreto desvalor associado à conduta sancionada e a medida máxima da pena que lhe poderá vir a ser abstratamente aplicável,

CCL. O que não se afigura possível através da aplicação dos critérios definidos no artº. 69º., nºs. 2 e 4, da LdC, uma vez que os referidos normativos legais atendem, para efeitos de determinação da medida da pena a uma situação que, para além de não ter qualquer conexão com a infração em causa, apenas se verificará em momento muito ulterior à sua verificação;

CCLI. Sendo, por isso, forçoso concluir que os critérios fixados no artº. 69º., nºs. 2 e 4, da LdC consubstanciam critérios absolutamente genéricos que não permitem dar resposta às exigências de segurança jurídica e de prevenção geral e especial que no caso se impõem, pois que não permitem que os destinatários das normas possam, à data da prática dos factos, tomar consciência da medida da pena que abstratamente lhes poderá ser aplicada e que, no caso da aqui Recorrente, uma vez mais se diga, varia entre € 3,74 e € 39.775.178,80;

CCLII. Em face do exposto, a norma em exame – artº. 69º., nºs. 2 e 4, da LdC – encontra-se viciada de inconstitucionalidade, ofendendo, designadamente, o princípio da legalidade, acolhido no artº. 29º., nºs. 1 e 3, e no artº. 30º., nº. 1, do texto constitucional e o princípio da separação de poderes acolhidos no artº. 111º., nº. 1, mesmo diploma fundamental;

CCLIII. Deste modo, andou mal o Tribunal a quo, quer ao não declarar a inconstitucionalidade do disposto no artº. 69º., nºs. 2 e 4, da LdC, quer ao proceder à aplicação ao caso sub judice dos referidos normativos legais, pois que deveria antes ter procedido à aplicação do artº. 17º., do RGCCO, ao caso dos autos, atenta a remissão efetuada pelo artº. 13º., nº. 1, da LdC;

CCLIV. Sem prescindir de tudo quanto foi supra exposto e, em particular, quanto à licitude da conduta adotada pelos Recorrentes, saliente-se que o Tribunal a quo, apesar de ter reduzido o âmbito geográfico e sectorial da infração em causa nos autos, ainda assim decidiu manter as coimas impostas aos Recorrentes na decisão da AdC, impondo, no caso da Recorrente, uma coima correspondente a 6,03% do volume de negócio relativo ao exercício económico de 2018,

CCLV. Desconsiderando, por completo, a alteração da matéria de facto dada como provada relativamente àquela que fundamentou a decisão proferida pela AdC, situação que, em qualquer caso, teria sempre de servir como



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

circunstância atenuante, impondo, por isso, a aplicação aos Recorrentes, sempre e em qualquer caso, de coimas muitíssimo mais baixas do que aquelas que foram fixadas na decisão da AdC, o que paradoxalmente não se verificou!

CCLVI. De entre os critérios legais do artº. 69º., nº. 2, da LdC, o Tribunal a quo apenas teve em conta a presunção legal da gravidade da infração para afetação da concorrência e a sua suposta duração, ignorando, por completo, as circunstâncias atenuantes (i) de diminuição do âmbito geográfico da infração, (ii) de diminuição do âmbito sectorial, (iii) de inexistência de qualquer prova quanto à verificação de quaisquer benefícios para os Recorrentes, (iv) de adopção de medidas quando tomou conhecimento do procedimento de contraordenação em apreço e (v) à inexistência de qualquer prova quanto a uma efetiva distorção da concorrência;

CCLVII. Na decisão recorrida, o Tribunal a quo deu como provado que, contrariamente ao que decorria da decisão da AdC, a infração não incidiu sobre a totalidade do território nacional, excluindo, assim, as áreas de Lisboa, Porto, Madeira, Coimbra (até 2013) e as Ilhas do Pico e do Faial (desde 2014), sendo algumas daquelas áreas as de maior concentração populacional, com mais visitantes, com mais estabelecimentos abastecidos pela rede de distribuição e com maior poder de compra e níveis de consumo;

CCLVIII. Na verdade, o Tribunal a quo deveria ter atendido à representatividade populacional das regiões excluídas do âmbito de atuação dos distribuidores e, com base nisso, ter procedido a uma redução muito mais que proporcional da coima a aplicar aos Recorrentes, com base no critério da dimensão do mercado afetado pela infração;

CCLIX. E, ainda que se pudesse afirmar que a referida prática abrangeu todo o território português – o que, reitera-se, não se verificou –, a mesma nunca seria idónea a afetar o mercado da União Europeia, à luz do artº. 101º., do TFUE, pois que a afetação do atenta a irrelevância do mercado nacional no mercado ibérico e, sobretudo, europeu, pois que conforme reconhece o Tribunal a quo, o mercado nacional representa menos de 2% dos produtos produzidos pelos 28 países da União Europeia – cfr. ponto 135 dos factos provados;

CCLX. Por isso, inversamente ao que se encontra vertido na decisão recorrida, não se verifica in casu qualquer violação do artº. 101º., nº. 1, alínea a), do TFUE, o que acarreta uma alteração substancial das exigências de prevenção geral negativa que no caso sub judice se fazem sentir, pelo que, também por este motivo, deveria o Tribunal a quo ter procedido à redução das coimas concretamente aplicadas aos Recorrentes;

CCLXI. Por fim, no que a este específico ponto concerne, não se poderá deixar de salientar que, além da redução do âmbito geográfico (nacional e intracomunitário) da infração, o Tribunal a quo considerou, igualmente, que a infração que vem imputada aos Recorrentes não abrangeu a totalidade dos segmentos que integram o canal on trade,



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

CCLXII. Tendo excluído do âmbito da infração os postos de venda e o mercado de cash and carry, reconduzindo, assim, a conduta dos Recorrentes apenas a uma (suposta) (i) imposição de preços (ii) aos distribuidores independentes (iii) do canal HoReCa,

CCLXIII. Pelo que, o volume de negócio relacionado com a suposta infração é manifestamente inferior ao que foi tido em conta pela AdC aquando da determinação da medida da pena e, conseqüentemente, ao considerado pelo Tribunal na sua manutenção;

CCLXIV. Apesar disso, o Tribunal a quo não extraiu daí qualquer consequência quanto ao montante das coimas aplicadas, bastando-se com a sua qualificação de “adequadas”, desconsiderando que o montante das coimas havia sido fixado pela AdC com base em pressupostos factuais diferentes, por mais amplos, na sua extensão;

CCLXV. O que corresponde a um agravamento da pena, pois, apesar da diminuição dos factos suscetíveis de integrar a conduta contraordenacional e sua respetiva abrangência, o Tribunal a quo mantém o mesmo nível sancionatório, associando, por isso, à prática em causa um desvalor jurídico mais acentuado;

CCLXVI. Na verdade e em resumo, há a considerar que, por comparação com a condenação pela AdC, não ficou provada (i) a fixação e imposição direta de preços de venda ao público (PVP), indicativamente identificados como mais de 60.000; (ii) o controlo e a monitorização dos preços, tendo os Recorrentes sido absolvidos nesta parte; (iii) a fixação e imposição direta de preços de venda ao público (PVP) nos Cash & Carry, nem o controlo e monitorização dos preços, tendo os Recorrentes sido absolvidos nesta parte, (iv) a fixação unilateral dos objetivos anuais aos distribuidores, (v) nem que a Recorrente Super Bock efectuasse a denúncia de contratos de distribuição como forma de retaliação por tais objetivos não serem cumpridos, tendo ficado antes provado que objetivos eram com os Distribuidores;

CCLXVII. Ou seja, “caíram”, entre outras, as duas infrações mais graves - pois seriam susceptíveis de afetar diretamente o mercado - e o Tribunal manteve a condenação dos Recorridos nos mesmos termos.

CCLXVIII. Simplesmente inacreditável.

CCLXIX. Assim, se já se verificava que a decisão da AdC era violadora do princípio da proporcionalidade, previsto no artº. 18º., nº. 2, da CRP, tal violação é ainda mais evidente na decisão recorrida, porquanto o Tribunal a quo, apesar de partir de pressupostos menos gravosos, mantém a final as coimas aplicadas pela AdC;

CCLXX. Acresce que relativamente aos benefícios decorrentes da infração, o Tribunal a quo não logra proceder à sua identificação ou quantificação;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

CCLXXI. Mas afirma a duração da suposta infração e o acatamento generalizado das determinações da Recorrente para, com base nisso e em manifesta contradição, concluir pela existência de vantagens para a Recorrente;

CCLXXII. Não sendo esta conclusão mais não do que uma mera presunção do Tribunal a quo sem premissas para a retirar, pois que, qualificando a conduta que vem imputada aos Recorrentes como uma infração por objeto, simplesmente se eximiu de analisar os concretos efeitos no mercado;

CCLXXIII. Pelo que não poderia o Tribunal a quo introduzir o parâmetro em causa para efeitos de determinação da medida da coima a aplicar aos Recorrentes, verificando-se (mais) um erro de julgamento a esse respeito;

CCLXXIV. Recorrente adotou e fez circular internamente um manual de compliance de procedimentos tendentes a uma postura concorrencial de acordo com as diretrizes legais e regulamentares e, por outro, após 2017, tem vindo a promover diversas ações de formação juntos dos seus colaboradores sobre o domínio do Direito da Concorrência, com o objetivo de consciencializar e fortificar uma cultura interna pró-concorrencial; e

CCLXXV. Quanto aos Recorrentes [REDACTED] e [REDACTED], resulta do ponto 133 dos factos provados que os mesmos foram determinantes para a alteração do modelo de negócio da Recorrente, no que se reporta aos descontos concedidos sobre sell out, não tendo o Tribunal a quo, no entanto, retirado dos mesmos qualquer efeito para determinação da concreta medida da pena a aplicar e, em particular, para a redução das coimas fixadas na decisão da AdC;

CCLXXVI. No caso dos autos, resulta, ainda, que, após ter tomado conhecimento da pendência dos presentes autos de contraordenação, a Recorrente Super Bock encetou todos os esforços no sentido de dotar os seus funcionários dos conhecimentos necessários ao escrupuloso cumprimento das normas de direito da concorrência, pretendendo, com isso, garantir a não verificação futura de qualquer prática que, em abstrato, pudesse ser suscetível de ser configurada como violadora das normas de direito da concorrência,

CCLXXVII. Pelo que não faz sentido a afirmação efetuada pelo Tribunal a quo de que “não resulta dos factos provados que os Recorrentes tenham adotado qualquer comportamento tendente à eliminação das práticas proibidas”, pois que tal afirmação é manifestamente contraditória com a matéria de facto dada como provada e a que supra se fez referência,

CCLXXVIII. O Tribunal a quo deveria ter concluído que são manifestamente reduzidas as exigências de prevenção especial negativa que se fazem sentir no caso dos autos e, conseqüentemente, deveria ter procedido à redução das coimas concretamente aplicadas aos Recorrentes;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

CCLXXIX. Não o tendo feito, o Tribunal a quo incorreu num flagrante erro de julgamento, violando o princípio da proporcionalidade expressamente consagrado no artº. 18º., nº. 2, da CRP;

CCLXXX. Acresce que não se conhecem quaisquer antecedentes contraordenacionais aos Recorrentes, o que apesar de ter sido expressamente salientado pelo Tribunal a quo aquando da análise dos critérios de determinação da medida da coima, não foi corretamente ponderado;

CCLXXXI. A conduta anterior e posterior do agente assume um papel essencial, razão pela qual o artº. 69º., nº. 1, alínea h), da LdC, impõe a sua análise para efeitos de determinação da concreta medida da pena a aplicar, impondo, por isso, que uma determinada conduta seja mais severamente punida quando se verifique a existência de uma repetição na adoção do comportamento legalmente sancionado e qualificado como ilícito de mera ordenação social, em virtude de se considerar que existe um maior grau de culpa do agente e, igualmente, quando exista um maior risco de reincidência por parte do agente no cometimento da infração concretamente sancionada;

CCLXXXII. No caso sub judice, o Tribunal a quo, apesar de ter salientado a inexistência de quaisquer antecedentes contraordenacionais dos Recorrentes, ainda assim, manteve as coimas aplicadas na decisão da AdC, desconsiderando que, aquando da prolação da decisão administrativa – e apesar de tal ter sido negado pela Recorrida –, os processos contraordenacionais identificados nos pontos 141 a 143 dos factos provados foram expressamente tidos em conta para efeitos de fixação da coima;

CCLXXXIII. Deste modo, em face de tal evidência e da impossibilidade de tais processos poderem ser tidos como antecedentes contraordenacionais – dado que não consubstanciam qualquer condenação pela prática de um ilícito contraordenacional –, o Tribunal a quo podia, e devia, em qualquer caso, ter procedido à redução muito substancial das coimas aplicadas aos Recorrentes; mas bastou-se em as considerar “adequadas”, mantendo-as acriticamente;

CCLXXXIV. Termos em que, o Tribunal a quo, para além de ter violado o disposto no artº. 69º., nº. 1, alínea f), da LdC, violou igualmente os princípios da necessidade, proibição de excesso e proporcionalidade das sanções, expressamente previstos no artº. 18º., nº. 2, da CRP;

CCLXXXV. Por sua vez, quanto ao grau de participação dos Recorrentes na infração, os concretos pontos da matéria de facto provada em que o Tribunal a quo se apoia para extrair a conclusão, quer quanto ao elevado grau de participação dos Recorrentes na infração, quer quanto à existência de dolo e consequente consciência da ilicitude da conduta, assentam, fundamentalmente, em juízos conclusivos extraídos pelo próprio Tribunal,

CCLXXXVI. Além destes juízos conclusivos, verifica-se que a matéria de facto provada assenta, de igual modo, numa imputação genérica de fixação de preços e adoção de métodos de retaliação, sem que o Tribunal a quo tenha



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

procedido a uma individualização dos concretos factos imputados ao longo do período em que considerou verificada a infração;

CCLXXXVII. Estes supostos factos não poderiam, pura e simplesmente, constar da decisão quanto à matéria de facto, pois que consubstanciam afirmações de natureza conclusiva que se inserem na análise das questões jurídicas a decidir, pelo que os mesmos terão de ser considerados como não escritos e, conseqüentemente, não podem ser objeto de qualquer valoração,

CCLXXXVIII. Verificando-se, pois, um vício decisório que impossibilita a tomada em consideração dos “factos” elencados nos pontos 73, 74, 82, 84, 87, 104, 105 e 113, 114, 147 e 148 dos factos provados;

CCLXXXIX. coima de de € 24.000.000,00 aplicada à Recorrente, corresponde a 6,03% do volume total de negócio verificado no ano de 2018, e a uma percentagem de 60,34% da coima máxima abstratamente aplicável, por força do disposto no artº. 69º., nº. 2, da LdC,

CCXC. Valor este manifestamente superior ao que tem sido aplicado a nível nacional e internacional pela prática de infrações idênticas à que vem imputada aos Recorrentes, como também pela prática de infrações que, por natureza, assumem uma gravidade substancialmente mais elevada do que aquela que está em causa nos presentes autos;

CCXCI. De onde facilmente se conclui pela manifesta desproporcionalidade da coima em face da experiência verificada, sendo certo que está em causa – nestes autos e naqueloutros – a aplicação de normas de direito comunitário e aplicação de regras nacionais interpretadas conforme o direito comunitário, o que convoca uma harmonização não só das normas, mas também dos procedimentos e das decisões;

CCXCII. E, no que se refere aos Recorrentes [REDACTED] e [REDACTED], as coimas aplicadas pelo Tribunal a quo estão também exageradíssimas;

CCXCIII. Na verdade, no caso do Recorrente [REDACTED], a condenação abrange um período inferior a 3 anos, pelo que, se tivermos em consideração o valor da remuneração, o tempo da prática e a residualidade da alegada participação na infração, facilmente se conclui pela desproporcionalidade da aplicação de uma coima no valor de € 12.000,00, correspondente a [REDACTED]%, da remuneração anual auferida em 2017,

CCXCIV. E igual conclusão se terá de extrair relativamente ao Recorrente [REDACTED], a quem foi aplicada uma coima correspondente a € 8.000,00, correspondente a [REDACTED]% do rendimento anual auferido em 2016,



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

CCXCV. Ainda para mais se se tiver em atenção que, conforme refere o Tribunal a quo, o Recorrente [REDACTED] teve um papel preponderante na alteração das políticas comerciais e, em particular, na alteração dos descontos sobre o sell out.

CCXCVI. Termos em que, caso o Tribunal a quo venha a considerar verificada uma infração ao disposto nos art.ºs 9.º, n.º 1, alínea a), da LdC, e ao art.º 101.º, n.º 1, alínea a), do TFUE – o que não se concede - sempre as coimas fixadas terão de ser substancialmente reduzidas.

CCXCVII. que respeita ao conceito de correspondência, inclui a correspondência eletrónica, aberta ou fechada, enviada ou recebida através do computador ou da caixa de correio profissional, sendo inconstitucional o art.º 18.º, n.º 1, alínea c), e o art.º 20.º, n.º 1, ambos da Lei da Concorrência (LdC), o art.º 42.º, n.º 1, do Regime Geral das Contra Ordenações (RGCO) e o art.º 126.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (CPP), quando interpretados no sentido de que a proteção constitucional segundo a qual a correspondência eletrónica, aberta ou fechada, enviada ou recebida através do computador ou da caixa de correio profissional, não está protegida pela garantia da inviolabilidade da correspondência, por violação do disposto no art.º 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP, por violação das garantias do processo criminal aplicáveis a um processo de contraordenação concorrencial consagradas no art.º 32.º da CRP, especialmente no seu n.º 8, por violação do disposto no art.º 12.º, n.º 2, da CRP, por violação do direito de iniciativa económica previsto no art.º 61.º, n.º 1, da CRP, e do direito à propriedade previsto no art.º 62.º da CRP, e, ainda, por violação do art.º 18.º da CRP, inconstitucionalidade que aqui expressamente se argui para todos os efeitos legais; e

Em consequência,

a) deverá ser judicialmente declarado que a prova digital que integra estes autos é prova proibida e, por isso, insuscetível de qualquer valoração processual, em face da inadmissibilidade legal de apreensão de correspondência eletrónica num processo contraordenacional, nos termos do disposto no art.º 42.º do RGCO e no art.º 34.º, n.º 4, no art.º 32.º, n.ºs 2, 4 e 8, no art.º 18.º e no art.º 26.º, n.º 1, todos da CRP, por apenas se admitir as buscas a correspondência em processo criminal, sendo inconstitucional o disposto no art.º 18.º, n.º 1, alínea c), e no art.º 20.º da LdC e no art.º 42.º do RGCO, por violação do art.º 34.º, n.º 4, no art.º 32.º, n.ºs 2, 4 e 8, no art.º 18.º e no art.º 26.º, n.º 1, todos da CRP, quando interpretado no sentido de permitir a busca a correspondência eletrónica (aberta ou fechada) em processos contraordenacionais;

b) deverá ser declarado que é nulo o despacho do Ministério Público que determinou buscas e apreensões de correspondência nas instalações da Recorrente (ainda que de mensagens de correio eletrónico abertas), que pertencia à competência exclusiva do juiz de instrução criminal, nos termos do disposto nos art.ºs 179.º, 269.º, n.º 1, alínea d), ambos do CPP, e do art.º 17.º da Lei do Cibercrime, e proibida a prova obtida em resultado desse mesmo ato, nos termos do art.º 42.º, n.º 1, do RGCO, por remissão do art.º 13.º, n.º 1, da Lei da Concorrência e do disposto no art.º 17.º da Lei do Cibercrime, nos art.ºs 179.º, n.º 1, e 268.º, n.º 1, alínea d), 269.º, n.º 1, alínea d), todos do CPP (todas, disposições da Lei do Cibercrime e do Código de Processo Penal, aplicáveis ex vi art.º 41.º do RGCO), e, ainda, no art.º 34.º, n.ºs 1 e 4 da CRP, sendo inconstitucional o art.º 18.º, n.º 2, e o art.º 20.º da LdC, por violação do art.º 32.º, n.º 4, do art.º 18.º e do art.º



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

20.º da CRP, quando interpretados no sentido de permitir a busca a correspondência eletrónica (aberta ou fechada) sem prévia autorização de juiz de instrução.

CCXCVIII. A sentença objecto padece de erros, insuficiências e contradições insanáveis no que concerne à fundamentação de facto acolhida, que se arguem nos termos do disposto no artº. 410.º, n.º 2, do CPP (aplicável ex vi artº. 41.º do RGCO), o que determina o reenvio do processo para novo julgamento pelo tribunal a quo, nos termos dos artºs 426.º e 426.º-A do CPP;

CCXCIX. O procedimento encontra-se prescrito respeitante a factos cuja verificação anteceda 9 de agosto de 2013, considerando que a infração em causa não constitui uma infração permanente, designadamente, por entender o Tribunal a quo que se trata de uma infração por objeto, violando-se o disposto no artº. 9.º da LdC, 101.º do TFUE e o artº. 25.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, ou caso assim não se entenda, por se entender verificada alguma das causas de suspensão ou interrupção do prazo legalmente fixado, ao efeito prescriptivo produzido decorridos sete anos e meio da prática dos factos, violando-se o disposto no artº. 74.º, n.º 8, da LdC.

CCC. O Tribunal a quo incorreu em erro de julgamento e, conseqüentemente, em violação do artº. 9.º da LdC, do 101.º do TFUE e dos artºs. 4.º e 5.º do Regulamento (UE) n.º 330/2010, ao considerar que (i) se verifica uma fixação direta e indireta de preços mínimos e médios mínimos aos distribuidores; (ii) se verifica o elemento do tipo “acordo”; (iii) que a fixação direta e indireta de preços mínimos e médios mínimos aos distribuidores é, per se, uma infração por objeto, não sendo em consequência necessário demonstrar o grau suficiente de nocividade do acordo; e (iv) a infração imputada aos Recorrentes afetaria o comércio entres os Estados Membros da União Europeia.

CCCI. O Tribunal a quo erra ainda na determinação da medida da coima, considerando que

a) os critérios de determinação da pena, fixados nos artº. 69º., n.ºs. 2 e 4, da LdC, não são idóneos a refletir o verdadeiro desvalor da conduta sancionada e a assegurar o efetivo cumprimento do princípio da igualdade expressamente previsto no artº. 13º. da CRP, sendo em consequência a inconstitucional o artº. 69º., n.ºs. 2 e 4, da LdC, quanto ao critério de fixação da medida da coima, por violação do disposto no artº. 13º. da CRP;

b) se mostra excessiva a moldura da pena aplicável ao caso dos autos, por força do disposto no artº. 69º., n.ºs. 2 e 4, da LdC, violando o princípio da proporcionalidade;

c) a coima prevista no artº. 69º., n.ºs. 2 e 4, da LdC, é substancialmente indeterminável, encontrando-se viciada de inconstitucionalidade, por ofender, designadamente, o princípio da legalidade, acolhido no artº. 29.º, n.ºs. 1 e 3, e no artº. 30.º, n.º 1, do texto constitucional e o princípio da separação de poderes acolhidos no artº. 111º., n.º 1, mesmo diploma fundamental, pelo que erro o tribunal a quo, quer ao não declarar a inconstitucionalidade do disposto no artº. 69º., n.ºs. 2 e 4 da LdC, quer ao proceder à aplicação ao caso sub judice dos referidos normativos legais, devendo antes ter procedido à aplicação do artº. 17º. do RGCCO ao caso dos autos, atenta a remissão efetuada pelo artº. 13º., n.º 1 da LdC;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

d) apesar de ter reduzido o âmbito geográfico e sectorial da infração em causa nos autos, ainda assim decidiu manter as coimas impostas aos Recorrentes na decisão da AdC e procedeu a uma errada avaliação da gravidade da infração, em violação do disposto no artº. 69º., nº. 1, da LdC;

e) desconsiderou circunstâncias atenuantes, concretamente (i) o comportamento da Recorrente na eliminação das práticas restritivas, em violação do disposto no artº. 69º., nº. 1, alínea f), da LdC; (ii) a falta de antecedentes por violação das regras da concorrência, em violação do disposto no disposto no artº. 69º., nº. 1, alínea h), da LdC; (iii) a gravidade da infração e o grau de participação dos Recorrentes, em violação do disposto no artº. 69º., nº. 1, alíneas a) e d), da LdC; e (iv) manteve a coima cujo quantum é irrezoável e desproporcional em face da experiência adquirida em matéria de aplicação de coimas.

Terminam pedindo a revogação da sentença recorrida e a sua substituição por decisão que absolva os Recorrentes ou, caso assim se não entenda, reduza muito substancialmente o valor das coimas aplicadas.

\*

Os recorrentes requereram ainda a subida, com o recurso da sentença, do recurso que interpuseram em 24/9/2020 do despacho proferido em 9/9/2020, na parte em que indeferiu o pedido de perícia que haviam deduzido em sede de impugnação judicial, transcrevendo-se aqui o segmento do citado despacho posto em crise:

“- Da requerida perícia pelos Recorrentes, em sede de impugnação judicial:

Os Recorrentes vieram requerer a realização de perícia, cujo objecto indicam como sendo o seguinte:

“Efeitos das alegadas práticas restritivas imputadas à Recorrente, nos mercados relevantes considerados pela Autoridade da Concorrência, em particular nos mercados das cervejas, das águas com gás e das águas lisas”.

Tanto o Ministério Público, como a Autoridade da Concorrência vieram opor-se à sua realização, considerando o tipo de infracção que é imputada aos Recorrentes, em que se revela despiendo o apuramento dos efeitos das práticas imputadas aos Recorrentes.

Na verdade, não podemos deixar de estar mais de acordo com o Ministério Público e a Autoridade da Concorrência.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

Os Recorrentes vêm acusados da adopção de práticas de restrição da concorrência por objecto, infracção essa prevista na al. a) do n.º 1 do artigo 9.º do RJC e da al. a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

Ora, porque assim é, averiguação dos efeitos concretos da alegada prática no mercado mostra-se totalmente supérflua e irrelevante, ou seja, bastará a comprovação do objecto ou objectivo anticoncorrencial para que o alegado acordo deva ser invalidado, o que torna despicienda a análise dos seus efeitos na estrutura concorrencial do mercado, estando-se perante meras “infracções de perigo” – vide, neste sentido, Miguel Gorjão Henriques e Catarina Anastácio, in Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense, 2.ª Ed., pág. 192 e ss, Almedina.

Decorre do disposto no artigo n.º 1 do artigo 476.º do CPC, ex vi do artigo 4.º do CPP, ex vi do n.º 1 do artigo 41.º do RCGO, ex vi do artigo 83.º do RJC, que a perícia é indeferida sempre que se mostre impertinente, o que é, salvo melhor opinião, o caso.

Decisão:

Assim sendo e em face do exposto, por se considerar que não é relevante nem pertinente para a boa decisão da causa, decido indeferir a realização da prova pericial requerida pelos Recorrentes, em sede de impugnação judicial.

Notifique.”

**Nas alegações de recurso, os recorrentes arguíram as seguintes nulidades do despacho [transcrição]:**

Nulidade por omissão de pronúncia quanto à inconstitucionalidade da restrição por objeto, nos termos disposto na al. al. c) do n.º 1 do artigo 379.º do Código de Processo Penal, ex vi artigo 41.º n.º RCGO, por remissão do artigo 66.º da LdC;

Nulidade por omissão de pronúncia quanto à necessidade de demonstração da existência de um grau suficiente de nocividade do acordo e de um carácter sensível da restrição à concorrência, nos termos disposto na al. al. c) do n.º 1 do artigo 379.º do Código de Processo Penal, ex vi artigo 41.º n.º RCGO, por remissão do artigo 66.º da LdC;

Nulidade por indeferimento da perícia, nos termos do disposto no n.º 1 e al. d) do n.º 2 do artigo 120.º do Código de Processo Penal, por se reputar de essencial para a descoberta da verdade, ex vi artigo 41.º n.º RCGO, por remissão do artigo 66.º da LdC;

E, caso assim não se entenda,



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

b. Do despacho interpor recurso ordinário para o Tribunal da Relação de Lisboa, por erro de julgamento, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 93.º da LdC:

Quanto à existência de um grau suficiente de nocividade do acordo e de um carácter sensível da restrição à concorrência, suscetível de determinar que se está perante uma infração por objeto;

Quanto ao indeferimento da perícia requerida.

**E apresentaram as seguintes conclusões [transcrição]:**

I. ENQUADRAMENTO:

1. No Recurso Judicial da decisão final condenatória adotada pela Autoridade da Concorrência com vista a demonstrar a falta de fundamento, quer da conclusão final de que foi praticada, pela Recorrente SBB, uma infração prevista na al. a) do n.º 1 do artigo 9.º do RJC e da al. a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE (tendo alegadamente os demais Recorrentes participado na mesma), quer das conclusões intermédias que determinaram aquela conclusão, designadamente o alegado (i.) alinhamento ou estabilidade dos preços de retalho ao longo do tempo; (ii.) alinhamento de preços entre áreas geográficas ou (iii.) alinhamento de preços entre canais de venda, a Recorrente solicitou um estudo de mercado – junto com o seu Recurso Judicial como DOC n.º 7, junto com o Recurso judicial da Decisão Final condenatória.

Tendo em consideração a tecnicidade do estudo elaborado e, principalmente, para que não se suscitassem dúvidas quanto à (im)parcialidade do estudo realizado e à adequação das conclusões extraídas, a Recorrente requereu, no Recurso Judicial da Decisão Final, uma perícia que permitisse analisar e (eventualmente) confirmar as conclusões do referido estudo.

2. No seu Recurso Judicial os Recorrentes, a respeito da condenação por objeto, suscitaram:

a. A inconstitucionalidade da possibilidade da condenação por objeto (nos termos alegados pelos Recorrentes), isto é, a inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 9.º da LdC quando interpretada no sentido em que não é pressuposto da aplicação da pena, a prova do dano (dos efeitos da conduta), por violação do princípio da culpa (artigos 1.º, 2.º, 18.º, n.º 2 do 25.º, 26.º e 27.º da CRP e artigo 40.º CP, aplicável ex vi artigo 32.º do RGCO), do princípio da presunção de inocência (n.º 2 do artigo 32.º da CRP), do princípio da ofensividade e do princípio da necessidade;

Ainda que assim não se entendesse,

b. Na esteira das muito recentes Conclusões do Advogado-Geral General Bobek, no Processon.º C-228/18, BudapestBank, de 05.09.2019 (que já após a apresentação do Recurso Judicial da Decisão Final condenatória, vieram



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

a ser subscritas pelo TJUE, no Acórdão proferido naqueles autos, de 20.04.2020 – cf., designadamente, o §37 e o §54) e, entre outros, dos Acórdãos T-Mobile e GlaxoSmithKline Services e o./ Comissão, ou a análise do teor do acordo indica “um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência” ou, caso contrário, “há que examinar então os seus efeitos e, para que possa ser objeto de proibição, exigir a reunião dos elementos que demonstrem que o jogo da concorrência foi, de facto, impedido, restringido ou falseado de forma apreciável”<sup>28</sup>, sendo que, a dúvida de que a conduta em causa terá “any special features<sup>29</sup>” que a tornem numa “exception to the experience-based rule<sup>30</sup>” será suficiente para se passar a uma análise dos efeitos da conduta no mercado, sendo que na sua decisão a AdC não se pronuncia sobre o grau de nocividade do acordo;

c. Acresce que a AdC não analisou, como lhe incumbia, o eventual grau de nocividade do acordo, por forma a verificar se a conduta se enquadra nas situações admitidas como legais, pelo n.º 3 do artigo 3.º da LdC e n.º 3 do artigo 101.º do TFUE.

3. Já no despacho, datado de 09.09.2020, o TCRS vem indeferir a perícia requerida, por, tomando como objeto da perícia os “Efeitos das alegadas práticas restritivas imputadas à Recorrente nos mercados relevantes considerados pela Autoridade da Concorrência,

<sup>28</sup> Acórdão proferido pelo Tribunal Geral, processo T-111/08, de 24.05.2012.

<sup>29</sup> Opinion of Advocate General Bobek, Case C-228/18, Budapest Bank, de 05.09.2019. <sup>30</sup> Opinion of Advocate General Bobek, Case C-228/18, Budapest Bank, de 05.09.2019 em particular nos mercados das cervejas, das águas com gás e das águas lisas”, considerar que de como os Recorrentes “vêm acusados da adopção de práticas de restrição da concorrência por objecto, infracção essa prevista na al. a) do n.º 1 do artigo 9.º do RJC e da al. a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE”, a “averiguação dos efeitos concretos da alegada prática no mercado mostra-se totalmente supérflua e irrelevante, ou seja, bastará a comprovação do objecto ou objectivo anticoncorrencial para que o alegado acordo deva ser invalidado, o que torna despicienda a análise dos seus efeitos na estrutura concorrencial do mercado”.

Ou seja, para não admitir a perícia requerida, o TCRS decide a final uma das questões controvertidas, isto é, que no caso concreto estamos perante uma restrição por objeto, sendo, na douta opinião do Tribunal, irrelevante a averiguação dos efeitos – isto sem prejuízo do que se dirá a respeito do indeferimento da prova pericial com fundamento numa questão de direito (substantiva).



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

4. Ora, não podem os Recorrentes conformar-se, quer com a douda decisão que adota quanto ao facto de estarmos perante uma restrição por objeto, quer quanto ao indeferimento da perícia requerida com esse fundamento e, bem assim, com a delimitação do objeto da perícia que identifica no despacho, pelo que errou o Tribunal, como melhor se demonstrará;

Ao que acresce, o facto de ter decidido a final a questão da restrição por objeto, sem se ter pronunciado sobre a inconstitucionalidade da restrição por objeto, o que constitui uma omissão de pronúncia.

E nem se diga a este respeito de que o TCRS não decidiu a final a questão da restrição por objeto, pois essa decisão é causa, daquela consequência (indeferimento da perícia), isto é, o Tribunal conclui que não existe fundamento para a realização da perícia, porque estamos perante uma restrição por objeto.

Com efeito, sendo a questão da restrição por objeto uma questão controvertida, só uma estabilização da instância relativamente à referida questão permite ao Tribunal indeferir a perícia com esse fundamento.

(...)

C. DA NULIDADE DO INDEFERIMENTO DA PROVA PERICIAL

9. Acresce que, com o devido respeito que é muito, entendem os Recorrentes que é nula a decisão de indeferimento da perícia requerida, nos termos do disposto no artigo do disposto no n.º 1 e al. d) do n.º 2 do artigo 120.º do Código de Processo Penal, por se reputar de essencial para a descoberta da verdade, ex vi artigo 41.º n.º RCGO, por remissão do artigo 66.º da LdC, não tendo subjacentes os fundamentos legalmente previstos para o seu indeferimento, considerando que, na determinação do objeto, o Tribunal considera que a perícia tem como objeto os “Efeitos das alegadas práticas restritivas imputadas à Recorrente nos mercados relevantes considerados pela

Autoridade da Concorrência, em particular nos mercados das cervejas, das águas com gás e das águas lisas”, olvidando na esteira do que se decidiu no acórdão do TRL, de 24.09.2019, proferido no processo n.º 2009/17.6T8OER-C.L1-7, o objeto da perícia “é determinado pelas concretas questões de facto que a parte requerente da perícia pretende ver esclarecidas.”, sendo que as questões de facto que a aqui Recorrente pretende ver esclarecidas não sedelimitamao introito transcrito no despacho proferido pelo Tribunal, conforme se transcreveu e consta do Recurso Judicial da Decisão Final adotada pela AdC.

10. Ademais, a perícia requerida apenas poderia ter sido indeferida no seu carácter impertinente ou dilatório, o que deverá ser aferido, conforme se decide no Acórdão do TRL supra citado, nos seguintes termos:



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

“- é impertinente, por não respeitar aos factos da causa; ou,

- é dilatória, por, não obstante respeitar aos factos da causa, o seu apuramento não requerer o meio de prova pericial, por não estarem em causa conhecimentos especiais que a mesma pressupõe.” (realce nosso)

Analisando o Recurso Judicial, com evidência se verifica que a perícia requerida não é impertinente porque respeita aos factos da causa, desde logo, sem exclusão de outros, aqueles articulados nos artigos 940 a 1092, 1883 a 1888, 2241 a 2286, 2448 e 2449, 2643 a 2674, 2716, 2908 a 2911, 3098 a 3121, 3272 a 3275, 3425 a 3426, 3428 a 3429, 3510 e 3511, permitindo demonstrar (reitera-se, sem exclusão) que não existe alinhamento de preços, contrariamente ao que a AdC assume na decisão final, que se verificam os pressupostos do artigo 10.º da LdC e n.º 3 do artigo 101.º do TFUE e, bem assim, ainda que final se venha a considerar que os Recorrentes praticaram/participaram nas infrações de que vêm condenados, o que não se consente, mas se admite por dever de patrocínio, demonstrar a desproporcionalidade da coima aplicada, pois para a determinação da mesma é sempre importante – rectius, imprescindível – o facto da produção dos efeitos no mercado.

Do mesmo modo, se conclui que não é dilatória, na medida em que a sua análise pressupõe conhecimentos especiais (para não dizer, especialíssimos), não sendo suscetíveis de serem verificados numa análise empírica, ou não técnico-científica.

11. Ora, por tudo quanto anteriormente exposto, a realização da prova pericial requerida mostrando-se essencial para a descoberta da verdade, não é, contrariamente ao decidido, impertinente, permitindo, designadamente, para provado alegado nos artigos 940 a 1092, 1883 a 1888, 2241 a 2286, 2448 e 2449, 2643 a 2674, 2716, 2908 a 2911, 3098 a 3121, 3272 a 3275, 3425 a 3426, 3428 a 3429, 3510 e 3511 do Recurso da Decisão Final condenatória, demonstrando que não existe alinhamento de preços, contrariamente ao que a AdC assume na decisão final, que se verificam os pressupostos do artigo 10.º da LdC e n.º 3 do artigo 101.º do TFUE e, bem assim, ainda que a final se venha a considerar que os Recorrentes praticaram/participaram nas infrações de que vêm condenados, o que não se consente, mas se admite por dever de patrocínio, demonstrar a desproporcionalidade da coima aplicada, pois para a determinação da mesma é sempre imprescindível o facto da produção dos efeitos no mercado.

12. Acresce que, mais se nos afigura perturbador o arrazoado do despacho – “em que se revela despiciendo o apuramento dos efeitos das práticas imputadas aos Recorrentes”–, na medida em que ignora o contributo decisivo de



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

elementos cuja avaliação se impõe ao Tribunal, para efeitos de determinação da concreta medida da sanção aplicada aos Recorrentes.

Não se olvide, por sinal, que o percurso descrito pela Recorrida quanto a uma tal operação já especificamente salientava que “a AdC incorpora no seu exercício o volume de negócios realizado pela Super Bock diretamente relacionado com a infração e durante o período da mesma, de acordo com os dados fornecidos pela Visada (Cf. capítulo IV.3.4 da presente Decisão), ponderando um referencial entre 0% e 30% desse valor, sempre balizado, de acordo com critérios de proporcionalidade e adequação, pelo limite legal de 10% do volume de negócios total da Visada” (sublinhado nosso) – v. o ponto 1336 da decisão final proferida pela Recorrida AdC.

Por conseguinte, por certo não ignorará o Tribunal que o concreto estabelecimento de um valor no referido quadro referencial – que se estende até ao limiar máximo de 30% do volume de negócios diretamente relacionado com a infração – pressupõe, irrecusavelmente, a consideração dos efeitos (alegadamente) produzidos pela infração.

Assim o prescreve o disposto nas Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, da Comissão Europeia, nos seus n.ºs 21 e 22.

Identicamente, empregando aliás formulação bem mais impressiva, o disposto no n.º 26 das Linhas de Orientação sobre a Metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do artigo 69.º, n.º 8, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, da AdC, que, a propósito da fixação do montante de base da coima, referencia o preenchimento do referencial 0%-30% à gravidade da infração, referindo-se “aos seus efeitos sobre a economia”.

E, o que é facto, mais se leve em linha de conta a circunstância de o procedimento ora relatado haver sido especialmente consignado à apreciação do Tribunal – integrando, portanto, o conjunto de questões sobre as quais se reclamaria/reclama o seu melhor juízo –, não tivesse a Recorrente, afinal, expressamente oferecido, os artigos 3425 a 3426 e 3428 a 3429 das suas Alegações de Recurso.

É bom de ver que, contrariamente à conclusão vertida no despacho, o apuramento dos efeitos das práticas imputadas aos Recorrentes é, afinal, notoriamente pertinente – mesmo imperioso –, atenta, designadamente, mas sem limitar, a sua contribuição para um cabal esclarecimento da justeza da sanção concretamente aplicada aos Recorrentes, pelo que a admissibilidade da prova pericial requerida – logrando uma perspetiva mais aturada sobre a existência e alcance de tais efeitos – não encontra, afinal, correspondência nos fundamentos expendidos na decisão de indeferimento da prova pericial requerida.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

13. Em face do exposto, o indeferimento e omissão da prova pericial requerida, que é essencial para a descoberta da verdade, constitui uma nulidade nos termos do disposto no n.º 1 e al. d) do n.º 2 do artigo 120.º do Código de Processo Penal, o que se argui.

Tal recurso foi admitido por despacho proferido em 2/10/2020, com subida diferida, aquando do recurso da decisão final, nos próprios autos e com efeito meramente devolutivo.

\*

Aos recursos interpostos, responderam o Ministério Público e a Autoridade da Concorrência, pugnando pela sua improcedência.

\*

Neste Tribunal da Relação, o Exm<sup>o</sup> Senhor Procurador Geral Adjunto, subscrevendo a fundamentação da resposta do Ministério Público junto da primeira instância, emitiu parecer consonante, no sentido de que o recurso da sentença deve ser julgado improcedente, sendo de manter o decidido no Tribunal a quo.

\*

Efectuado exame preliminar e colhidos os vistos, foram os autos à conferência.

\*

Foi proferido acórdão nesta instância em 24/2/2022, tendo aí sido decididas as seguintes questões:

- Prescrição do procedimento contra-ordenacional;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

- nulidade da prova (correio electrónico) apreendida pela AdC e nulidade do despacho do Ministério Público que ordenou as buscas;

- Erros, insuficiências e contradições da matéria de facto;

- Pedido de reenvio prejudicial

Em sede de apreciação dos erros de direito e considerando o pedido de reenvio prejudicial deduzido pelos recorrentes ao abrigo do art. 267º do TFUE e art. 19º/3 b) do TUE, foram colocadas ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) um conjunto de questões prejudiciais, sendo declarada a suspensão da instância até à resolução de tais questões.

\*

Por acórdão proferido em 30/6/2023, o TJUE (Terceira Secção) declarou que:

1) O artigo 101.º, n.º 1, TFUE

deve ser interpretado no sentido de que:

a constatação de que um acordo de fixação vertical de preços mínimos de revenda comporta uma «restrição da concorrência por objeto» só pode ser feita depois de ter sido determinado que esse acordo revela um grau suficiente de nocividade para a concorrência, tendo em conta o teor das suas disposições, os objetivos que visa alcançar, bem como todos os elementos que caracterizam o contexto económico e jurídico em que o mesmo se insere.

2) O artigo 101.º, n.º 1, TFUE

deve ser interpretado no sentido de que:

existe um «acordo», na aceção deste artigo, quando um fornecedor impõe aos seus distribuidores preços mínimos de revenda dos produtos que comercializa, na medida em que a imposição desses preços pelo fornecedor e o seu respeito pelos distribuidores refletem a expressão da vontade concordante dessas partes. Essa vontade concordante pode resultar quer das cláusulas do contrato de distribuição em causa, quando este contiver uma instrução expressa para respeitar



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

preços mínimos de revenda ou, pelo menos, autorizar o fornecedor a impor esses preços, quer do comportamento das partes e, nomeadamente, da eventual existência de uma aceitação, expressa ou tácita, por parte dos distribuidores, de uma instrução para respeitar preços mínimos de revenda.

3) O artigo 101.º TFUE, lido em conjugação com o princípio da efetividade, deve ser interpretado no sentido de que:

a existência de um «acordo», na aceção deste artigo, entre um fornecedor e os seus distribuidores pode ser demonstrada não só através de provas diretas mas também através de indícios objetivos e concordantes, dos quais se possa inferir a existência desse acordo.

4) O artigo 101.º, n.º 1, TFUE

deve ser interpretado no sentido de que:

a circunstância de um acordo de fixação vertical de preços mínimos de revenda abranger quase a globalidade, mas não a totalidade, do território de um Estado-Membro não impede que esse acordo possa afetar o comércio entre Estados-Membros.

\*

Por despacho proferido em 3/7/2023 foi declarada cessada a suspensão da instância e determinado o prosseguimento dos autos.

\*

O processo foi aos vistos e foi realizada a conferência.

\*

## II. QUESTÕES A DECIDIR

O âmbito dos recursos é delimitado pelas conclusões formuladas na motivação (cf. artigos 402º, 403º e 412º/1 do Código de Processo Penal), sem



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

prejuízo das questões de conhecimento oficioso (cf. artigos 119º/1, 123º/2 e 410º/2 als. a), b) e c) do Código de Processo Penal).

Estando em causa o recurso de sentença que conheceu de impugnação judicial de uma decisão administrativa proferida em processo de contra-ordenação, importa ainda ter presente o disposto no artigo 75º/1 do D.L. n.º 433/82, de 27/10 (RGCO) *ex vi* art. 83º do Regime Jurídico da Concorrência (aprovado pela Lei nº 19/2012, de 8 de Maio, doravante RJC), nos termos do qual, em regra e salvo se o contrário não resultar deste diploma, a 2ª instância apenas conhecerá da matéria de direito.

Assim, este Tribunal da Relação não pode reapreciar a matéria de facto julgada pelo Tribunal recorrido, sem prejuízo de poder tomar conhecimento das nulidades previstas no artigo 410º/2 do Código de Processo Penal.

No acórdão proferido nestes autos em 24/2/2022 foram decididas as seguintes questões:

- Prescrição do procedimento contra-ordenacional e qualificação da infracção como permanente;

- Nulidade do despacho do Ministério Público que ordenou as buscas às instalações da Super Bock; nulidade da prova constituída pelo correio electrónico apreendido; e inconstitucionalidade do art. 17º da Lei nº 109/2009 (Lei do Cibercrime);



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

- Vícios decorrentes de insuficiências e contradições da fundamentação de facto (art. 410º/2 do CPP);

\*

Atentas as conclusões da motivação recursória, importa decidir no presente acórdão as demais questões cuja apreciação, em face do pedido de reenvio prejudicial dirigido ao TJUE, ficou prejudicada no acórdão proferido em 24/2/2022:

*A) Recurso (interlocutório) do despacho proferido em 9/9/2020:*

- Nulidades e erros de julgamento do despacho de indeferimento da prova pericial;

*B) Recurso da sentença - Erros de julgamento de direito:*

- a) (in)existência de *acordo* de fixação directa e/ou indirecta de preços;
- b) qualificação da infracção como *restrição da concorrência por objecto ou por efeito e necessidade (ou não) de demonstração do grau de nocividade para a concorrência*;
- c) aplicação ao caso do art. 101º/1 do TFUE;
- d) determinação da medida da coima e inconstitucionalidade do art. 69º/2 e 4 do RJC.

\*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

**III. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO**

**A) FACTOS PROVADOS**

Na sentença recorrida foram julgados provados os seguintes factos:

I.1 Identificação e caracterização da Super Bock:

1. A Super Bock é uma sociedade anónima, actualmente com o capital social de €38.500.000, que tem por objecto a “produção e comercialização de bebidas em geral e outras actividades conexas”;

2. É detida a 100% pela Super Bock Group, SGPS, S.A., holding do grupo empresarial actualmente detido pela Viacer, SGPS, Lda. (56% do capital social) e pela Carlsberg Breweries A/S (44% do capital social);

3. A holding Viacer é constituída por dois grupos portugueses: Violas, SGPS, S.A., que detém uma participação de 71,5% e Arsopi - Indústrias Metalúrgicas Arlindo S. Pinho, S.A. que detém 28,5%;

4. O grupo empresarial Super Bock assume-se como “a maior empresa portuguesa de bebidas refrescantes, com uma estratégia multimarca e multimercado, cuja actividade core assenta nos negócios das cervejas e das águas engarrafadas. [Estando], igualmente, presentes nos segmentos dos refrigerantes, dos vinhos, na produção e comercialização de malte e no negócio do turismo”;

5. A Super Bock comercializa as marcas de bebidas Super Bock, Carlsberg, Cristal, Cheers, Somersby, Água das Pedras, Vitalis, Melgaço, Caramulo, Vidago, Frutea, Frisumo, Frutis, Guaraná Brasil, Snappy, Vinha de Mazouco, Campo



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

da Vinha, Vinhas das Garças, Porta Nova, Tulipa, Planura, Monte Sacro, Quinta do Minho e Sangria Vini;

6. A maior parte destas marcas são marcas reconhecidas por qualquer consumidor médio em Portugal, que congregam a preferência de muitos consumidores portugueses e têm visibilidade ao nível internacional;

7. Por exemplo, em 2008 e em 2016, a Superbrands distinguiu a Super Bock como a marca líder em Portugal e a cerveja nacional mais vendida em todo o mundo;

8. Em 2013, segundo o estudo realizado pela Marktest, os portugueses elegeram a Super Bock como a marca mais reputada com um índice de notoriedade de 85,44%, liderando o ranking em Word of Mouth (a marca sobre a qual os consumidores ouvem falar de uma forma mais positiva), confiança e imagem;

9. Em 2016, o Marktest Reputation Index atribuía à Carlsberg o terceiro lugar do ranking na categoria de cervejas, com um índice de notoriedade de 66,96%;

10. Em 2017, segundo o estudo realizado pela Marktest, a Super Bock voltou a distinguir-se como líder em reputação na categoria de cervejas, com um índice de notoriedade de 78,97%;

11. Mas também no sector das águas com gás sem sabor, as marcas comercializadas pela Super Bock, designadamente Água das Pedras e Vidago, têm sido distinguidas como marcas com grande visibilidade junto dos consumidores;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

12. A este propósito, o estudo Awareness Index Tracking (A.I.T.) da Marktest, em Fevereiro de 2003 distinguiu a Água das Pedras como a marca de águas com gás com maior notoriedade top of mind, atribuindo o terceiro lugar à Vidago;

13. A Superbrands também já distinguiu a marca Água das Pedras, como sinónimo de água com gás em Portugal;

14. O volume de negócios realizado pela Super Bock nos anos de 2016 e 2017 foi, respectivamente, de € 401.381.826 e € 461.170.892;

15. O volume de negócios realizado pela Super Bock no ano de 2018 foi de € 397.751.788,00;

16. A diminuição de volume de negócios de 2018 por referência ao ano de 2017 deveu-se significativamente à aplicação da norma internacional de contabilidade IFRS 15 “Rédito de contratos com clientes”, cuja aplicação se iniciou em 2018, estimando a Recorrente que se se expurgasse o efeito da norma referida a redução apenas se situaria em 1,75%;

I.2 Identificação dos Recorrentes singulares:

17. [REDACTED] é vogal do conselho de administração da Super Bock desde 31 de Março de 2014, tendo auferido a remuneração anual de € 258.199,79 no ano de 2015 e a remuneração anual de € 285.861 no ano de 2016;

18. [REDACTED] foi director do departamento comercial da Super Bock para as vendas no canal on-trade desde 4



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

de Fevereiro de 2013, tendo auferido a remuneração anual de € [REDACTED] no ano de 2016;

1.3 Identificação dos mercados envolvidos:

19. A empresa Super Bock dedica-se à produção e comercialização de bebidas, designadamente cervejas, águas engarrafadas (lisas e com gás), refrigerantes, iced tea, vinhos, sangrias e sidras, que distribui em Portugal através de dois canais, o canal alimentar (também designado canal “off-trade”) e o canal HoReCa (também designado canal “on-trade”);

20. Quanto ao canal alimentar (off-trade), correspondente à compra em hipermercados, supermercados, Cash & Carry, Lojas Tradicionais e lojas discount para consumo em casa, a Super Bock implementa a sua política comercial de forma directa, ou seja, a Super Bock fornece directamente um conjunto restrito de clientes, designados “clientes directos” ou “grandes clientes retalhistas”, que tendencialmente exigem negociação directa com a Super Bock devido ao seu volume de compras;

21. Quanto ao canal HoReCa (on-trade), correspondente à compra em “hotéis, restaurantes e cafés” para consumo fora de casa, a Super Bock recorre maioritariamente a uma rede de distribuidores independentes, que compra os produtos para revenda no território nacional, com excepção das seguintes áreas, por serem áreas abastecidas mediante vendas directas da Recorrente Super Bock:

- de Lisboa (incluindo Amadora e Sintra, até 2017);
- de Porto;
- da Madeira;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

- até 2013, de Coimbra; e
- desde 2014, das ilhas do Faial e do Pico, nos Açores;

Mercados de bebidas:

Dimensão do Produto:

22. Do ponto de vista do produto, as bebidas cervejas, águas (lisas e com gás), refrigerantes com gás, iced tea, vinhos tranquilos (ou de mesa), sangrias e sidras constituem mercados distintos, na medida em que não são substituíveis na perspectiva da procura;

Cervejas:

23. A cerveja corresponde a uma bebida alcoólica produzida a partir da fermentação de produtos à base de amido, principalmente cereais maltados, como cevada e trigo;

24. Além destes ingredientes, a água constitui um importante ingrediente para o fabrico da cerveja;

25. Existe uma grande variação nos tipos de cerveja, sendo que alguns podem conter lúpulo, fermento, temperos, frutas, ervas e outras plantas;

Águas lisas sem sabor:

26. As águas minerais naturais e de nascente engarrafadas são de origem subterrânea;

27. As suas características de pureza tornam-nas próprias para consumo humano sem que seja necessário nenhum tipo de tratamento químico ou de desinfecção prévio;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

28. Diferenciam-se das águas de distribuição pública, geralmente captadas nos rios e em albufeiras, na medida em que as últimas são sujeitas a tratamentos químicos que visam atribuir-lhes características de potabilidade, facto que origina a presença de resíduos de desinfeção (sabor, cor, odor, entre outros);

29. Do ponto de vista da procura, as águas minerais naturais e de nascentes engarrafadas e as águas de distribuição pública são percebidas como produtos distintos, atentas as características das águas minerais naturais e de nascentes engarrafadas, nomeadamente as relacionadas com o preço, a composição, a imagem e o gosto;

Águas com gás sem sabor:

30. As águas com gás sem sabor distinguem-se das águas com gás aromatizadas, nomeadamente pelas características intrínsecas à primeira: inodora, insípida, incolor e sem qualquer valor calórico.

31. Além disso, os preços das águas com gás sem sabor tendem a ser inferiores aos das águas com gás aromatizadas;

Refrigerantes com gás:

32. Os refrigerantes com gás são bebidas não alcoólicas e não fermentadas produzidas a partir de água, açúcar ou edulcorante, concentrados, extractos, aromas e dióxido de carbono (carbonatação), apresentando igualmente diferentes sabores (por exemplo, cola, lima-limão ou outras frutas);

Bebidas iced tea:

33. As bebidas iced tea referem-se a qualquer forma de chá servido fresco;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

34. O formato industrial utiliza diversos tipos de folhas (verde, preto e branco) e habitualmente é misturado com outros sabores (limão, lima, maracujá, pêsego, laranja, cereja, etc.);

35. Grande parte das bebidas iced tea são adoçadas artificialmente com xaropes de milho e açúcares;

36. Atendendo ao diferencial de preço entre os refrigerantes de fruta sem gás e os iced tea, assim como ao facto do marketing associado a estes últimos estar mais orientado para jovens adultos e, ainda, devido à imagem de bebida saudável que se atribui a este tipo de bebidas, entende-se que estes produtos não são substitutos entre si;

Vinhos tranquilos (ou de mesa):

37. O vinho é definido como o produto obtido exclusivamente por fermentação alcoólica, total ou parcial, de uvas frescas, esmagadas ou não, ou de mostos de uvas, devendo possuir um título alcoométrico igual ou superior a 9% mas não podendo exceder, em princípio, os 15%;

38. O vinho espumante resulta da primeira ou segunda fermentação alcoólica e ao qual poderá ser ou não adicionado dióxido de carbono em solução, igual ou superior a 3 bar;

39. Atentas as características físicas distintas de cada produto e dos diferentes fins/utilizações a que se destinam – os vinhos tranquilos são geralmente utilizados para acompanhamento de refeições enquanto os vinhos espumantes são utilizados em diferentes situações, nomeadamente, festivas –, entende-se que os vinhos tranquilos e os vinhos espumantes não são substitutos;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

40. Existe uma elevada substituíbilidade do lado da procura entre vinhos tranquilos das várias origens;

Sangrias:

41. A sangria é um cocktail feito à base de vinho (tinto ou branco), sumo de fruta e açúcar, podendo conter pedaços de frutos, especiarias e ervas aromáticas;

42. Face, em particular, ao seu teor alcoólico, a sangria distingue-se, do ponto de vista da procura, dos vinhos e de outras bebidas sem álcool;

43. A Recorrente não comercializa um produto de sangria vendável à unidade, mas apenas um produto em barril designado “vini sangria” (tinta ou branca);

44. Este produto é habitualmente utilizado pelo cliente para confeccionar a “sangria da casa” em conjunto com outros produtos que não têm necessariamente de ser comercializados pela Recorrente;

Sidras:

45. A sidra é uma bebida obtida através da fermentação alcoólica de maçãs, água e glucose, sendo geralmente apresentada em garrafa, lata, barril ou cascos;

46. O consumidor não tende a substituir a sidra e a cerveja entre si, se bem que existe semelhança entre os dois produtos em termos de níveis de preço e formas de comercialização;

Dimensão Geográfica:



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

47. Por força da preferência dos consumidores; da fidelização às marcas nacionais; da necessidade de dispor de uma rede de distribuição e logística que assegure o fornecimento até aos pontos de venda, da tributação e da legislação aplicável, os mercados dos produtos acima identificados possuem dimensão nacional [com excepção de Lisboa (incluindo Amadora e Sintra, até 2017), Porto, Madeira, até 2013 com excepção também de Coimbra e desde 2014, também com excepção das ilhas do Faial e do Pico, por serem áreas abastecidas mediante vendas directas da Recorrente Super Bock];

Canal Alimentar e Canal HoReCa:

48. O canal alimentar (off-trade) corresponde, grosso modo, ao canal de escoamento de produtos para comercialização em hipermercados, supermercados, lojas de conveniência e outras superfícies equivalentes, para o consumo fora do local de compra, incluindo também cash's & carry;

49. O canal HoReCa (on-trade), que inclui hotéis, restaurantes e cafés, corresponde, grosso modo, ao canal de escoamento de produtos para o consumo no local de compra, apresentando características semelhantes ao pequeno retalho alimentar tradicional ao nível da atonicidade dos estabelecimentos e do contrapoder negocial pouco significativo, sendo ambos abastecidos maioritariamente através de redes de distribuidores independentes e redes grossistas, como os cash and carry;

50. Da análise da substituíbilidade entre os canais alimentar e HoReCa, entende-se que os mesmos não são substitutos entre si, atenta a diferenciação ao nível das respectivas estruturas da procura, os níveis de preços



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

praticados no retalho – mais elevados no canal HoReCa – e variações nas margens, bem como a rede de distribuição utilizada e a existência de dimensões e tipos distintos de algumas embalagens, consoante o canal a que se destinam;

Posição da Super Bock nos mercados nacionais das cervejas, das águas lisas sem sabor, das águas com gás sem sabor, dos refrigerantes com gás, das bebidas iced tea, dos vinhos tranquilos, das sangrias e das sidras no canal HORECA:

51. O volume de negócios realizado pela Super Bock nos mercados nacionais das cervejas, das águas lisas sem sabor, das águas com gás sem sabor, dos refrigerantes com gás, das bebidas iced tea, dos vinhos tranquilos, das sangrias e das sidras no canal HORECA (incluindo vendas directas e vendas através da Rede de Distribuidores), entre 2007 e 2017, foi o seguinte:

**Tabela 1: volume de negócios realizado pela Visada Super Bock nos mercados identificados**



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

	Recurso Penal					
<b>Mercado</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>
<b>(euros)</b>						
Cerveja	105 020 969	131 467 196	130 283 609	135 599 806	125 701 899	114 468 870
Águas lisas s/sabor	15 428 706	23 010 468	21 808 735	19 853 272	15 552 907	11 976 833
Águas com gás s/ sabor	11 246 888	12 780 030	13 231 551	13 592 264	12 517 932	11 496 396
Refrigerantes	14 594 664	16 346 926	14 339 467	12 533 065	10 611 487	8 475 344
Bebidas <i>Iced Tea</i>	2 387 441	3 323 156	3 565 147	2 893 488	2 912 419	2 389 673
Vinhos Tranquilos <sup>1</sup>	3 915 351	9 684 262	9 434 835	8 161 552	6 840 861	5 872 080
Sangrias <sup>2</sup>	-	-	-	1 073 483	1 728 662	1 889 607
Sidras <sup>3</sup>	44 498	-	-	-	383 680	736 808

<sup>1</sup> No que se refere ao mercado de vinhos tranquilos, a informação disponibilizada inclui vinhos engarrafados e vinhos a pressão (fls. 3833 do Processo).

<sup>2</sup> A Recorrente não comercializa um produto de sangria vendável à unidade, mas apenas um produto em barril designado "vini sangria" (tinta ou branca). Este produto é habitualmente utilizado pelo cliente para confeccionar a "sangria da casa" em conjunto com outros produtos que não têm necessariamente de ser comercializados pela Recorrente. Refira-se ainda que a Recorrente começou a comercializar o produto "vini sangria" tinta em 2010 e o produto "vini sangria" branca em 2014 (fls. 3833 do Processo).

<sup>3</sup> A Visada comercializa actualmente apenas um produto de sidra, designado "Somersby", cuja comercialização se iniciou no ano de 2011. O volume de negócios registado neste mercado no ano de 2007 corresponde à comercialização do produto de sidra designado "Decider" (fls. 3833 do Processo).



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Mercado (euros)	Recurso Penal				
	2013	2014	2015	2016	2017
Cerveja	112 564 260	104 503 385	112 026 321	116 910 563	123 773 874
Águas lisas s/sabor	11 305 208	11 748 303	12 438 715	12 990 497	13 392 073
Águas com gás s/ sabor	10 087 313	9 768 773	10 410 967	11 380 368	12 559 813
Refrigerantes	6 992 000	6 039 139	5 724 814	5 323 147	4 952 655
Bebidas <i>Iced Tea</i>	2 315 756	2 139 086	1 974 266	1 980 979	1 935 603
Vinhos Tranquilos	5 950 906	5 648 922	6 046 540	6 315 143	6 977 629
Sangrias	2 190 076	2 385 394	2 575 178	2 727 311	2 973 047
Sidras	2 084 253	3 974 167	6 184 905	6 591 628	6 561 583

52. Relativamente ao ano de 2006, o volume de negócios realizado nos mercados identificados não terá sido significativamente diferente do apresentado para o ano de 2007;

53. As percentagens relativas ao volume de negócios realizado pela Super Bock em cada um dos mercados identificados no contexto do seu volume de negócios total no conjunto dos mercados identificados são os seguintes:

**Tabela 2: percentagens relativas ao volume de negócios realizado pela Visada Super Bock em cada um dos mercados identificados no contexto do seu volume de negócios total no conjunto dos mercados identificados**



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Mercado (%)	Recurso Penal					
	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Cerveja	68,80%	66,87%	67,62%	70,00%	71,32%	72,77%
Águas lisas s/sabor	10,11%	11,70%	11,32%	10,25%	8,82%	7,61%
Águas com gás s/ sabor	7,37%	6,50%	6,87%	7,02%	7,10%	7,31%
Refrigerantes	9,56%	8,31%	7,44%	6,47%	6,02%	5,39%
Bebidas Iced Tea	1,56%	1,69%	1,85%	1,49%	1,65%	1,52%
Vinhos Tranquilos	2,57%	4,93%	4,90%	4,21%	3,88%	3,73%
Sangrias	-	-	-	0,55%	0,98%	1,20%
Sidras	0,03%	-	-	-	0,22%	0,47%
Fonte: AdC	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

Mercado (%)	2013	2014	2015	2016	2017
Cerveja	73,34%	71,48%	71,18%	71,19%	71,49%
Águas lisas s/sabor	7,37%	8,04%	7,90%	7,91%	7,74%
Águas com gás s/ sabor	6,57%	6,68%	6,62%	6,93%	7,25%
Refrigerantes	4,56%	4,13%	3,64%	3,24%	2,86%
Bebidas Iced Tea	1,51%	1,46%	1,25%	1,21%	1,12%
Vinhos Tranquilos	3,88%	3,86%	3,84%	3,85%	4,03%
Sangrias	1,43%	1,63%	1,64%	1,66%	1,72%
Sidras	1,36%	2,72%	3,93%	4,01%	3,79%
Fonte: AdC	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

54. As vendas realizadas pela Super Bock nos mercados identificados na presente Decisão nos anos de 2006 a 2017 correspondam às quotas de mercado a seguir indicadas nas Tabelas 3 a 9 infra:



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

**Tabela 3: Estimativa das quotas da Visada Super Bock no mercado nacional das cervejas, nos anos de 2006 a 2017**

Indicação em %	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Cervejas	Estimativa semelhante à de 2009 a 2017			50,2	49,5	49,3	49,7	50,1	51,2	50,1	49,8	50

**Tabela 4: Estimativa das quotas da Visada Super Bock no mercado nacional das águas lisas sem sabor, nos anos de 2006 a 2017**

Indicação em %	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Águas lisas sem sabor	Estimativa semelhante à de 2009 a 2017			32,1	27,9	25,2	27,8	24,6	25	20	18,6	17,8

**Tabela 5: Estimativa das quotas da Visada Super Bock no mercado nacional das águas com gás sem sabor, nos anos de 2006 a 2017**

Indicação em %	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Águas com gás sem sabor	Estimativa semelhante à de 2009 a 2017			55,9	55	57,2	59	60	57,2	58,2	61,6	63,1



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

**Tabela 6: Estimativa das quotas da Visada Super Bock no mercado nacional dos refrigerantes com gás, nos anos de 2006 a 2017**

Indicação em %	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Refrigerantes <sup>4</sup>	Estimativa semelhante à de 2016 a 2017										3,7	3,9

**Tabela 7: Estimativa das quotas da Visada Super Bock no mercado nacional das bebidas iced tea, nos anos de 2006 a 2017**

Indicação em %	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Bebidas <i>Iced Tea</i>	Estimativa semelhante à de 2016 a 2017										8,9	7,5

**Tabela 8: Estimativa das quotas da Visada Super Bock no mercado nacional dos vinhos tranquilos, nos anos de 2006 a 2017**

Indicação em %	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	
Vinhos tranquilos <sup>5</sup>	Estimativa semelhante à de 2015 a 2017										5	4,7	5,6

<sup>4</sup> A informação disponibilizada para o mercado dos refrigerantes inclui colas, lima-limão, sumos de fruta com gás e sem gás, *ginger ale*, água tônica e guaraná.

<sup>5</sup> A informação disponibilizada para o mercado dos vinhos tranquilos inclui vinhos engarrafados e vinhos a pressão.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

**Tabela 9: Estimativa das quotas da Visada Super Bock no mercado nacional das sidras, nos anos de 2006 a 2017**

Indicação em %	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Sidras	Não comercializado					Estimativa semelhante à de 2015 a 2017				93	82	76

55. Para os mercados das cervejas, águas lisas sem sabor e águas com gás sem sabor nos anos de 2006 a 2008 (inclusive), para o mercado dos refrigerantes e iced tea nos anos de 2006 a 2015 (inclusive), para o mercado dos vinhos tranquilos nos anos de 2006 a 2014 (inclusive) e para o mercado das sidras nos anos de 2011 a 2014 (inclusive), as respectivas quotas de mercado não foram significativamente diferentes às apresentadas para os restantes anos, respectivamente, para cada mercado identificado, com excepção das quotas no mercado dos refrigerantes, que poderão ter sido superiores, embora tal não tenha sido concretamente apurado;

56. Quanto ao mercado nacional das sangrias, a quota neste mercado da Super Bock foi inferior a 5% desde o início da comercialização por si de “vini sangria” tinta em 2010 e de “vini sangria” branca em 2014;

57. A informação apresentada nas Tabelas 3 a 9 supra inclui elementos do canal cash and carry;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

58. O volume de negócios realizado pela Visada Super Bock nos mercados identificados, expurgado dos montantes relativos às vendas directas foi o seguinte:

**Tabela 10: volume de negócios realizado pela Visada Super Bock nos mercados identificados, expurgado dos montantes relativos às vendas directas**

Mercado (euros)	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Cerveja	104 409 084	97 897 347	102 479 846	111 335 601	104 134 330	91 501 419
Águas lisas s/sabor	14 986 847	14 009 327	13 574 350	12 364 481	9 376 585	6 784 048
Águas com gás s/ sabor	10 827 105	9 669 091	10 114 041	11 326 800	10 300 448	9 333 783
Refrigera ntes	14 326 240	12 075 109	10 943 174	9 545 869	8 101 937	6 538 090
Bebidas <i>Iced Tea</i>	2 336 104	2 177 192	2 595 442	2 038 360	2 052 864	1 766 875
Vinhos Tranquilo s	3 874 689	4 544 271	4 917 181	4 342 277	3 787 875	3 327 076
Sangrias	-	-	-	813 788	1 230 609	1 310 319
Sidras	41 232	-	-	-	323 073	620 530



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Mercado (euros)	Recurso Penal				
	2013	2014	2015	2016	2017
Cerveja	85 567 101	75 991 335	83 700 241	88 557 679	96 395 542
Águas lisas s/sabor	6 599 997	6 570 944	6 961 742	6 985 733	7 163 154
Águas com gás s/ sabor	7 639 475	6 880 998	7 356 314	7 939 720	8 390 904
Refrigerantes	5 201 185	4 470 462	4 251 338	3 893 250	3 721 081
Bebidas <i>Iced Tea</i>	1 700 822	1 605 719	1 460 640	1 531 022	1 590 685
Vinhos Tranquilos	3 303 962	3 173 386	3 510 667	4 347 714	5 607 133
Sangrias	1 433 239	1 546 650	1 654 668	1 810 494	2 208 546
Sidras	1 626 193	2 820 470	4 265 050	4 572 110	4 641 420

59. O montante das vendas totais da Recorrente aos seguintes

distribuidores que operavam nas seguintes áreas para o canal HORECA, no período entre 15.05.2006 e 23.01.2017, totalizou € 136.883.515,00:

- JMSR: área dividida pela Refrescante e Sotarvil;

- Refrescante: Almeida; Belmonte; Celorico da Beira; Covilhã; Figueira De Castelo Rodrigo; Fornos de Algodres; Fundão; Gouveia; Guarda; Manteigas; Pinhel; Sabugal; Trancoso.

- Sotarvil: Castro Daire; Mangualde; Oliveira De Frades; Penalva Do Castelo; Santa Comba Dão; São Pedro do Sul; Sátão; Tábua; Tondela; Vila Nova De Paiva; Viseu; Vouzela.

- Cerdilima (1): Barcelos; Ponte de Lima.

- Fernando Fernandes: integrado 100% Dibinorte

- José Soucasaux: Barcelos

- Ribacer: Almeirim; Alpiarça; Benavente; Cartaxo; Rio Maior; Salvaterra de Magos; Santarém.

- SoSousas: Madeira e Porto Santo;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

- Suminho: Amares; Braga; Guimarães;
- Teles: Alandroal; Évora; Montemor-o-Novo; Mourão; Portel; Redondo; Reguengos de Monsaraz; Vendas Novas; Viana do Alentejo; Vila Viçosa.
- Vidis C (Coimbra): Anadia; Cantanhede; Coimbra; Condeixa-a-Nova; Mealhada; Oliveira do Bairro.
- DSB CER / DSB Alcanena; Chamusca; Entroncamento; Golegã; Torres Novas.
- Bastos & Bastos: Aveiro; Ílhavo; Vagos;
- F. Gomes: Arcos de Valdevez; Melgaço; Monção; Paredes de Coura; Ponte da Barca; Valença; Vila Nova de Cerveira.
- Rota do Lis: Batalha; Leiria; Marinha Grande; Porto de Mós.
- Segorbe, Ferreira & Mesquita: Ferreira do Zêzere; Tomar; Vila Nova da Barquinha; Vila Nova de Ourém.
- FGP: Alcobaça; Alenquer; Arruda dos Vinhos; Azambuja; Bombarral; Cadaval; Lourinhã; Mafra; Nazaré; Peniche; Sobral de Monte Agraço; Torres Vedras; Vila Franca de Xira
- José Francisco: Guimarães; Póvoa de Lanhoso; Terras de Bouro; Vieira do Minho.
- Besul: Alcochete; Almada; Barreiro; Moita; Montijo; Palmela; Seixal; Sesimbra; Setúbal.
- Cerdisa (1): Felgueiras; Lousada; Paços de Ferreira; Paredes; Penafiel; Vizela.
- Teófilo: Albufeira; Lagoa; Monchique; Silves.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

(1) A Cerdilima e a Cerdisa consideram-se o mesmo distribuidor.

- Outras características do mercado aludidas na impugnação judicial:

60. O mercado cervejeiro em Portugal está assente, primordialmente, em quatro empresas, concretamente:

- Super Bock Bedidas, S.A. (comercializa as marcas Super Bock, Cristal, Carlsberg, Cheers e Marina);

- SCC – Sociedade Central de Cervejas e Bebidas, S.A. (comercializa as marcas Sagres, Imperial, Heineken e Cergal);

- SUMOL/COMPAL, S.A. (comercializa a marca Tagus e a Estrella Damm);

- Font Salem – Companhia de Indústria de Bebidas e Alimentação, S.A. (comercializa a marca Cintra, em exclusivo para uma central de Cash&Carry da Unimark).

61. Não obstante o mercado principal em que estas empresas actuam seja o cervejeiro, as mesmas comercializam outras bebidas além de cerveja, como por exemplo água engarrafada, refrigerantes, sumos, vinhos e café;

62. Em termos de quotas de mercado, a Recorrente e a SCC, conjuntamente, representam, grosso modo, cerca de 90% do mercado nacional da cerveja;

63. Sabendo que o sector cervejeiro português apresenta uma estrutura de mercado Duopolista, é possível afirmar que cada empresa toma as suas decisões, relativamente às variáveis estratégicas que controla [como preços, quantidades, marketing (planeamento do produto, publicidade e distribuição) e I&D



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

(Inovação & Desenvolvimento)], tendo em conta, nomeadamente, as decisões e reacções da rival;

64. No mercado cervejeiro, a diferença entre os custos dos factores (entendido como o conjunto dos elementos custos, incluindo dos diversos intervenientes na cadeia de produção e/ou cadeia de abastecimento – como o seja, a margem de lucro) e os preços de mercado são reduzidos, sendo um mercado, tendencialmente, de venda em quantidades;

I.4 Comportamentos:

I.4.1 Introdução:

65. Entre a Super Bock e a sua rede de distribuidores independentes (doravante designados “distribuidores”) existe uma relação comercial, no âmbito da qual estes adquirem àquela um conjunto variado de bebidas, incluindo cervejas, águas engarrafadas, sumos/refrigerantes, sidras e vinhos para, nomeadamente, revenderem ao retalho no canal HoReCa;

66. As relações comerciais entre a Super Bock e os distribuidores desenvolvem-se com base em contratos de distribuição exclusiva para determinada área geográfica de vendas;

67. Os distribuidores não têm nenhuma relação de grupo com a Super Bock e, nos termos e para os efeitos dos referidos contratos, são tomadores do risco comercial e financeiro associado à revenda dos produtos em causa e ao negócio de distribuição por si prosseguido;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

68. Estes contratos têm a duração de um ano, com prorrogações iguais e sucessivas, podendo, a qualquer momento, ser cessados por qualquer uma das partes;

69. No âmbito destes contratos, a Super Bock e os distribuidores negociam objectivos de venda para estes distribuidores, para cada ano e para cada grupo de produtos, estando previsto nos contratos de distribuição que caso os mesmos não sejam atingidos, que a Recorrente poderá resolver o contrato de distribuição;

70. Nos termos dos contratos celebrados, é acordada a atribuição aos distribuidores de um território exclusivo de vendas (tipicamente correspondente a um concelho ou conjunto de freguesias);

71. Os distribuidores da Super Bock são em número não concretamente apurado, mas que rondará o número de 39, os quais se encontram repartidos geograficamente pelas zonas norte, centro e sul, especificadamente Minho, Trás-os-Montes, Beira Interior, Douro Litoral, Beira Litoral, Algarve, Estremadura e Alentejo + Estremadura Interior, excepto nas concretas áreas acima identificadas onde operam as vendas directas da Recorrente Super Bock;

72. Às 8 áreas geográficas referidas acresce a área correspondente ao arquipélago da dos Açores, abastecido mediante cinco distribuidores, nos moldes acima mencionados (excepto, desde 2014, as ilhas do Faial e do Pico cujo abastecimento é feito mediante operações directas da Recorrente);

**IV.4.2 Fixação e imposição directa dos preços de revenda:**



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

73. No decurso das relações comerciais estabelecidas entre os distribuidores e a Super Bock, esta tem vindo a fixar e a impor, de forma regular, generalizada (a toda a rede de distribuidores) e sem quaisquer alterações durante o período de, pelo menos, 15 de Maio de 2006 a 23 de Janeiro de 2017, as condições comerciais que aqueles têm obrigatoriamente de cumprir na revenda dos produtos que adquirem à Super Bock, designadamente, os preços que cobram aos seus clientes retalhistas, quer concretamente, quer em termos mínimos, ou em termos mínimos médios;

74. A Super Bock arroga-se expressamente do direito a fixar tais preços de revenda dos produtos que comercializa, sem que, na prática, seja reconhecida aos distribuidores capacidade para auto-determinação nesta matéria;

75. A referida prática é implementada pela Super Bock através dos seus colaboradores, internamente designados, consoante o âmbito das funções que ocupam, por Gestores de Rede, Gestores de Área ou Gestores de Mercado;

76. Os Gestores de Mercado têm por função acompanhar o desenvolvimento do negócio dos distribuidores in loco, ou seja, são presença diária nas instalações dos distribuidores, chegando mesmo a acompanhá-los na visita aos respectivos clientes;

77. Aos Gestores de Área ou de Rede, superiores hierárquicos daqueles, cabem outras funções específicas, ainda que muito vocacionadas para o contacto directo com os parceiros (incluindo, distribuidores) da Super Bock, alocados em função da área geográfica ou do canal de distribuição em causa;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

78. A maioria das vezes os colaboradores da Visada Super Bock impõem aqueles preços de revenda aos distribuidores de forma oral ou transmitem-nos por escrito, via mensagens de correio electrónico;

79. Os preços de revenda impostos aos distribuidores são determinados pela Recorrente Super Bock de forma a garantir a manutenção de um nível mínimo de preços, estável e alinhado, em todo o mercado nacional;

80. O procedimento habitual para a fixação e imposição dos preços de revenda aos distribuidores consiste no seguinte: com uma periodicidade mensal (regra geral), a Direcção de Vendas da Recorrente Super Bock aprova uma tabela de preços mínimos de revenda que depois é encaminhada pelos Gestores de Rede ou Gestores de Mercado da Visada Super Bock aos respectivos distribuidores, muitas vezes com a indicação de que a implementação dos preços é obrigatória, não podendo ser praticados preços inferiores ao mínimo fixado, sob pena do incumprimento ser sinalizado pelos colaboradores da Visada Super Bock responsáveis pela Coordenação e Controlo à Direcção de Vendas que tomará medidas em conformidade;

81. Há ainda ocasiões em que a Super Bock, reagindo ao reposicionamento de preços pelos seus concorrentes, impõe de forma directa, generalizada e imediata, aos distribuidores novos preços mínimos ou fixos de revenda;

82. Apesar de existirem casos pontuais em que tal não sucede, os preços de revenda fixados pela Recorrente Super Bock (quer nos moldes supra



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

descritos, quer de forma indirecta, nos moldes que infra se evidenciará) são, generalizadamente, de facto, implementados pelos distribuidores;

83. Constitui uma prática habitual e generalizada para os colaboradores da Super Bock solicitar expressa e directamente aos distribuidores (em conversa telefónica ou presencial) o respeito pelos preços de revenda indicados pela Super Bock;

**IV.4.3 Controlo e monitorização:**

84. A Recorrente Super Bock mantém formas de controlo e monitorização sobre os preços de revenda praticados pelos distribuidores;

85. O sistema de controlo e monitorização implementado pela Recorrente Super Bock assenta, essencialmente, na imposição aos distribuidores de uma obrigação de reporte de informação relativa à revenda, incluindo quantidade e valores, solicitando-lhes, por exemplo, que enviem periodicamente as facturas das suas vendas e no reporte de incumprimentos pela equipa de Gestores de Rede e Gestores de Mercado e pela equipa de Coordenação e Controlo à Direcção de Vendas;

**IV.4.4 Formas de retaliação:**

86. A Recorrente Super Bock intimida os distribuidores com diversas formas de retaliação, como o corte de incentivos financeiros (e.g. descontos comerciais aplicáveis à compra dos produtos pelos distribuidores à Super Bock e reembolso de descontos praticados pelos distribuidores na revenda), de fornecimento e reposição de stocks, como forma de os obrigar a praticar os preços de revenda por si fixados;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

87. A Recorrente chega a cortar efectivamente aos distribuidores o fornecimento de produto e a comparticipação (reposição) dos preços de revenda em caso de incumprimento das condições de transacção aplicáveis à revenda por si fixadas;

88. De forma a não se encontrarem numa situação de incumprimento, muitas vezes, são os próprios distribuidores a solicitar à Super Bock que indique os preços de revenda, obstando à possibilidade de virem a sofrer retaliações por parte da Recorrente Super Bock, que se lhes apresentam como credíveis;

89. Os distribuidores queixam-se à Recorrente Super Bock, em vez de praticarem outros preços, quando consideram que os preços de revenda que lhes são impostos não são competitivos ou quando verificam que distribuidores concorrentes estão desalinados e, portanto, mais lucrativos, obstando à possibilidade de virem a sofrer retaliações daquela;

**IV.4.6 Fixação dos preços de revenda por meios indirectos:**

90. De acordo com a Cláusula 2, n.º 1, dos Contratos de Distribuição celebrados entre a Super Bock e os distribuidores, “[o]s Produtos serão vendidos pela UNICER ao distribuidor de harmonia com as tabelas de preços e condições gerais de venda da UNICER que se consideram, para todos os efeitos, elementos integrantes deste contrato”;

91. Já o n.º 2 da mesma cláusula estipula que “A UNICER poderá alterar, a todo o tempo e por uma ou mais vezes, mediante comunicação dirigida ao



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

DISTRIBUIDOR, as tabelas de preços e as condições gerais de venda referidas no número anterior”;

92. Está igualmente previsto no n.º 3 que “No prazo de 30 dias a contar da comunicação referida no número anterior, poderá o DISTRIBUIDOR denunciar o contrato por simples comunicação dirigida à UNICER”;

93. Na prática, porém, as condições de venda são as que se encontram nas facturas, condições essas que são previamente comunicadas aos distribuidores, nomeadamente por mensagens de correio electrónico enviadas por colaboradores da Recorrente Super Bock àqueles;

94. Desde pelo menos 15 de Maio de 2006 e até pelo menos 23 de Janeiro de 2017, a Recorrente Super Bock fixa condições comerciais aos distribuidores, de forma regular e generalizada, garantindo-lhes margens de distribuição positivas, subordinadas ao cumprimento dos preços mínimos de revenda;

95. O mecanismo de formação do preço contempla as seguintes operações:

96. Em primeiro lugar, a Visada Super Bock determina o valor base de produto, que corresponde ao valor base de venda aos distribuidores;

97. Em segundo lugar, sobre o valor base incidem descontos comerciais em escada (rappel) e/ou outros, aplicáveis na venda aos distribuidores;

98. Em terceiro lugar, ao valor base acresce, quando aplicável, o IEC – Imposto Especial sobre o Consumo, debitado aos distribuidores;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

99. Em quarto lugar, os colaboradores da Visada Super Bock impõem aos distribuidores os descontos “ciclo”, geralmente numa base mensal, sendo que o montante de referência é geralmente o designado valor base;

100. Acresce o facto da Super Bock, em alguns casos, conceder (ou impor ao distribuidor que conceda) descontos “extra-ciclo” (EC) ou descontos especiais personalizados para cada tipo de cliente;

101. A maioria dos descontos extra-ciclo, desde pelo menos, 15 de Maio de 2006 até Fevereiro de 2015, eram concedidos, como sistema, sobre sell out ( ), sendo o seu valor apurado tendo por base os preços praticados pelos distribuidores aos seus clientes do HoReCa, estabelecendo a Recorrente mensalmente os preços mínimos (ainda que, por vezes, em termos médios) a que os distribuidores poderiam vender, que também serviam de limite até ao qual a mesma Recorrente suportaria os descontos “passados aos clientes” dos distribuidores, mediante “reposições”;

102. Essas reposições eram feitas pela Recorrente mediante notas de crédito;

103. Após Fevereiro de 2015 e até, pelo menos, 23 de Janeiro de 2017, o sistema de descontos sobre sell out continuou a vigorar para produtos em barril /pressão, concedidos também tendo por base os preços mínimos previamente estabelecidos pela Recorrente, estes contudo, apurados de forma personalizada, em função dos pontos de venda específicos (clientes dos distribuidores), servindo aqueles preços mínimos também de limite até ao qual a mesma Recorrente



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

suportaria os descontos “passados” a esses clientes dos distribuidores, mediante “reposições”;

104. Sem esses descontos sobre sell out, a margem da distribuição seria, em muitos casos, negativa, o que forçava os distribuidores a cumprir os níveis de preços de revenda impostos pela Recorrente Super Bock;

105. Os incentivos financeiros traduzidos nos descontos sobre “sell out” concedidos pela Recorrente Super Bock aos distribuidores eram, portanto, essenciais à manutenção da margem de distribuição em níveis positivos;

106. O consumidor, tradicionalmente, não distingue se o produto que consome à pressão é da Recorrente ou de outra marca, sendo que para os pontos de venda o importante passa a ser apenas o preço que conseguem obter na sua compra, na medida em que o consumidor não valoriza ou distingue as outras características;

107. A venda do produto de barril não prescinde da intervenção da Recorrente e da sua presença e interacção directamente no ponto de venda, atenta a necessidade de serem fornecidos e mantidos os equipamentos para a extração da cerveja do barril, que são propriedade da Recorrente Super Bock;

108. Mesmo após Fevereiro de 2015 e até, pelo menos, 23 de Janeiro de 2017, os descontos sobre sell out continuaram a ser realizados pela Recorrente, embora de forma mais pontual, a pedido do distribuidor, relativamente a produtos engarrafados / enlatados, sempre que este precisava dos mesmos para manter um cliente ou captar um novo;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

109. Ainda assim, durante todo o período de 15 de Maio de 2006 até 23 de Janeiro de 2017, a Recorrente, quando o entendia, também impunha e fixava aos distribuidores descontos máximos que estes tinham obrigatoriamente que aplicar aos respectivos clientes, de forma que os distribuidores se viam obrigados a, na prática, respeitar um determinado nível mínimo de preços de revenda, sob pena de terem uma margem de distribuição negativa;

110. Desde 15 de Maio de 2006 até 23 de Janeiro de 2017 que os descontos máximos e outras condições comerciais são, muitas vezes, prévia e directamente negociadas pela Super Bock com os clientes dos distribuidores (operadores retalhistas);

111. Por um lado, a Super Bock, em certas ocasiões, aborda directamente os clientes dos distribuidores, com quem contratualiza determinadas condições comerciais para a compra dos produtos, condições essas que posteriormente impõe aos distribuidores para implementação na revenda aos clientes em causa;

112. No caso de serem os próprios clientes dos distribuidores a exigirem a aplicação de um desconto promocional, ou quando estes pretendam negociar ou renegociar as respectivas condições comerciais, os distribuidores, por sua vez, ou encaminham os mesmos para um comercial da Super Bock, que depois decidirá quais as condições comerciais aplicáveis e/ou em que termos os descontos promocionais serão aplicados pelos distribuidores ou solicitavam os próprios distribuidores autorização à Super Bock para realizar o negócio para esta lhe repor a margem;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

113. O objectivo da Recorrente era garantir a manutenção de um nível mínimo de preços, estável e alinhado, em todo o mercado nacional;

**IV.5 Envolvimento dos membros do conselho de administração da Recorrente Super Bock, em especial do Recorrente** [REDACTED]

114. O órgão de administração da Super Bock está directamente envolvido na prática de fixação e imposição de preços de revenda, tendo conhecimento acerca dos factos dados como provados e estabelecendo as directrizes de acordo com as quais os factos que estão em causa nos autos são implementados, verificando-se esse conhecimento e promoção da conduta, ao longo do tempo, designada e especificamente por parte dos membros do conselho de administração [REDACTED]

[REDACTED] ( );

115. No período entre 31 de Março de 2014 até 07 de Novembro de 2016, o Recorrente [REDACTED] foi vogal do conselho de administração da Super Bock, com o pelouro comercial, tendo conhecimento directo acerca dos factos dados como provados, pelo menos, respeitantes ao período de 1 de Fevereiro de 2015 e 07 de Novembro de 2016;

116. O Recorrente [REDACTED] esteve presente, pelo menos, numa das reuniões, que se realizou em Janeiro de 2015, sobre projectos da Super Bock, entre os quais os projectos “Gestão de Canais” e “Partnership for Growth”;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

117. A reunião em causa consistiu numa reunião onde parte dos membros da administração e da direcção comercial da Super Bock reuniam em contexto de um steering group com o objectivo de trabalhar os referidos projectos, em sede dos quais, designadamente, era definida a política comercial da empresa, o que passava pela definição de preços fixos de revenda de um conjunto de produtos chave e, a partir daí, pela definição da rentabilidade dos distribuidores (“modelo de remuneração dos distribuidores”), onde se decidiu que o desconto em factura do distribuidor reflectia o preço de revenda pretendido pela Recorrente no mercado, descontos que os distribuidores deveriam auferir e sistema de monitorização e controlo para garantir o cumprimento daqueles preços no mercado, não admitindo que o distribuidor possa determinar autonomamente a sua política comercial;

118. O Recorrente [REDACTED] também esteve presente nas reuniões realizadas sobre o mesmo assunto, em Fevereiro e Março 2015, na qualidade de administrador, o qual detinha o controlo da actividade da empresa e desempenhava um papel transversal de direcção, coordenação e supervisão das equipas e respectivos projectos, contribuindo activamente para a definição das directrizes de acordo com as quais a estratégia de fixação dos preços de revenda seria implementada;

119. Para além disso, o Recorrente era o sponsor dos projectos citados, fazendo parte do steering committee (comité de decisão), juntamente, nomeadamente, com o Recorrente [REDACTED], que aprova todos os aspectos relativos aos projectos, incluindo a definição de preços mínimos de revenda;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

120. O seu conhecimento e participação do Recorrente nos factos dados como provados baliza-se no período que medeia, pelo menos, 1 de Fevereiro de 2015 e 07 de Novembro de 2016;

121. Não adoptou as medidas adequadas a pôr termo aos comportamentos em causa nestes autos.

**IV.6 Envolvimento dos responsáveis pela direcção do departamento comercial da Recorrente Super Bock, em especial do Recorrente** [REDACTED]

[REDACTED]:

122. As funções que, no âmbito da prática em causa nos autos, competiam à Direcção de Vendas Super Bock e que foram sendo identificadas nos factos precedentes eram implementadas pelos directores do departamento comercial da Super Bock para o canal HORECA, verificando-se esse conhecimento e promoção da conduta, ao longo do tempo, designada e especificamente por parte dos seguintes directores dessa área: [REDACTED] ) e [REDACTED]

[REDACTED]

123. O Recorrente [REDACTED] foi director do departamento comercial da Recorrente Super Bock para as vendas no On Trade desde, pelo menos, 4 de Fevereiro de 2013;

124. Desde, pelo menos, 7 de Fevereiro de 2013 até, pelo menos, 13 de Janeiro de 2017, que o Recorrente [REDACTED] tinha também ele conhecimento directo acerca dos factos em causa nos autos e dados como provados, por referência ao citado período, desempenhando ainda um papel activo na coordenação e supervisão da estratégia de fixação e imposição dos preços de



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

revenda em causa no presente caso, instruindo os gestores de rede a verificar o preço a que os distribuidores devem revender;

125. Todas as acções comerciais que implicassem alterações aos descontos aplicáveis na revenda e, conseqüentemente, alterações ao preço fixo de revenda (previamente definido pela Super Bock) eram expressamente autorizadas pela direcção de vendas da Super Bock, em particular, por [REDACTED];

126. [REDACTED] participava na estratégia de fixação e imposição de preços de revenda e modo como se concretizava, também e entre outros aspectos, na coordenação entre as equipas responsáveis pelos vários canais de distribuição, de forma a garantir o nivelamento dos preços praticados pelos distribuidores;

127. [REDACTED] esteve presente nas mesmas reuniões em que esteve [REDACTED], realizadas em Fevereiro e Março de 2015, na qualidade de director do departamento comercial da Super Bock com um papel transversal de coordenação e supervisão das equipas e respectivos projectos, contribuindo activamente para a definição das directrizes de acordo com as quais a estratégia de fixação dos preços de revenda seria implementada;

128. Ao Recorrente [REDACTED], na qualidade de Director Comercial para as vendas no on-trade, cabiam funções específicas, designadamente de coordenação e supervisão das equipas de vendas e o controlo da actividade comercial neste canal;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

129. Apesar de exercer esta posição de liderança e o controlo da actividade nas áreas em que ocorreram os comportamentos, não adoptou nenhuma medida para lhes pôr termo imediatamente ou deles se distanciar;

130. Se necessário, o Recorrente [REDACTED] contactava os distribuidores com vista a reforçar a posição da Super Bock;

131. Actualmente, o Recorrente [REDACTED] já não trabalha junto da Recorrente Super Bock;

**IV.7. Outros factos:**

132. Os anos de 2006 a 2012 – com especial incidência nos anos de 2006 a 2010 – foram anos financeira e economicamente frágeis e voláteis, não só em virtude da conjuntura económica sofrida na altura (com abalo transversal na estruturas e tecidos de mercado), como também em virtude da ferocidade da pressão concorrencial exercida pela Sociedade Central de Cervejas, resultando num decréscimo de vendas, perda de quota de mercado e problemas financeiros;

133. Os Recorrentes [REDACTED] e [REDACTED] foram determinantes para a alteração do modelo de negócio da Recorrente, em Fevereiro de 2015, no que se reporta aos descontos concedidos sobre sell out, nos termos dados acima como provados;

134. Para além da tendência generalizada dos distribuidores de seguir os preços determinados pela Recorrente, desconhecem-se outros efeitos dos factos imputados aos Recorrentes no mercado, quer junto dos operadores económicos, quer junto dos consumidores;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

135. Relativamente a um cenário económico voltado para a exportação, Portugal não é considerado um dos maiores produtores de cerveja da União Europeia, produzindo menos de 2% da cerveja produzida pelos 28 países da EU;

136. No período da prática em causa foi lançado pela concorrência um novo produto de sidra “Bandida do Pomar”;

137. A cerveja Estrella Damm foi conquistada por outros operadores e mercados, como é o caso da concorrente Sumol Compal;

138. Em data não concretamente apurada mas no ano 2018, a Recorrente adoptou e fez circular internamente um manual de compliance de procedimentos tendentes a uma postura concorrencialmente de acordo com as directrizes legais e regulamentares;

139. Após 2017, também tem vindo a promover diversas acções de formação junto dos seus colaboradores sobre o domínio do Direito da Concorrência, com o objectivo de consciencializar e fortificar uma cultura interna pró-concorrencial;

140. Não são conhecidos antecedentes contra-ordenacionais aos Recorrentes singulares;

141. Por decisão de 18 de Dezembro de 1985, no processo de contra-ordenação n.º 1/85, o Conselho da Concorrência (extinto com a criação da AdC), impôs à então União Cervejeira EP a eliminação de todas as cláusulas que pudessem conduzir à fixação de preços nos contratos de distribuição (mesmo indirectamente, como seja a concessão do abono de frete), e ainda de todas as práticas que indirectamente produzissem esse resultado, como seja a construção de



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

tabelas de preços que pudessem, “por mau entendimento dos agentes”, conduzir à fixação de preços;

142. Por decisão de 13 de Julho de 2000, no processo de contra-ordenação n.º 2/99, o Conselho da Concorrência condenou a então Unicer – União Cervejeira SA numa coima no valor de cem milhões de escudos (100.000.000\$00) por violação da lei da concorrência, considerando que a Super Bock não dera cabal cumprimento à Decisão de 1985 (concluiu-se naquele processo que, relativamente às tabelas de preços e condições de venda, a remuneração do distribuidor fixada em função de um desconto sobre o preço de tabela para os distribuidores eliminava, de forma substancial, a concorrência intramarca formalmente permitida pelos contratos de distribuição), tendo esse procedimento contra-ordenacional sido declarado extinto por prescrição mediante acórdão da Relação de Lisboa, de 28 de Março de 2001;

143. No processo de contra-ordenação n.º PRC 01/03, o conselho de administração da AdC considerou que se mantinham sérios indícios de cláusulas restritivas da concorrência nos acordos de distribuição da então Unicer – Distribuição de Bebidas, SA e que “ao manter, até muito recentemente, a mesma estrutura formal das tabelas de preços por si praticados, não obstante os compromissos anteriormente assumidos junto do ex-Conselho da Concorrência, no sentido da sua total reestruturação, vinha a potenciar, indiretamente, o seu efeito uniformizador induzindo os distribuidores a alinhar os preços praticados com os seus clientes em função da tabela de preços da empresa”;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

144. O Conselho de administração da AdC viria a ordenar o arquivamento do inquérito na sequência de alterações aos contratos de distribuição propostas pela Visada;

145. Relativamente ao ano de 2020, o Recorrente [REDACTED] apresentou rendimentos em Portugal ilíquidos de trabalho dependente no valor de € [REDACTED] e o Recorrente [REDACTED], em Portugal, apenas rendimentos prediais ilíquidos no valor de € [REDACTED] embora não esteja a residir no território nacional, não tendo comprovado que rendimentos a título de trabalho (dependente ou independente) auferia actualmente;

146. A Recorrente Super Bock, por referência ao ano de 2020, apresentou vendas e serviços no valor € 332.960.377,00 e um resultado líquido do período de € 28.701.301,00, empregando 831 trabalhadores;

**IV.8 Do elemento subjectivo:**

147. A Recorrente Super Bock agiu de forma livre, voluntária, consciente e intencional, nunca tendo agido, durante o tempo em que a prática em causa durou, no sentido de lhe pôr termo ou de dela se distanciar, antes a prosseguindo, querendo, deliberadamente, criar um entrave à concorrência no mercado e beneficiar das vantagens do seu afastamento;

148. Actuou com a consciência de que os seus comportamentos consistiam em fixar, de forma directa e indirecta, os preços de revenda praticados por distribuidores independentes e de que esses comportamentos criavam um entrave à concorrência nos mercados afectados, sendo esse o seu objectivo;

149. Agiu plenamente consciente da censurabilidade da conduta;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

150. A Recorrente Super Bock conhecendo a ilicitude da prática que lhe é imputada, quis implementá-la e quis o seu resultado, mostrando-se insensível às suas consequências, nomeadamente à responsabilidade contra-ordenacional em que poderia vir a incorrer;

151. Os Recorrente singulares actuaram de forma livre, voluntária, consciente intencional, na prática dos factos em causa.

\*

**B) FACTOS NÃO PROVADOS**

Não se considerou provado que:

I.3 Identificação e caracterização dos mercados envolvidos:

1. É na totalidade do território nacional que, para o canal HORECA (on-trade), a Super Bock recorre a uma rede de distribuidores independentes, que compra os produtos para revenda, como provado;

2. Na Madeira, o território é abastecido com os produtos da Recorrente através de distribuidores autónomos;

3. Nos Açores, os distribuidores constituem agentes da Visada, na medida em que não assumem um risco financeiro e comercial significativo;

4. Um consumidor fidelizado à “Somersby”, dificilmente transferirá a sua procura para um produto concorrente;

I.4 Comportamentos:

I.4.1 Introdução:



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

5. É a Super Bock que fixa unilateralmente os objectivos de venda aos distribuidores;

6. Para o caso dos distribuidores não cumprirem os objectivos estabelecidos anualmente, os contratos prevêm a possibilidade da Recorrente denunciar o contrato de distribuição;

7. Os preços mínimos fixados pela Recorrente e comunicados aos distribuidores apenas serviam de patamar até ao qual a Recorrente, mediante descontos sobre sell out, estava disposta a baixar o seu preço de venda aos distribuidores;

8. A concessão de descontos extra-ciclo apenas tinha o propósito de tornar os distribuidores mais competitivos no mercado;

- Outras características do mercado aludidas na impugnação judicial:

9. A Recorrente, em sede do mercado cervejeiro, para aumentar os lucros apenas entende como forma mais profícua para atingir esse desiderato o aumento das quotas de mercado, através da diminuição dos preços;

10. A partir de 2015 deixaram de existir descontos sobre sell out nos produtos engarrafados vendidos pela Recorrente aos distribuidores;

11. Os factos imputados aos Recorrentes não tiveram quaisquer efeitos no mercado, quer junto dos operadores económicos, quer junto dos consumidores;

IV.4.4 Formas de retaliação:



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

12. A Recorrente Super Bock, como forma de os obrigar a praticar os preços de revenda por si fixados, para além do que ficou provado, também ameaça os distribuidores com a cessação dos contratos de distribuição;

13. É apenas por medo das retaliações da Recorrente que os distribuidores se queixam à Recorrente Super Bock, quando surgem, como provado, situações em que consideram que os preços de revenda que lhes são impostos não são competitivos ou quando verificam que distribuidores concorrentes estão desalinhados e, portanto, mais lucrativos;

IV.4.5 Fixação e imposição directa do Preço de Venda ao Público:

14. Desde 15 de Maio de 2006 a 23 de Janeiro de 2017, que a prática de fixação e imposição de preços levada a cabo pela Super Bock visa também os preços de venda ao público, impondo a sua implementação directamente nos pontos de venda, impondo os preços a que operadores retalhistas revendem aos consumidores, com o intuito de garantir um determinado posicionamento do preço ao consumidor “na prateleira” ou “no mercado”, fixando, neste contexto, também aquilo que designa por “preço de venda a retalho” ou “preço de prateleira” ou PVP;

15. A Recorrente também controla e monitoriza os preços de venda ao público praticados por operadores retalhistas;

16. Esta imposição do PVP no canal HORECA é assegurada por duas vias:

17. Por um lado, a Super Bock desloca-se aos pontos de venda para aí negociar os PVP directamente com esses operadores, visitando esses



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

pontos de venda para verificar se o PVP está de acordo com o fixado, para negociar o respectivo alinhamento, incluindo, se necessário for, reforçando a margem do PdV (ponto de venda), no âmbito da definição de estratégia para o posicionamento de determinado produto no mercado;

18. Por outro lado, sempre que os PVP estejam desalinhados com o nível por si fixado, a Super Bock actua a montante, reposicionando os preços de revenda junto dos distribuidores e de outros canais de distribuição e influenciando o fluxo de stocks que chega ao retalho;

19. Para os efeitos da fixação e controlo dos PVP, a Super Bock define a estratégia comercial para os produtos que comercializa com base nos resultados do controlo e monitorização que efectivamente exerce sobre os preços no mercado;

20. Este sistema de controlo e monitorização é assegurado pelo reporte dos seus próprios colaboradores, mas também pelo reporte dos operadores activos nos vários canais de distribuição.

21. Ao actuarem nos moldes escritos neste item, os Recorrentes agiram de forma livre, voluntária, consciente e intencional, conscientes da censurabilidade da conduta;

IV.4.6 Fixação dos preços de revenda por meios indirectos:

22. Os colaboradores da Visada Super Bock impõem que os distribuidores implementem os descontos “ciclo” na revenda;

23. É obrigatório os distribuidores encaminharem os seus próprios clientes quando estes, tal como provado, exigem a aplicação de um desconto



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

promocional, ou quando estes pretendam negociar ou renegociar as respectivas condições comerciais;

24. A norma é que a Super Bock aborde para todos os produtos directamente os clientes dos distribuidores;

25. Os descontos sobre sell out, até Fevereiro de 2015, não eram usuais e apenas se destinavam a promoções que duravam determinado período;

26. A política de descontos sobre sell out era potenciadora apenas de originar preços mais baixos na cadeia de venda e no consumidor;

IV.5 Envolvimento do Recorrente [REDACTED]:

27. O Recorrente tinha conhecimento que a Recorrente Super Bock fixava e impunha preços aos pontos de venda para praticarem junto dos consumidores;

IV.6 Envolvimento do Recorrente [REDACTED],  
enquanto responsável pela direcção do departamento comercial da Super Bock para o canal HORECA

28. Todas as acções comerciais que implicassem alterações ao preço de venda ao público obrigatório eram expressamente autorizadas pela direcção de vendas da Super Bock, em particular, por [REDACTED];

29. O Recorrente tinha conhecimento que a Recorrente Super Bock fixava e impunha preços aos pontos de venda para praticarem junto dos consumidores;

IV.7. Outros factos:



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

30. Entre 2006 e 2007, houve um “pico de crescimento” da Sociedade Central de Cervejas e um aumento das vendas das marcas de distribuição e de discount;

31. A estratégia de actuação das empresas concorrentes da Recorrente e a aposta na sua vocação internacional não mereceu qualquer abrandamento motivado pela actuação da Recorrente;

32. Foi entre 15 de Maio de 2006 e 23 de Janeiro de 2017 que a Recorrente começou a comercializar vinhos tranquilos;

33. Com a prática em causa nos autos a Recorrente pretendia que fossem praticados preços mais baixos no mercado, objectivo esse que foi efectivamente conseguido pela Recorrente mediante a concessão de descontos sobre sell out aos distribuidores;

34. Os Recorrentes não tinham consciência de que os comportamentos que estão em causa nos autos eram proibidos por lei e estavam a praticar condutas desvaliosas à luz do direito, desconhecendo a proibição subjacente às mesmas;

35. Os preços no mercado, com a conduta da Recorrente, subiram efectivamente;

36. As condutas em causa nos autos apenas abrangeram os seguintes distribuidores e as áreas onde eles operavam e que se deram como provadas: JMSR; Refrescante; Sotarvil, Cerdilima, Fernando Fernandes, José Soucasaux, Ribacer, SoSousas, Suminho, Teles, Vidis C (Coimbra), DSB CER /



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

DSB, F. Gomes, Rota do Lis, Segorbe, FGP, José Francisco, Besul, Cerdisa e Teófilo;

37. Após Fevereiro de 2015, os descontos sobre sell out em produtos em barril/pressão são apenas a pedido do distribuidor e totalmente independentes do preço praticado pelos distribuidores junto do ponto de venda.

\*

Foi ainda consignado na sentença que:

A demais matéria quer constante da acusação, quer alegada pelos Recorrentes que não se compreendeu nem na matéria dada como provada nem na não provada se reporta a matéria considerada pelo tribunal como irrelevante para a boa decisão da causa, (nomeadamente quanto a factos alegados pelos Recorrentes, os mesmos, na sua esmagadora maioria, são factos que apenas consistem numa tese contrária à constante na decisão administrativa, que não importa ser levada à base factual), matéria de direito, de cariz meramente conclusivo ou meras remissões para meios de prova que não relevam para efeitos de subsunção dos factos ao direito.

\*

#### **IV. FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO**

##### **A) Recurso (interlocutório) do despacho proferido em 9/9/2020:**

Insurgem-se os recorrentes contra o despacho proferido em 9/9/2020 (ref. citius 270375), que indeferiu a realização da prova pericial requerida.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

O segmento do despacho posto em crise é o seguinte:

«- Da requerida perícia pelos Recorrentes, em sede de impugnação judicial:

Os Recorrentes vieram requerer a realização de perícia, cujo objecto indicam como sendo o seguinte:

*“Efeitos das alegadas práticas restritivas imputadas à Recorrente, nos mercados relevantes considerados pela Autoridade da Concorrência, em particular nos mercados das cervejas, das águas com gás e das águas lisas”.*

*Tanto o Ministério Público, como a Autoridade da Concorrência vieram opor-se à sua realização, considerando o tipo de infracção que é imputada aos Recorrentes, em que se revela despiciendo o apuramento dos efeitos das práticas imputadas aos Recorrentes.*

*Na verdade, não podemos deixar de estar mais de acordo com o Ministério Público e a Autoridade da Concorrência.*

*Os Recorrentes vêm acusados da adopção de práticas de restrição da concorrência por objecto, infracção essa prevista na al. a) do n.º 1 do artigo 9.º do RJC e da al. a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.*

*Ora, porque assim é, averiguação dos efeitos concretos da alegada prática no mercado mostra-se totalmente supérflua e irrelevante, ou seja, bastará a comprovação do objecto ou objectivo anticoncorrencial para que o alegado acordo deva ser invalidado, o que torna despicienda a análise dos seus efeitos na estrutura concorrencial do mercado, estando-se perante meras “infracções de perigo” – vide, neste sentido, Miguel Gorjão Henriques e Catarina Anastácio, in Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense, 2.ª Ed., pág. 192 e ss, Almedina.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

*Decorre do disposto no artigo n.º 1 do artigo 476.º do CPC, ex vi do artigo 4.º do CPP, ex vi do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO, ex vi do artigo 83.º do RJC, que a perícia é indeferida sempre que se mostre impertinente, o que é, salvo melhor opinião, o caso.*

*Decisão*

*Assim sendo e em face do exposto, por se considerar que não é relevante nem pertinente para a boa decisão da causa, decido indeferir a realização da prova pericial requerida pelos Recorrentes, em sede de impugnação judicial.*

*Notifique.»*

Notificados de tal despacho, os recorrentes vieram arguir nulidades e, subsidiariamente, interpuseram recurso para este Tribunal da Relação.

As nulidades foram apreciadas pelo Tribunal de 1ª instância nos termos constantes do despacho proferido em 2/10/2020 (ref. citius 274218), que se transcreve na parte que aqui nos interessa:

*«Requerimento entrado em juízo em 24.09.2020, ref.ª 45635:*

*Os Recorrentes, tendo sido notificados do despacho datado de 09.09.2020, vieram arguir as seguintes nulidades nas partes em que se decidiu (i.) pelo indeferimento do pedido de reenvio prejudicial, (ii.) pelo indeferimento da prova pericial:*

*- Nulidade por omissão de pronúncia quanto à inconstitucionalidade da restrição por objecto, nos termos disposto na al. al. c) do n.º 1 do artigo 379.º do Código de Processo Penal, ex vi artigo 41.º n.º RCGO, por remissão do artigo 66.º da LdC;*

*- Nulidade por omissão de pronúncia quanto à necessidade de demonstração da existência de um grau suficiente de nocividade do acordo e de um carácter sensível da restrição à*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

*concorrência, nos termos disposto na al. al. c) do n.º 1 do artigo 379.º do Código de Processo Penal, ex vi artigo 41.º n.º RCGO, por remissão do artigo 66.º da LdC;*

*- Nulidade por indeferimento da perícia, nos termos do disposto no n.º 1 e al. d) do n.º 2 do artigo 120.º do Código de Processo Penal, por se reputar de essencial para a descoberta da verdade, ex vi artigo 41.º n.º RCGO, por remissão do artigo 66.º da LdC.*

*Com o devido respeito, consideramos que o despacho em causa não padece de qualquer nulidade.*

*Em primeiro lugar, as questões suscitadas no sentido da inconstitucionalidade da restrição por objecto, nos termos disposto na al. al. c) do n.º 1 do artigo 379.º do Código de Processo Penal, ex vi artigo 41.º n.º RCGO, por remissão do artigo 66.º da LdC e da necessidade de demonstração da existência de um grau suficiente de nocividade do acordo e de um carácter sensível da restrição à concorrência, nos termos disposto na al. al. c) do n.º 1 do artigo 379.º do Código de Processo Penal, ex vi artigo 41.º n.º RCGO, por remissão do artigo 66.º da LdC são questões que deverão se abordadas apenas e tão-somente em sede de sentença final, não sendo o despacho que decide acerca do pedido de reenvio prejudicial ou que decide sobre a necessidade ou não de produção de um determinado meio de prova o local adequado para decidir sobre tais questões.*

*Na verdade, quando o tribunal tem de decidir acerca do reenvio prejudicial, não tem de tomar posição sobre a constitucionalidade de determinada norma quando interpretada em determinado sentido. Como nos parece óbvio, o objecto da decisão não é esse.*

*Por outro lado, quando o tribunal se pronuncia sobre determinado meio de prova dizendo que o mesmo é irrelevante porque está em causa uma acusação pela adopção de práticas de restrição da concorrência por objecto, infracção essa prevista na al. a) do n.º 1 do artigo 9.º do RJC e da al. a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, não tem de tomar posição sobre as questões substanciais que são*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

*invocadas pelos Recorrentes no sentido de ser ou não possível uma condenação por essa restrição da concorrência por objecto. Basta-lhe dizer que a acusação está formada nesse sentido e nesse sentido uma perícia para aferir dos efeitos concretos da alegada prática no mercado mostra-se totalmente supérflua e irrelevante. Mas já não está a dizer, nem tem, nem deverá sequer dizer que a condenação por práticas restritivas por objecto é ou não constitucional. Isso é matéria a decidir na sentença.*

*Ao contrário do que os Recorrentes defendem, o tribunal não decidiu qualquer tipo de matéria controvertida. Apenas fez constatações com base no processado. A condenação que está em causa é pela adopção de práticas de restrição da concorrência por objecto, mas não disse que essa condenação nos moldes assim definidos é ou não admissível ou se para condenar faltam ou não factos essenciais, já que é dever do tribunal, neste momento processual, coligir todos os elementos de facto para a boa decisão da causa na perspectiva das várias posições plausíveis de direito, mas nunca sem perder de vista a acusação, que define o objecto do processo. Se vier a considerar a acusação inadmissível nos termos pugnados pelos Recorrentes, apenas restará absolvê-los.*

*Finalmente quanto à nulidade por indeferimento da perícia, por se reputar essencial para a descoberta da verdade, consideramos aqui totalmente reproduzidos os argumentos que vertemos em sede do nosso despacho datado de 09.09.2020, quando aí se aduziram os nossos argumentos no sentido de relevo algum ter a diligência de prova requerida, nada mais havendo a acrescentar quanto a essa temática.*

*Pelo exposto, decido indeferir as alegadas nulidades do despacho de 09.09.2020.*

*Notifique.»*

No mesmo despacho em que indeferiu as nulidades, o tribunal *a quo* admitiu o recurso interposto subsidiariamente nos termos do art. 93º/1 do RJC (com



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

subida diferida, aquando do eventual recurso da decisão final, nos próprios autos e com efeito devolutivo), sendo que no final das alegações do recurso da sentença os recorrentes requerem a subida juntamente com este do recurso interposto em 24/9/2020.

Cumprе apreciar o recurso interlocutório.

Como se extrai da respectiva motivação, é imputado erro de julgamento ao despacho proferido em 9/9/2020, na parte em que indeferiu a realização da prova pericial.

Constatamos, desde logo, que em sede de fundamentação do alegado erro de julgamento se verifica uma duplicação dos argumentos invocados para fundamentar as nulidades arguidas.

Por outro lado, importa esclarecer que sendo este um recurso interlocutório, interposto de despacho proferido em momento anterior à sentença, carece de fundamento legal a arguição dos vícios previstos no art. 379º do CPP, como sucede com a omissão de pronúncia prevista na alínea c) do nº 1, porquanto tal preceito estabelece os casos de nulidade da sentença e não de outra decisão.

Qualquer outra nulidade do despacho posto em crise deverá ser apreciada à luz do regime das nulidades processuais previsto nos artigos 118º e seguintes.

Sob a conclusão 4 do recurso alegam os recorrentes que a perícia requerida foi indeferida com fundamento em que está em causa uma restrição da



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

concorrência por objecto, sendo considerada irrelevante a averiguação dos seus efeitos.

Invocam ainda omissão de pronúncia, por ter sido decidida a questão da restrição por objecto sem ter havido pronúncia sobre a inconstitucionalidade de tal restrição.

Não lhes assiste razão.

Desde logo, o recurso assenta num conjunto de premissas que se não verificam.

Em primeiro lugar, o tribunal *a quo* nada decidiu quanto à natureza da infracção, nem podia tê-lo feito, atenta a fase processual em que o processo se encontrava aquando da prolação do despacho posto em crise. Só na sentença compete ao tribunal decidir as questões suscitadas e designadamente pronunciar-se sobre a natureza da infracção, como veio a fazê-lo.

O que o tribunal recorrido decidiu no despacho sob recurso foi simplesmente indeferir a realização da perícia, que visava apurar os *“efeitos das alegadas práticas restritivas imputadas à Recorrente, nos mercados relevantes considerados pela Autoridade da Concorrência, em particular nos mercados das cervejas, das águas com gás e das águas lisas”*.

Como consta do despacho, a prova pericial foi indeferida por não ser considerada relevante nem pertinente para a boa decisão da causa, ao abrigo do disposto no art. 476º/1 do Código Processo Civil ex vi art. 4º do CPP, art. 41º do RGCO e art. 83º do RJC.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

É certo que o tribunal *a quo* convocou para a fundamentação do decidido a circunstância de os recorrentes virem *“acusados da adopção de práticas de restrição da concorrência por objecto, infracção essa prevista na al. a) do nº 1 do art. 9º do RJC e da al. a) do nº 1 do art. 101º do TFUE”*, considerando que *“a averiguação dos efeitos concretos da alegada prática no mercado mostra-se totalmente supérflua e irrelevante, ou seja, bastará a comprovação do objecto ou objectivo anticoncorrencial para que o alegado acordo deva ser invalidado, o que torna despicienda a análise dos seus efeitos na estrutura concorrencial dos mercados, estando-se perante meras infracções de perigo”*.

Tal argumentação prende-se com a natureza jurídica da infracção, que aquele tribunal, atendendo aos factos vertidos na acusação, qualificou naquele momento como restrição por objecto, mas tal pronúncia não constituiu, nem podia constituir qualquer afirmação definitiva ao nível da subsunção jurídica a que cabe proceder em sede própria, ou seja, na sentença, após valoração da prova produzida e decisão sobre a matéria de facto.

Nos termos do citado art. 476º/1 do Código Processo Civil, cabe ao juiz fazer um juízo liminar sobre a pertinência da perícia requerida, podendo indeferir o requerimento por a diligência ser impertinente ou dilatória e indeferir questões suscitadas pelas partes por desnecessárias, inadmissíveis ou irrelevantes.

Uma diligência de prova será impertinente (devendo, por isso, ser indeferida) se não for idónea para provar o facto que com ela se pretende demonstrar, se o facto se encontrar já provado por qualquer outra forma, ou se carecer de todo de relevância para a decisão da causa e, mais ainda, se nem de



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

questão de facto se tratar mas mera questão de direito ou se a perícia não for o meio próprio para provar certo facto. É impertinente ou dilatória a perícia que não respeita a factos condicionantes da decisão final ou que, embora a eles respeitando, o respetivo apuramento não depende de prova pericial, por não estarem em causa os conhecimentos especiais que aquela pressupõe [António Santos Abrantes Geraldes, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, Código de Processo Civil Anotado, vol. I, Almedina, 2ª edição pág. 560].

Em sede contraordenacional e jusconcorrencial, devemos antes convocar genericamente o regime ínsito no art. 72º/2 do RGCO (*“compete ao juiz determinar o âmbito da prova a produzir”*) e especificamente o disposto nos artigos 151º e 154º do CPP *ex vi* art. 41º do RGCO e art. 83º do RJC.

Nos termos do art. 151º do CPP, *«a prova pericial tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos»*. E de acordo com o preceituado no art. 154º/1 do mesmo compêndio processual, *«a perícia é ordenada, oficiosamente ou requerimento, por despacho da autoridade judiciária, contendo a indicação do **objecto da perícia** e os **quesitos a que os peritos devem responder**, bem como a indicação da instituição, laboratório ou nome dos peritos que realizarão da perícia»*.

No caso dos autos, a perícia foi requerida em sede de recurso de impugnação judicial, no âmbito da qual os visados juntaram um estudo de mercado que constitui o doc. nº 7.

Referem os recorrentes, na conclusão 1 do recurso, que *«tendo em consideração a tecnicidade do estudo elaborado e, principalmente, para que não se*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*suscitassem dúvidas quanto à imparcialidade do estudo realizado e à adequação das conclusões extraídas, a recorrente requereu, no recurso judicial da decisão final, uma perícia que permitisse analisar (e eventualmente) confirmar as conclusões do referido estudo.»*

Quer dizer, o objectivo da perícia requerida era confirmar um outro meio de prova (no caso, um documento junto com o recurso de impugnação da decisão da autoridade administrativa), indicando, aliás, os recorrentes o perito que pretendiam que fosse nomeado.

O tribunal de 1ª instância entendeu que a prova pericial não era pertinente nem relevante.

Porém, afigura-se-nos que o primeiro argumento para o indeferimento do requerido deveria ter sido a falta de objecto da perícia.

Na verdade, as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos (art. 341º do C. Civil). E por isso, a prova tem por objecto factos e não conceitos de direito.

Ora, os recorrentes não indicaram o/s facto/s que pretendiam demonstrar com a perícia. Limitaram-se a alegar que pretendiam ver esclarecido um conjunto de questões que reproduzem no ponto 39º A. do corpo das alegações de recurso – referindo que *“as questões que pretende ver esclarecidas são todas as que constam do recurso judicial da decisão final adoptada pela AdC»*.

As sessenta e seis perguntas aí formuladas não configuram o objecto concreto e adequado do meio de prova, como lhes competia definir e que não pode



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

confundir-se com a reprodução indiscriminada da matéria da acusação, inviabilizadora do competente juízo técnico-científico.

Por conseguinte, os recorrentes lançaram mão de um meio de prova para confirmar o teor de um estudo que juntaram aos autos (caso o mesmo suscitasse dúvidas), sem que, contudo, tenham definido o âmbito do exame pericial, indicando as questões concretas objecto desse meio probatório, não resultando, portanto, demonstrada a necessidade da perícia.

Ainda que assim não fosse, importa sublinhar que o indeferimento de prova na fase inicial do processo não impedia o tribunal, caso o entendesse, de ordenar a realização de outros meios probatórios numa fase subsequente, designadamente em sede de audiência de julgamento, no uso dos poderes que a lei lhe confere (art. 340º do CPP).

Do que vimos expondo é forçoso concluir pela improcedência da nulidade invocada ao abrigo do art. 120º/1 e 2 d) do CPP.

Por outra banda, face ao acima exposto, não padece o despacho posto em crise dos apontados erros de julgamento, dado que o tribunal recorrido não conheceu (nem poderia fazê-lo) da questão central atinente às práticas restritivas da concorrência previstas no art. 9º/1 do RJC e art. 101º do TFUE, sejam elas por objecto ou por efeito. E por consequência, não foi postergado qualquer princípio constitucional, designadamente os invocados princípios da culpa, da presunção de inocência, da ofensividade e da necessidade.

Muito menos incumbia ao tribunal *a quo*, na fase processual em que proferiu o despacho de 9/9/2020, apreciar quer a questão da inconstitucionalidade



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

do art. 9º do RJC, quer a questão do grau suficiente de nocividade do acordo e do carácter sensível da restrição à concorrência, questões que só podiam, como foram, analisadas na sentença e são objecto do recurso que sobre esta incidiu. Como acima referimos, carece de fundamento a invocação, nesta sede, do vício da omissão de pronúncia que o art. 379º/1 c) do CPP configura como um caso de nulidade da sentença (e não de outra qualquer decisão).

Embora com diversa fundamentação, deve manter-se o despacho recorrido, improcedendo totalmente o recurso interlocutório.

\*

**B) Recurso da sentença - erros de julgamento de direito**

Insurgem-se os recorrentes contra a subsunção do caso dos autos no art. 9º da Lei nº 19/2012, de 8 de Maio, que aprovou o Novo Regime Jurídico da Concorrência (RJC, na versão anterior à Lei nº 17/2022, de 17 de Agosto, sendo que, face ao disposto no art. 9º desta lei, a mesma não é aplicável aos presentes autos) e art. 101º/1 a) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), imputando à sentença recorrida diversos erros de julgamento de direito.

Atentemos no quadro jurídico em questão.

Dispõe o art. 9º/1 a) do RJC que:

*"São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

*os que consistam em fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação, nomeadamente os que consistam em:*

*a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação;"*

Tal preceito converge substancialmente com o teor do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, que estabelece:

*"São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:*

*a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação"*

O bem jurídico protegido por estas disposições é a concorrência.

O princípio da concorrência constitui um dos objectivos prosseguidos pela União Económica e Monetária, incluindo a construção do mercado interno.

No âmbito do direito nacional, a defesa da concorrência é uma incumbência constitucional do Estado Português, enquanto corolário da iniciativa económica privada e liberdade de empresa (art. 61º da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP), a que acresce uma dimensão associada à tutela do direito de propriedade privada (art. 62º) e aos direitos económicos dos consumidores (art. 60º). Compete, pois, ao Estado "assegurar o funcionamento eficiente dos



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral” (art. 81º alínea e) da CRP).

O nº 1 do citado art. 9º do RJC descreve um conjunto de comportamentos, traduzidos em acordos e práticas concertadas de empresas e decisões de associações de empresas, que têm por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do território nacional, procedendo o nº 2 do mesmo preceito a uma enumeração meramente exemplificativa de condutas típicas.

Extrai-se do uso da conjunção «ou» constante do texto da norma o carácter alternativo da condição aí prevista, ou seja, um acordo deve ter por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência.

Por outra banda, tem sido entendido que a referida disposição normativa delimita tipos de mera actividade e de perigo e tipos de resultado e de dano, consoante as acções típicas tiverem por objecto a restrição da concorrência ou provocarem esse mesmo efeito sobre a concorrência (cf. Lei da Concorrência Anotada, Coord. Carlos Botelho Moniz, Almedina, 2016, pág. 85).

A norma em análise encerra, pois, dois conceitos distintos de infracção ou restrição da concorrência: por objecto e por efeito, que adiante analisaremos.

Cumpramos apreciar, pela sua ordem lógica, os erros de julgamento de direito invocados pelos ora recorrentes.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

**a) (In)existência de acordo de fixação directa e/ou indirecta de preços;**

Contestam os recorrentes o entendimento do tribunal *a quo* de que a visada Super Bock procedeu à fixação, directa e indirecta, dos preços mínimos de revenda a praticar pelos distribuidores.

Imputam à decisão recorrida erro, quer ao qualificar o procedimento descrito na sentença como “*acordo*” para efeitos jusconcorrenciais, quer ao qualificar a prática em apreço como uma fixação *directa* dos preços.

Quanto à questão do «acordo», alegam na conclusão CXVII que o Tribunal *a quo* conclui pela existência de um “acordo” com recurso a elementos meramente indiciários, afastando-se do entendimento que tem sido perfilhado pela jurisprudência europeia, que exige a demonstração de que os distribuidores, de facto, seguiram os preços mínimos recomendados, nos termos exigidos pelo TJUE e pelas “Orientações relativas às restrições verticais” – 2010/C 130/01;

No que tange à fixação de preços, esgrimem sob a conclusão CXXXII que o Tribunal recorrido, partindo de factos que apenas poderiam, em abstrato, consubstanciar uma prática de fixação de preços por meios indirectos, acaba por concluir pela existência de uma situação de fixação directa e indirecta de preços, assente na premissa de que, entre 2006.05.15 e 2017.01.23, a Recorrente fixou e impôs, de forma regular, generalizada e sem quaisquer alterações, as condições comerciais que os seus distribuidores tinham obrigatoriamente de cumprir na revenda dos produtos por si produzidos e comercializados.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Contra manifestaram-se quer a AdC, quer o Ministério Público, pugnando pela improcedência deste segmento do recurso.

Começemos por analisar o invocado erro de julgamento respeitante ao «acordo».

Esta foi uma das questões objecto do pedido de reenvio prejudicial submetido ao TJUE na sequência do acórdão proferido nos presentes autos em 24/2/2022, tendo o **TJUE** declarado nos **pontos 2) e 3) do acórdão proferido em 29/6/2023 (processo C-211/22)** que:

2) *O artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que: existe um «acordo», na aceção deste artigo, quando um fornecedor impõe aos seus distribuidores preços mínimos de revenda dos produtos que comercializa, na medida em que a imposição desses preços pelo fornecedor e o seu respeito pelos distribuidores reflitam a expressão da vontade concordante dessas partes. Essa vontade concordante pode resultar quer das cláusulas do contrato de distribuição em causa, quando este contiver uma instrução expressa para respeitar preços mínimos de revenda ou, pelo menos, autorizar o fornecedor a impor esses preços, quer do comportamento das partes e, nomeadamente, da eventual existência de uma aceitação, expressa ou tácita, por parte dos distribuidores, de uma instrução para respeitar preços mínimos de revenda.*

3) *O artigo 101.º TFUE, lido em conjugação com o princípio da efetividade, deve ser interpretado no sentido de que:*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*a existência de um «acordo», na aceção deste artigo, entre um fornecedor e os seus distribuidores pode ser demonstrada não só através de provas diretas mas também através de indícios objetivos e concordantes, dos quais se possa inferir a existência desse acordo.*

Em sede de fundamentação, pode ler-se no mesmo acórdão do TJUE (parágrafos 46 a 53), quanto à terceira e quinta questões prejudiciais relativas ao conceito de «acordo», na aceção do art. 101º do TFUE, que:

*«46. Não obstante, à leitura dos factos apurados pelo órgão jurisdicional de reenvio, pode considerar-se que estas questões se inscrevem num contexto em que a **Super Bock envia, de forma regular, aos seus distribuidores tabelas de preços mínimos de revenda e de margens de distribuição.** Resulta desses factos apurados que os preços de revenda assim indicados são, **na prática, seguidos pelos distribuidores**, que, por vezes, solicitam essa indicação e não hesitam em queixar-se à Super Bock dos preços enviados, ao invés de praticarem outros preços. Por último, segundo os referidos factos, a indicação dos preços mínimos de revenda é acompanhada de mecanismos de **monitorização dos preços** e o incumprimento desses preços pode dar lugar a **medidas de retaliação** e conduzir à aplicação de **margens de distribuição negativas.***

47 Feita esta precisão preliminar, importa recordar que, em conformidade com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, para que haja «acordo», na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, **basta que as empresas em causa tenham manifestado a sua vontade comum de se comportarem no**



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

**mercado de uma forma determinada** (Acórdão de 18 de novembro de 2021, *Visma Enterprise*, C-306/20, EU:C:2021:935, n.º 94 e jurisprudência referida).

48 Um acordo não pode, assim, basear-se na expressão de uma política puramente unilateral de uma parte num contrato de distribuição (v., neste sentido, Acórdão de 6 de janeiro de 2004, *BAI e Comissão/Bayer*, C-2/01 P e C-3/01 P, EU:C:2004:2, n.os 101 e 102).

49 Todavia, um ato ou um comportamento aparentemente unilaterais constituem um acordo, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, se forem a **expressão da vontade concordante de, pelo menos, duas partes**, não sendo a forma como se manifesta essa concordância, per se, determinante (v., neste sentido, Acórdão de 13 de julho de 2006, *Comissão/Volkswagen*, C-74/04 P, EU:C:2006:460, n.º 37).

50 Essa vontade concordante das partes pode resultar quer das cláusulas do contrato de distribuição em causa, quando contém uma instrução expressa para observar os preços mínimos de revenda ou, pelo menos, autoriza o fornecedor a impor esses preços, quer do **comportamento das partes e, nomeadamente, da eventual existência de uma aceitação, expressa ou tácita, por parte dos distribuidores, de um convite a observar preços mínimos de revenda** (v., neste sentido, Acórdãos de 6 de janeiro de 2004, *BAI e Comissão/Bayer*, C-2/01 P e C-3/01 P, EU:C:2004:2, n.os 100 e 102, e de 13 de julho de 2006, *Comissão/Volkswagen*, C-74/04 P, EU:C:2006:460, n.os 39, 40 e 46).

51 Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar as circunstâncias do litígio no processo principal à luz desta jurisprudência.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

52 *Neste contexto, o facto de **um fornecedor enviar de forma regular aos distribuidores tabelas com indicação de preços mínimos por si determinados e as margens de distribuição, bem como o facto de lhes pedir que as cumpram, sob a sua monitorização, sob pena de medidas de retaliação e com o risco, em caso de incumprimento dessas medidas, de aplicação de margens de distribuição negativas, são outros tantos elementos suscetíveis de levar à conclusão de que esse fornecedor procura impor aos seus distribuidores preços mínimos de revenda. Embora, per se, esses factos pareçam refletir um comportamento aparentemente unilateral do referido fornecedor, o mesmo não acontece se os distribuidores tiverem respeitado esses preços. A este título, a circunstância de os preços mínimos de revenda serem, na prática, seguidos pelos distribuidores ou de a sua indicação ser solicitada por estes últimos, os quais, embora se queixem ao fornecedor dos preços indicados, não praticam outros preços por iniciativa própria, podem ser suscetíveis de refletir a **aceitação por parte dos distribuidores da fixação, pelo fornecedor, de preços mínimos de revenda.*****

Face ao declarado pelo TJUE e na esteira da jurisprudência citada no acórdão, dúvidas não subsistem de que para a existência de um acordo jusconcorrencial basta a expressão da vontade concordante de pelo menos duas partes, independentemente da forma como essa vontade se manifesta e não obstando a tal a circunstância de se tratar de um comportamento aparentemente unilateral, podendo resultar das cláusulas contratuais ou do comportamento das



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

partes, nomeadamente da aceitação, expressa ou tácita, por parte dos distribuidores, de um convite a observar os preços mínimos de revenda.

Ora, analisando a sentença recorrida, não merece qualquer censura o enquadramento ali efectuado sobre a questão do «acordo», que se mostra em consonância com o declarado pelo TJUE e com a jurisprudência indicada na decisão recorrida (cf linhas 12311 a 12367), destacando-se o seguinte trecho:

*«Para que se possa considerar concluído por aceitação tácita um acordo, na acepção do artigo [101.º], n.º 1 do Tratado, é necessário que a manifestação de vontade de uma das partes contratantes, com um objectivo anticoncorrencial, constitua um convite à outra parte, quer seja expresso ou implícito, para a realização comum de tal objectivo, tanto mais que tal acordo não é à primeira vista do interesse da outra parte (...)» – vide o mesmo acórdão do TJ de 06.01.2004, C-2 e C3/01 P, Bayer v. Comissão.*

*Evidentemente que um óbvio exemplo de acordo traduz-se na celebração de um contrato escrito. Contudo, como verificámos, o elemento essencial é que as partes tenham uma intenção conjunta (não sendo necessário para exprimir essa intenção assumi-la através de um contrato válido e vinculativo nos termos da lei nacional ou sequer através de um contrato formal).*

*Na verdade, “acordos de cavalheiros” (vide acórdão do TJUE de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma NV (41/69), C.J. (1970) 661), meros entendimentos, acordos orais de onde deriva uma cooperação tácita entre duas*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*empresas são considerados também como acordos (vide Whish, R. & Bailey, D., 2012, Competition Law, New York, Oxford University Press).*

*Aliás, nem sequer se mostra necessário determinar a data exacta do acordo – vide acórdão do TGUE de 15 de Março de 2000, Cimenteries CBR (T-25/95), C.J. (2000) II-491 – nem sequer que existia uma pretensão de vinculação formal das partes ou que seja judiciável.*

*A questão coloca-se, pois, fundamentalmente ao nível da prova de uma vontade comum acordada.*

*“Nestas condições, não é pertinente analisar, contrariamente ao que defende a recorrente, se as empresas em causa se consideraram obrigadas - jurídica, factual ou moralmente - a adoptar o comportamento acordado” (vide acórdão do TGUE de 14 de Maio de 1998, Mayr-Melnhof Kartongesellschaft (T-347/94), C.J. (1998) II-1751).*

*Apesar de teoricamente os acordos entre empresas serem distintos das práticas concertadas, muitas vezes, na prática, não é fácil proceder à exacta distinção entre as duas realidades, especialmente se estas apresentarem um carácter complexo e duradouro. Porque assim é, a jurisprudência comunitária aceita a possibilidade de qualificar uma prática como um acordo e prática concertada (vide, acórdão do TGUE de 20 de Abril de 1999, NV Limburgse Vinyl Maatschappij (T-305/94 etc.), acórdão do TJUE de 8 de Julho de 1999, Anic (C-49/92), acórdão do TGUE de 20 de Março de 2002, HFP (T-9/99))*

*Assim, tem igualmente relevo, para a análise que aqui se realiza, trazer à colação a noção de “prática concertada”.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*A prática concertada é “uma forma de coordenação entre empresas que, sem que se tenha chegado a concluir um acordo propriamente dito, substituiu conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre empresas” (vide acórdão do TJUE de 14 de Julho de 1972, ICI (48/69)).*

*Contudo, para que exista uma proibição dessa prática, a mesma terá de ter por objecto (ou efeito) determinar “condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado, tendo em conta a natureza dos produtos, a importância e número das empresas, bem como o tamanho e a natureza do mercado em causa” (vide acórdão do TJUE de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie (40/73))».*

De acordo com esse enquadramento, o tribunal a quo considerou designadamente que:

*“Quanto à questão de saber se existe um acordo entre empresas e/ou uma prática concertada entre empresas para efeito de aplicação das normas jus concorrenciais, importa referir que se mostra provado que, no decurso das relações comerciais estabelecidas entre os distribuidores e a Super Bock, esta tem vindo a fixar e a impor, de forma regular, generalizada e sem quaisquer alterações durante o período de, pelo menos, 15 de Maio de 2006 a 23 de Janeiro de 2017, as condições comerciais que aqueles têm obrigatoriamente de cumprir na revenda dos produtos que adquirem à Super Bock, designadamente, os preços que cobram aos seus clientes retalhistas, principalmente em termos de preços mínimos ou termos de preços mínimos médios.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*Para além disso, a Recorrente Super Bock arroga-se expressamente do direito a fixar tais preços de revenda dos produtos que comercializa, sem que, na prática, seja reconhecida aos distribuidores capacidade para auto-determinação nesta matéria.*

*O procedimento habitual para a fixação e imposição dos preços de revenda aos distribuidores consiste no seguinte: com uma periodicidade mensal (regra geral), a Direcção de Vendas da Recorrente Super Bock aprova uma tabela de preços mínimos de revenda que depois é encaminhada pelos Gestores de Rede ou Gestores de Mercado da Visada Super Bock aos respectivos distribuidores, muitas vezes com a indicação de que a implementação dos preços é obrigatória, não podendo ser praticados preços inferiores ao mínimo fixado, sob pena de o incumprimento ser sinalizado pelos colaboradores da Visada Super Bock responsáveis pela Coordenação e Controlo à Direcção de Vendas que tomará medidas em conformidade.*

*Há ainda ocasiões em que a Super Bock, reagindo ao reposicionamento de preços pelos seus concorrentes, impõe de forma directa, generalizada e imediata, aos distribuidores novos preços mínimos ou fixos de revenda.*

(linhas 12491 a 12512)

(...)

*Os distribuidores estavam ligados à Recorrente Super Bock mediante contratos de distribuição.*

*A prática em causa era implementada através dos colaboradores da Recorrente Super Bock, nomeadamente pelos Gestores de Rede, Gestores de Área*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*ou Gestores de Mercado. A imposição dos preços de revenda aos distribuidores era feita de forma oral ou escrita, mediante mensagens de correio electrónico. Para além disso, constituía uma prática habitual e generalizada para os colaboradores da Super Bock solicitarem expressa e directamente aos distribuidores (em conversa telefónica ou presencial) o respeito pelos preços de revenda indicados pela Super Bock.*

*Destes factos deriva que os distribuidores tinham efectiva conhecimento acerca da prática adoptada pela Recorrente Super Bock.*

*Por sua vez, também ficou provado que, apesar de existir uma imposição por parte da Recorrente Super Bock dos preços a praticar pelos distribuidores na revenda ao canal HoReCa, o certo é que, embora aparecendo dissidentes pontuais, os preços de revenda fixados pela Recorrente eram, generalizadamente, de facto, implementados pelos distribuidores.*

*Ou seja, os distribuidores comportavam-se genericamente no mercado precisamente nos termos delineados pela Recorrente Super Bock. Esta situação perdurou, pelo menos, cerca de 11 anos.*

*Assim, consideramos que se mostra plenamente provado que existia uma adesão por parte dos distribuidores às determinações emanadas da Recorrente, que, de forma que nos parece taxativa, durou cerca de 11 anos, concluindo-se pela existência de uma aceitação tácita por parte destes no sentido de seguirem as determinações daquela Recorrente, em termos de preços de revenda, limitando a sua própria liberdade de determinação das respectivas estratégias comerciais.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*Este comportamento, reiterado no tempo e na forma, permite a criação de expectativas de um comportamento futuro, por parte dos distribuidores, que, de facto, seguiam as determinações da Recorrente, na sua generalidade. Esta mesma reiteração evidencia claramente uma vontade comum da Recorrente e dos distribuidores de se comportarem no mercado precisamente nos moldes delineados pela Recorrente.*

*Em suma, existiu uma verdadeira aquiescência dos distribuidores a esta atitude da Recorrente Super Bock, ainda que a mesma fosse imposta, tendo as iniciativas da Recorrente, de facto, tido efeitos, por os distribuidores se terem submetido às mesmas, pelo que consideramos que estamos perante um verdadeiro “acordo” para efeito jus concorrenciais.*

(linhas 12539 a 12567)

Os factos provados de maior relevo para a questão em análise são os vertidos sob os n.ºs 65 a 113, dos quais resulta uma prática generalizada pelos distribuidores da política de fixação de preços mínimos de revenda dos produtos, implementada pela Super Bock (enviando esta empresa de forma regular tabelas com indicação de preços mínimos por si determinados e as margens de distribuição, solicitando aos distribuidores que as cumprissem, sob a sua monitorização, sob pena de medidas de retaliação e com o risco, em caso de incumprimento dessas medidas, de aplicação de margens de distribuição negativas), o que reflecte a expressão de uma vontade concordante das partes, mediante aceitação expressa ou tácita por parte dos distribuidores.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

Flui do supra exposto que o comportamento reiterado da Super Bock e seus distribuidores vertido na factualidade provada se integra, pois, no conceito de acordo na acepção, quer do art. 9º do RJC, quer do art. 101º/1 do TFUE.

A segunda questão, conexa com a antecedente, prende-se com a prova da existência de um acordo de fixação de preços na acepção dos supra mencionados preceitos, defendendo os recorrentes na conclusão CXVII que o tribunal *a quo* concluiu pela existência de um acordo de fixação (directa e indirecta) de preços com base em elementos meramente indiciários.

Como já vimos, também esta questão foi objecto do pedido de reenvio prejudicial, declarando o TJUE, neste conspecto, que:

*«O artigo 101.º TFUE, lido em conjugação com o princípio da efetividade, deve ser interpretado no sentido de que:*

*a existência de um «acordo», na aceção deste artigo, entre um fornecedor e os seus distribuidores pode ser demonstrada **não só através de provas directas mas também através de indícios objetivos e concordantes**, dos quais se possa inferir a existência desse acordo.»*

Em sede de fundamentação, no parágrafo 55 e 56 do acórdão do TJUE proferido em 29/6/2023, pode ler-se que:

*«55. Segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, na falta de regras da União relativas aos princípios que regulam a apreciação das provas e o nível de prova exigido no âmbito de um processo nacional de aplicação do artigo 101.º*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*TFUE, cabe à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro estabelecê-las, por força do princípio da autonomia processual, desde que, no entanto, não sejam menos favoráveis do que as que regulam situações semelhantes submetidas ao direito interno (princípio da equivalência) e não tornem impossível, na prática, ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito da União (princípio da efetividade) (v., neste sentido, Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Eturas e o., C-74/14, EU:C:2016:42, n.os 30 a 32 e jurisprudência referida).*

56        *Ora, também resulta desta jurisprudência que **o princípio da efetividade exige que a prova de uma violação do direito da concorrência da União possa ser feita não apenas através de provas diretas mas também através de indícios, desde que estes sejam objetivos e concordantes. Com efeito, a existência de uma prática concertada ou de um acordo deve, na maior parte dos casos, ser inferida de um determinado número de coincidências e de indícios que, considerados no seu todo, podem constituir, na falta de outra explicação coerente, a prova de uma violação das regras de concorrência (Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Eturas e o., C-74/14, EU:C:2016:42, n.os 36 e 37 e jurisprudência referida).***»

Em linha com o declarado pelo TJUE, pronunciou-se o tribunal de 1ª instância ao afirmar que “*consideramos que se mostra plenamente provado que existia uma adesão por parte dos distribuidores às determinações emanadas da Recorrente, que, de forma que nos parece taxativa, durou cerca de 11 anos, concluindo-se pela existência de uma aceitação tácita por parte destes no sentido de*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*seguirem as determinações daquela Recorrente, em termos de preços de revenda, limitando a sua própria liberdade de determinação das respectivas estratégias comerciais.*

*Este comportamento, reiterado no tempo e na forma, permite a criação de expectativas de um comportamento futuro, por parte dos distribuidores, que, de facto, seguiam as determinações da Recorrente, na sua generalidade. Esta mesma reiteração evidencia claramente uma vontade comum da Recorrente e dos distribuidores de se comportarem no mercado precisamente nos moldes delineados pela Recorrente.*

*Em suma, existiu uma verdadeira aquiescência dos distribuidores a esta atitude da Recorrente Super Bock, ainda que a mesma fosse imposta, tendo as iniciativas da Recorrente, de facto, tido efeitos, por os distribuidores se terem submetido às mesmas, pelo que consideramos que estamos perante um verdadeiro “acordo” para efeito jus concorrenciais.” – linhas 12554 a 12567.*

Subscrevemos o entendimento da 1ª instância, estribada na interpretação do art. 101º/1 a) do TJUE no sentido de que a prova do acordo de fixação de preços pode ser directa ou através de indícios objectivos e concordantes.

Em face do supra exposto, não podem deixar de improceder as conclusões CXL a CXLV da motivação recursória.

\*

**b) Restrição da concorrência por objecto ou por efeito e grau de nocividade para a concorrência**



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Sob a conclusão CXLVI invocam os recorrentes que o tribunal *a quo* incorreu em erro de julgamento no que diz respeito à (des)necessidade de demonstração pela AdC da nocividade do acordo para que se pudesse considerar existir uma restrição por objecto. Referindo na conclusão CXLVII que a infracção, para que possa ser caracterizada de restrição por objecto implica a análise, pela AdC, do grau suficiente de nocividade.

Acrescentam na conclusão CLIV que a apreciação rigorosa do “*grau suficiente de nocividade*” enquadra-se precisamente na análise das circunstâncias do caso e não se presume, contrariamente ao que parece ser entendimento do Tribunal a quo, que, segundo os recorrentes, não analisou os objectivos do acordo nem caracterizou o contexto económico que terá presidido às alegadas práticas anti-concorrenciais, impondo-se que tivesse sido demonstrado que a alegada fixação de preços de revenda criou um estado permanente de risco para o funcionamento do mercado (cf. conclusão CLXVIII).

A AdC e o Ministério Público pronunciaram-se no sentido da improcedência deste segmento do recurso.

Vejamos.

Reside neste ponto a questão central do presente recurso, que consiste em saber se o acordo em causa pode ser qualificado como restrição (vertical) por objecto e se tal implica a análise do respectivo grau de nocividade para a concorrência.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Neste conspecto declarou o TJUE no acórdão de 29/6/2023 (processo C-211/22), em resposta à primeira e quarta questões prejudiciais, que:

*“O artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que:*

*a constatação de que um acordo de fixação vertical de preços mínimos de revenda comporta uma «**restrição da concorrência por objeto**» só pode ser feita depois de ter sido determinado que **esse acordo revela um grau suficiente de nocividade para a concorrência, tendo em conta o teor das suas disposições, os objetivos que visa alcançar, bem como todos os elementos que caracterizam o contexto económico e jurídico em que o mesmo se insere.***

Em sede de fundamentação, o TJUE equacionou o problema nos seguintes termos, transcrevendo-se aqui os segmentos mais relevantes do acórdão nesta matéria (cf. parágrafos 27, 32 a 42):

*«27. Com a primeira e quarta questões, que importa examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que a constatação de que um acordo de fixação vertical de preços mínimos de revenda constitui uma «restrição da concorrência por objeto» pode ser feita sem analisar previamente se esse acordo revela um grau suficiente de nocividade para a concorrência ou se se pode presumir que esse acordo possui, per se, tal grau de nocividade.*

*Para ser abrangido pela proibição enunciada nesta disposição, um acordo tem de ter «por objetivo ou efeito» impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça desde o*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*Acórdão de 30 de junho de 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38), o caráter alternativo deste requisito, indicado pela conjunção «ou», conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o próprio objeto do acordo (v., neste sentido, Acórdãos de 26 de novembro de 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, n.º 16 e jurisprudência referida, e de 18 de novembro de 2021, Visma Enterprise, C-306/20, EU:C:2021:935, n.os 54 e 55 jurisprudência referida). Deste modo, quando o objeto anticoncorrencial de um acordo esteja provado, não há que verificar os seus efeitos na concorrência (Acórdão de 20 de janeiro de 2016, Toshiba Corporation/Comissão, C-373/14 P, EU:C:2016:26, n.º 25 e jurisprudência referida).*

32 *Além disso, o conceito de «restrição da concorrência por objeto» deve ser interpretado restritivamente. Assim, este conceito só pode ser aplicado a certos tipos de coordenação entre empresas que revelem um grau suficiente de nocividade para a concorrência para que se possa considerar que não é necessário examinar os seus efeitos (v., neste sentido, Acórdãos de 26 de novembro de 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, n.º 18 e jurisprudência referida, e de 18 de novembro de 2021, Visma Enterprise, C-306/20, EU:C:2021:935, n.º 60 e jurisprudência referida).*

33 *Dito isto, o facto de um acordo constituir um acordo vertical não exclui a possibilidade de o mesmo comportar uma «restrição da concorrência por objeto». Com efeito, embora sejam, por natureza, frequentemente menos prejudiciais para a concorrência do que os acordos horizontais, os acordos verticais também podem, em determinadas circunstâncias, ter um potencial restritivo particularmente elevado (v., neste sentido, Acórdãos de 14 de março de 2013,*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*Allianz Hungária Biztosító e o., C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 43, e de 18 de novembro de 2021, Visma Enterprise, C-306/20, EU:C:2021:935, n.º 61).*

34 O critério jurídico essencial para determinar se um acordo, quer horizontal quer vertical, comporta uma «restrição da concorrência por objeto» reside assim na constatação de que tal acordo apresenta, em si mesmo, um grau suficiente de nocividade para a concorrência (v., neste sentido, Acórdãos de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 57, e de 18 de novembro de 2021, Visma Enterprise, C-306/20, EU:C:2021:935, n.º 59 e jurisprudência referida).

35 Para apreciar se este critério está preenchido, deve atender-se ao teor das suas disposições, aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere. No âmbito da apreciação deste contexto, há também que tomar em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa (Acórdão de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e o., C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 36 e jurisprudência referida).

36 Além disso, quando as partes no acordo invocam os efeitos pró-concorrenciais que lhe estão associados, esses elementos devem ser tidos em conta enquanto elementos de contexto desse acordo. Com efeito, desde que sejam comprovados, relevantes, específicos do acordo em causa e suficientemente significativos, esses efeitos podem permitir suscitar dúvidas razoáveis quanto ao carácter suficientemente nocivo para a concorrência do acordo [v., neste sentido,



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Generics (UK) e o., C-307/18, EU:C:2020:52, n.os 103, 105 e 107].*

37 *Decorre desta jurisprudência que, para apreciar se um acordo de fixação vertical de preços mínimos de revenda comporta uma «restrição da concorrência por objeto», na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se esse acordo representa um grau suficiente de nocividade para a concorrência, à luz dos critérios recordados nos n.os 35 e 36 do presente acórdão.*

38 *No âmbito desta apreciação que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio, este também deverá ter em conta a circunstância, que o próprio salientou, de um acordo de fixação vertical de preços mínimos de revenda ser suscetível de integrar a categoria das «restrições graves», na aceção do artigo 4.º, alínea a), dos Regulamentos n.os 2790/1999 e 330/2010, enquanto elemento do contexto jurídico.*

39 *Em contrapartida, esta circunstância não dispensa o órgão jurisdicional de reenvio de proceder à apreciação referida no n.º 37 do presente acórdão.*

40 *Com efeito, o artigo 4.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999, lido à luz do seu considerando 10, bem como o artigo 4.º, alínea a), do Regulamento n.º 330/2010, lido à luz do seu considerando 10, têm por único objeto excluir certas restrições verticais do âmbito da isenção por categoria. Essa isenção, enunciada no artigo 2.º de ambos os regulamentos, lido à luz dos respetivos considerandos 5, aproveita a acordos verticais presumivelmente não nocivos para a concorrência.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

41 *Em contrapartida, as referidas disposições dos Regulamentos n.os 2790/1999 e 330/2010 não contêm indicações sobre a qualificação das referidas restrições como restrição «por objeto» ou «por efeito». Além disso, como a Comissão observou nas suas observações escritas apresentadas ao Tribunal de Justiça, os conceitos de «restrição grave» e de «restrição por objeto» não são conceptualmente permutáveis e não coincidem necessariamente. Por conseguinte, há que proceder a um exame casuístico das restrições excluídas da referida isenção, à luz do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.*

42 *Daqui resulta que o órgão jurisdicional de reenvio não pode prescindir da apreciação referida no n.º 37 do presente acórdão, pelo facto de um acordo de fixação vertical de preços mínimos de revenda constituir, em todos os casos, ou constituir presumivelmente, uma restrição por objeto.*

Extraímos, assim, do afirmado pelo TJUE, em consonância com a jurisprudência indicada no acórdão, que o critério jurídico essencial para determinar se um acordo comporta uma restrição da concorrência por objecto reside em apurar se tal acordo revela um *grau suficiente de nocividade* para a concorrência.

Para tanto, importa atender ao *teor das disposições do acordo*, aos *objectivos que visa atingir e ao contexto económico e jurídico* em que se insere, sendo que na apreciação deste contexto há que tomar em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afectados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado em causa.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Ao longo da extensa fundamentação de direito da sentença recorrida, constatamos que o tribunal *a quo* qualifica o acordo como restrição por objecto, considerando que apenas importa determinar o efeito restritivo da concorrência de determinada prática se o seu objecto não for, por si só, anti concorrencial (cf. linhas 12380 e 12381 da sentença).

Sustenta aquele tribunal, a este respeito, que *«a prova da violação do artigo 9.º do RJC mostra-se simplificada. A lei parte do pressuposto de que existem práticas colusivas que, independentemente do seu contexto económico, legal, financeiro e social, têm uma probabilidade tão elevada de serem prejudiciais para o consumidor e de distorcerem a concorrência que seria inútil e muito oneroso impor a prova do seu efeito anti concorrencial (...)»* – cf. linhas 12384 a 12388.

Embora o tribunal proceda a uma análise exaustiva do conceito de acordo de empresas para efeitos jus concorrenciais, assim como das noções de infracção por objecto e por efeito, restrição sensível da concorrência, regra de *minimis* e mercado relevante, o certo é que ali não encontramos a análise que se impunha relativamente ao grau de nocividade, que, como vimos, constitui o critério essencial para a qualificação da infracção por objecto.

Aliás, o que decorre da fundamentação da sentença é que o tribunal entende que essa qualificação prescinde do apuramento do contexto económico do acordo em causa, o que contraria o afirmado pelo TJUE no acórdão proferido em 29/6/2023 e a jurisprudência aí citada.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

Por conseguinte, a decisão recorrida incorre em erro de julgamento de direito ao considerar que o acordo firmado entre a Super Bock e seus distribuidores é um acordo restritivo da concorrência por objecto, sem que previamente proceda à análise do seu teor, objectivos e contexto económico e jurídico em que se insere.

Nesta conformidade, importa agora enquadrar o acordo tal como resulta da factualidade provada, à luz dos apontados critérios.

Com maior relevância para esta análise, atentemos na seguinte factualidade provada:

65. *Entre a Super Bock e a sua rede de distribuidores independentes (doravante designados “distribuidores”) existe uma relação comercial, no âmbito da qual estes adquirem àquela um conjunto variado de bebidas, incluindo cervejas, águas engarrafadas, sumos/refrigerantes, sidras e vinhos para, nomeadamente, revenderem ao retalho no canal HoReCa;*

66. *As relações comerciais entre a Super Bock e os distribuidores desenvolvem-se com base em contratos de distribuição exclusiva para determinada área geográfica de vendas;*

67. *Os distribuidores não têm nenhuma relação de grupo com a Super Bock e, nos termos e para os efeitos dos referidos contratos, são tomadores do risco comercial e financeiro associado à revenda dos produtos em causa e ao negócio de distribuição por si prosseguido;*

68. *Estes contratos têm a duração de um ano, com prorrogações iguais e sucessivas, podendo, a qualquer momento, ser cessados por qualquer uma das partes;*

69. *No âmbito destes contratos, a Super Bock e os distribuidores negoceiam objectivos de venda para estes distribuidores, para cada ano e para cada grupo de produtos, estando previsto nos contratos de distribuição que caso os mesmos não sejam atingidos, que a Recorrente poderá resolver o contrato de distribuição;*

70. *Nos termos dos contratos celebrados, é acordada a atribuição aos distribuidores de um território exclusivo de vendas (tipicamente correspondente a um concelho ou conjunto de freguesias);*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

71. Os distribuidores da Super Bock são em número não concretamente apurado, mas que rondará o número de 39, os quais se encontram repartidos geograficamente pelas zonas norte, centro e sul, especificadamente Minho, Trás-os-Montes, Beira Interior, Douro Litoral, Beira Litoral, Algarve, Estremadura e Alentejo + Estremadura Interior, excepto nas concretas áreas acima identificadas onde operam as vendas directas da Recorrente Super Bock;

72. Às 8 áreas geográficas referidas acresce a área correspondente ao arquipélago da dos Açores, abastecido mediante cinco distribuidores, nos moldes acima mencionados (excepto, desde 2014, as ilhas do Faial e do Pico cujo abastecimento é feito mediante operações directas da Recorrente);

IV.4.2 Fixação e imposição directa dos preços de revenda:

73. No decurso das relações comerciais estabelecidas entre os distribuidores e a Super Bock, esta tem vindo a **fixar e a impor, de forma regular, generalizada (a toda a rede de distribuidores) e sem quaisquer alterações durante o período de, pelo menos, 15 de Maio de 2006 a 23 de Janeiro de 2017, as condições comerciais que aqueles têm obrigatoriamente de cumprir na revenda dos produtos que adquirem à Super Bock, designadamente, os preços que cobram aos seus clientes retalhistas, quer concretamente, quer em termos mínimos, ou em termos mínimos médios;**

74. A Super Bock arroga-se expressamente do direito a fixar tais preços de revenda dos produtos que comercializa, sem que, na prática, seja reconhecida aos distribuidores capacidade para auto-determinação nesta matéria;

75. A referida prática é implementada pela Super Bock através dos seus colaboradores, internamente designados, consoante o âmbito das funções que ocupam, por Gestores de Rede, Gestores de Área ou Gestores de Mercado;

76. Os Gestores de Mercado têm por função acompanhar o desenvolvimento do negócio dos distribuidores in loco, ou seja, são presença diária nas instalações dos distribuidores, chegando mesmo a acompanhá-los na visita aos respectivos clientes;

77. Aos Gestores de Área ou de Rede, superiores hierárquicos daqueles, cabem outras funções específicas, ainda que muito vocacionadas para o contacto directo com os parceiros (incluindo, distribuidores) da Super Bock, alocados em função da área geográfica ou do canal de distribuição em causa;



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

78. *A maioria das vezes os colaboradores da Visada Super Bock impõem aqueles preços de revenda aos distribuidores de forma oral ou transmitem-nos por escrito, via mensagens de correio electrónico;*

79. *Os preços de revenda impostos aos distribuidores são determinados pela Recorrente Super Bock de forma a garantir a manutenção de um nível mínimo de preços, estável e alinhado, em todo o mercado nacional;*

80. *O procedimento habitual para a fixação e imposição dos preços de revenda aos distribuidores consiste no seguinte: com uma periodicidade mensal (regra geral), a Direcção de Vendas da Recorrente Super Bock aprova uma tabela de preços mínimos de revenda que depois é encaminhada pelos Gestores de Rede ou Gestores de Mercado da Visada Super Bock aos respectivos distribuidores, muitas vezes com a indicação de que a implementação dos preços é obrigatória, não podendo ser praticados preços inferiores ao mínimo fixado, sob pena do incumprimento ser sinalizado pelos colaboradores da Visada Super Bock responsáveis pela Coordenação e Controlo à Direcção de Vendas que tomará medidas em conformidade;*

81. *Há ainda ocasiões em que a Super Bock, reagindo ao reposicionamento de preços pelos seus concorrentes, impõe de forma directa, generalizada e imediata, aos distribuidores novos preços mínimos ou fixos de revenda;*

82. *Apesar de existirem casos pontuais em que tal não sucede, os preços de revenda fixados pela Recorrente Super Bock (quer nos moldes supra descritos, quer de forma indirecta, nos moldes que infra se evidenciará) são, generalizadamente, de facto, implementados pelos distribuidores;*

83. *Constitui uma prática habitual e generalizada para os colaboradores da Super Bock solicitar expressa e directamente aos distribuidores (em conversa telefónica ou presencial) o respeito pelos preços de revenda indicados pela Super Bock;*

IV.4.3 Controlo e monitorização:

84. *A Recorrente Super Bock mantém formas de controlo e monitorização sobre os preços de revenda praticados pelos distribuidores;*

85. *O sistema de controlo e monitorização implementado pela Recorrente Super Bock assenta, essencialmente, na imposição aos distribuidores de uma obrigação de reporte de informação relativa à revenda, incluindo quantidade e valores, solicitando-lhes, por exemplo, que enviem periodicamente as facturas das suas vendas e*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

no reporte de incumprimentos pela equipa de Gestores de Rede e Gestores de Mercado e pela equipa de Coordenação e Controlo à Direcção de Vendas;

IV.4.4 Formas de retaliação:

86. A Recorrente **Super Bock intimida os distribuidores com diversas formas de retaliação, como o corte de incentivos financeiros (e.g. descontos comerciais aplicáveis à compra dos produtos pelos distribuidores à Super Bock e reembolso de descontos praticados pelos distribuidores na revenda), de fornecimento e reposição de stocks, como forma de os obrigar a praticar os preços de revenda por si fixados;**

87. A Recorrente chega a cortar efectivamente aos distribuidores o fornecimento de produto e a participação (reposição) dos preços de revenda em caso de incumprimento das condições de transacção aplicáveis à revenda por si fixadas;

IV.4.6 Fixação dos preços de revenda por meios indirectos:

90. De acordo com a Cláusula 2, n.º 1, dos Contratos de Distribuição celebrados entre a Super Bock e os distribuidores, “[o]s Produtos serão vendidos pela UNICER ao distribuidor de harmonia com as tabelas de preços e condições gerais de venda da UNICER que se consideram, para todos os efeitos, elementos integrantes deste contrato”;

91. Já o n.º 2 da mesma cláusula estipula que “A UNICER poderá alterar, a todo o tempo e por uma ou mais vezes, mediante comunicação dirigida ao DISTRIBUIDOR, as tabelas de preços e as condições gerais de venda referidas no número anterior”;

92. Está igualmente previsto no n.º 3 que “No prazo de 30 dias a contar da comunicação referida no número anterior, poderá o DISTRIBUIDOR denunciar o contrato por simples comunicação dirigida à UNICER”;

93. Na prática, porém, **as condições de venda são as que se encontram nas facturas, condições essas que são previamente comunicadas aos distribuidores, nomeadamente por mensagens de correio electrónico enviadas por colaboradores da Recorrente Super Bock àqueles;**

94. **Desde pelo menos 15 de Maio de 2006 e até pelo menos 23 de Janeiro de 2017, a Recorrente Super Bock fixa condições comerciais aos distribuidores, de forma regular e generalizada, garantindo-lhes margens de distribuição positivas, subordinadas ao cumprimento dos preços mínimos de revenda;**

101. **A maioria dos descontos extra-ciclo, desde pelo menos, 15 de Maio de 2006 até Fevereiro de 2015, eram concedidos, como sistema, sobre sell out ( ), sendo o seu valor apurado tendo por base os**



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

*preços praticados pelos distribuidores aos seus clientes do HoReCa, estabelecendo a Recorrente mensalmente os preços mínimos (ainda que, por vezes, em termos médios) a que os distribuidores poderiam vender, que também serviam de limite até ao qual a mesma Recorrente suportaria os descontos “passados aos clientes” dos distribuidores, mediante “reposições”;*

102. *Essas reposições eram feitas pela Recorrente mediante notas de crédito;*

103. *Após Fevereiro de 2015 e até, pelo menos, 23 de Janeiro de 2017, o sistema de descontos sobre sell out continuou a vigorar para produtos em barril /pressão, concedidos também tendo por base os preços mínimos previamente estabelecidos pela Recorrente, estes contudo, apurados de forma personalizada, em função dos pontos de venda específicos (clientes dos distribuidores), servindo aqueles preços mínimos também de limite até ao qual a mesma Recorrente suportaria os descontos “passados” a esses clientes dos distribuidores, mediante “reposições”;*

104. *Sem esses descontos sobre sell out, a margem da distribuição seria, em muitos casos, negativa, o que forçava os distribuidores a cumprir os níveis de preços de revenda impostos pela Recorrente Super Bock;*

Do elenco factual descrito retiramos os elementos essenciais do comportamento adoptado no âmbito dos contratos de distribuição exclusiva celebrados entre a Super Bock e os seus distribuidores, visando a revenda por estes, no canal Horeca, dos bens (um conjunto variado de bebidas, incluindo cervejas, águas, sumos e vinhos) adquiridos à Super Bock, cujo objectivo era, como a seguir se explicitará, garantir a manutenção de um nível mínimo de preços, estável e alinhado, em todo o mercado nacional.

A Super Bock (Direcção de Vendas) aprovava mensalmente uma tabela de preços mínimos de revenda, que encaminhava aos distribuidores; os colaboradores da Super Bock fixavam os preços de revenda aos distribuidores de forma oral ou por escrito (via mensagens de correio electrónico) e esses preços fixados eram implementados, generalizadamente, pelos distribuidores. Por seu



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

turno, estes, no âmbito do sistema de controlo e monitorização estabelecido pela Super Bock, tinham a obrigação de reportar a esta empresa informação relativa à revenda (v.g. quantidades, valores), sujeitando-se às formas de retaliação definidas pela Super Bock, como o corte de incentivos financeiros (descontos comerciais na compra dos produtos pelos distribuidores e reembolso de descontos praticados pelos distribuidores na revenda) e de fornecimento e reposição de stocks.

Esta prática manteve-se, pelo menos, de 15 de Maio a 23 de Janeiro de 2017. Nesse período, a Super Bock fixava condições comerciais aos distribuidores de forma regular e generalizada, garantindo-lhe margens de distribuição positivas, subordinadas ao cumprimento dos preços mínimos de revenda, sistema que se manteve após Fevereiro de 2015 e até 23 de Janeiro de 2017 relativamente aos produtos em barril/pressão (cf. facto 103).

Analisando o acervo factual em apreço o Tribunal *a quo* teceu as seguintes considerações, que se transcrevem na parte mais significativa (cf. linhas 12 698 a 12714 da sentença):

*A fixação, directa e indirecta, dos preços mínimos implica (pelo menos esse era o objectivo) a coarctação da liberdade dos distribuidores em determinar efectivamente os preços a praticar (diminuindo-os, se assim entendessem), abaixo dos patamares estabelecidos, eliminando a concorrência pelo preço dos produtos, em prejuízo dos consumidores finais que deixavam de poder beneficiar de produtos a preços mais reduzidos.*

*O prejuízo para os consumidores é especialmente grave no caso concreto, tendo em conta os mercados em causa e a preponderância que a Super Bock neles ocupa, bem como o facto da prática ter sido implementada por uma rede de distribuidores com cobertura da quase integralidade do território nacional.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

*A restrição daquela liberdade determina, necessariamente, uma distorção no mercado, já que influencia a lei da oferta e da procura (porque é o factor preço que se apresenta como decisivo), eliminando (ou pretendendo eliminar) a incerteza do comportamento das empresas concorrentes.*

*Com efeito, a fixação dos preços deve resultar apenas do livre jogo do mercado, muito embora o mesmo deva respeitar as normas que a esse respeito sejam aplicáveis, as quais se propõem a regular o funcionamento do mercado e não a introduzir-lhe distorções.*

*O acordo entre empresas sob análise integral, por si, uma restrição sensível da concorrência, independentemente dos seus efeitos, os quais são à partida presumidos pelo legislador.*

Acompanhamos este entendimento, pese embora tal não nos possa dispensar de analisar o descrito comportamento da visada Super Bock à luz dos sobreditos critérios de apuramento do grau de nocividade para a concorrência.

Importa sublinhar-se que quando o objectivo anti-concorrencial de um acordo esteja provado, não há que verificar os seus efeitos na concorrência. No entanto, caso a análise do teor do acordo não revele um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência, há então que examinar os seus efeitos e, para lhe aplicar a proibição, exigir que estejam reunidos elementos que provem que o jogo da concorrência foi efectivamente impedido, restringido ou falseado de modo sensível (v. acórdão do TJUE de 14/3/2013, processo C-32/11 e jurisprudência aí citada: acórdãos de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o., C-8/08, Colet., p. I-4529, n.os 28 e 30; de 6 de outubro de 2009, GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Colet., p. I-9291, n.º 55; de 4 de outubro de 2011, Football Association Premier League e o.,



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

C-403/08 e C-429/08, Colet., p. I-9083, n.º 135; e de 13 de outubro de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, Colet., p. I-9419, n.º 34).

Como referimos no acórdão prolatado nos autos em 24/2/2022 (pág. 150), citando a Prof. Sofia Oliveira Pais, *“A restrição por objecto procura indagar se o objectivo do acordo, a sua razão de ser, a sua intenção objectivamente determinada é restringir a concorrência. Ao passo que a restrição por efeito procura averiguar se o acordo de facto restringe a concorrência de forma actual ou potencial. No primeiro caso, as autoridades da concorrência não precisam de demonstrar os efeitos anticoncorrenciais prováveis no mercado, pois presume-se que cláusulas restritivas que possuem um grau de nocividade suficiente em relação à concorrência produzem efeitos anticoncorrenciais. Já no segundo caso, não é necessário provar o objectivo anticoncorrencial.”*

Revertendo ao caso dos autos, no que concerne ao teor do acordo firmado entre a Super Bock e a rede dos seus distribuidores, extraímos do que foi dado como provado que, no âmbito dos contratos de distribuição exclusiva celebrados, são negociados objectivos de venda para os distribuidores que, caso não sejam atingidos, são motivo de resolução do contrato pela Super Bock. Por outro lado, é acordada a atribuição aos distribuidores de um território exclusivo de vendas (correspondente a um concelho ou conjunto de freguesias).

Flui igualmente da factualidade apurada que durante mais de uma década (de Maio de 2006 a Janeiro de 2017), a Super Bock impôs directamente, de forma regular e generalizada, a toda a rede de distribuidores as condições comerciais que



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

deveriam obrigatoriamente ser cumpridas na revenda dos produtos adquiridos à Super Bock, designadamente os preços mínimos de venda aos retalhistas. Tal imposição era feita através do envio periódico, em regra mensal, de tabela de preços mínimos de revenda, muitas vezes com a indicação das medidas de retaliação que seriam tomadas pela Super Bock em caso de incumprimento, tais como corte de incentivos financeiros e de fornecimento e reposição de stocks.

Os preços de revenda assim fixados foram, generalizadamente, seguidos pelos distribuidores, que eram obrigados a enviar à Super Bock informação relativa à revenda (v.g. facturas com indicação de quantidades e valores).

O objectivo dos visados era, como também resulta dos factos provados (cf. facto nº 79), garantir a manutenção de um nível mínimo de preços, estável e alinhado, em todo o mercado nacional.

Por outras palavras, mediante os descritos procedimentos a Super Bock impedia o regular funcionamento do mercado, introduzindo-lhe distorções tendentes a conservar ou aumentar a sua quota de mercado, assegurando uma posição comercial preponderante em todo o país.

Atendendo ao contexto económico em que se insere o acordo dos autos, aos produtos em causa (bebidas, designadamente cerveja) e à estrutura do mercado, é provável que a concorrência no mercado em questão fosse gravemente enfraquecida na sequência do referido acordo, sobretudo tendo em conta o poder de mercado da ora recorrente, sendo o grupo Super Bock a maior empresa portuguesa de bebidas refrescantes, com uma estratégia multimarca e multimercado, cuja actividade *core* assenta nos negócios das cervejas e das águas engarrafadas – facto



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

provado nº 4 – com um assinalável volume de negócios – factos provados nºs 14 e 15 (vide em caso semelhante, embora no segmento de mercado dos seguros automóveis, o acórdão do TJUE de 14/3/2013, processo C-32/11).

Acresce que não se mostram verificados os efeitos pró-concorrenciais invocados pelas recorrentes no recurso de impugnação judicial.

Este aspecto, enquanto elemento de contexto do acordo, foi objecto de análise na sentença recorrida, tendo por base o nº 3 do art. 101º do TFUE e o ponto 33 das Orientações emanadas da Comissão Europeia, relativas à aplicação deste preceito, nos termos das quais *«As regras comunitárias de concorrência têm por objectivo proteger a concorrência no mercado enquanto meio para promover o bem-estar dos consumidores e assegurar uma afectação eficiente dos recursos. Os acordos que restringem a concorrência podem, simultaneamente, ao proporcionarem ganhos de eficiência, ter efeitos pró-concorrenciais (...). A eficiência pode gerar valor acrescentado ao reduzir os custos de produção, melhorar a qualidade do produto ou criar um novo produto. Quando os efeitos pró-concorrenciais de um acordo excedem os seus efeitos anticoncorrenciais, o acordo é globalmente pró-concorrencial e compatível com os objectivos das regras comunitárias da concorrência»* - linhas 13016 a 13023.

Como refere o tribunal *a quo*, compete aos recorrentes o ónus de prova das condições de aplicação da excepção prevista no art. 101º/3 do TFUE, sendo os próprios a admitir que não resultou qualquer benefício para os consumidores, que a actuação dos ora recorrentes foi totalmente neutra para estes, concluindo aquele



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

tribunal que não se verifica um dos requisitos (cumulativos) para que se possa dar por justificada a conduta – cf. linhas 13056 a 13059 da sentença.

Neste conspecto, afirmou o TJUE, no acórdão proferido em 29/6/2023 em sede de reenvio prejudicial, que *“(...) quando as partes no acordo invocam os efeitos pró-concorrenciais que lhe estão associados, esses elementos devem ser tidos em conta enquanto elementos de contexto desse acordo. Com efeito, desde que sejam comprovados, relevantes, específicos do acordo em causa e suficientemente significativos, esses efeitos podem permitir suscitar dúvidas razoáveis quanto ao carácter suficientemente nocivo para a concorrência do acordo [v., neste sentido, Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Generics (UK) e o., C-307/18, EU:C:2020:52, n.os 103, 105 e 107].-parágrafo 36.*

Ora, os visados não lograram demonstrar os pretensos efeitos pró-concorrenciais, o que conduz forçosamente à conclusão de que não se suscitam dúvidas razoáveis quanto ao carácter suficientemente nocivo para a concorrência do acordo (v. acórdão de 30/1/2020, C-307/18, EU: C:2020:52, nºs 103, 105 e 107). Aliás, aqueles efeitos foram invocados no recurso de impugnação judicial, mas não em sede do recurso da sentença para este Tribunal superior.

Acresce que, como resulta dos parágrafos 38 e 39 do mencionado acórdão do TJUE proferido em sede reenvio prejudicial (C-211/22), no âmbito desta apreciação deverá ser tida em conta a circunstância de o vertente acordo de fixação vertical de preços mínimos de revenda ser susceptível de integrar a categoria de



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

«restrições graves», na acepção do art. 4º, alínea a) dos Regulamentos nºs 2790/1999 e 330/2010, enquanto elemento do contexto jurídico.

Pode ler-se nos parágrafos 40 a 42 do mesmo acórdão do TJUE que:

*«40. Com efeito, o artigo 4.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999, lido à luz do seu considerando 10, bem como o artigo 4.º, alínea a), do Regulamento n.º 330/2010, lido à luz do seu considerando 10, têm por único objeto excluir certas restrições verticais do âmbito da isenção por categoria. Essa isenção, enunciada no artigo 2.º de ambos os regulamentos, lido à luz dos respetivos considerandos 5, aproveita a acordos verticais presumivelmente não nocivos para a concorrência.*

*41 Em contrapartida, as referidas disposições dos Regulamentos n.os 2790/1999 e 330/2010 não contêm indicações sobre a qualificação das referidas restrições como restrição «por objeto» ou «por efeito». Além disso, como a Comissão observou nas suas observações escritas apresentadas ao Tribunal de Justiça, os conceitos de «restrição grave» e de «restrição por objeto» não são conceptualmente permutáveis e não coincidem necessariamente. Por conseguinte, há que proceder a um exame casuístico das restrições excluídas da referida isenção, à luz do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.»*

Como ficou enunciado, estamos perante uma restrição por objecto e como tal reveladora de um suficiente grau de nocividade, não se divisando que o acordo vertical em apreço seja susceptível de se integrar nas isenções por categoria a que se reporta o artigo 2º dos Regulamentos n.º 2790/1999 e n.º 330/2010,



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

relativos à aplicação do artigo 101º/3 do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

Com efeito, os factos provados não permitem julgar verificadas as condições (cumulativas) estabelecidas pelo nº 3 do art. 101º do TFUE. Importaria que tivesse sido demonstrado que o acordo em questão contribuiu para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores tivesse sido reservada uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que as restrições impostas foram indispensáveis à consecução desses objetivos; e que daí não resultasse a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Face ao acima exposto, é insofismável que tais condições não estão *in casu* preenchidas, sendo, pois, inaplicável o nº 3 do art. 101º do TFUE (e art. 10º/1 do RJC) e, conseqüentemente, não pode integrar-se o caso dos autos em qualquer isenção por categoria.

A situação *sub judice* cai, antes, na previsão da alínea a) do art. 4º dos Regulamentos n.º 2790/1999 e n.º 330/2010, o que conduz forçosamente à exclusão da justificação do acordo entre empresas, tal como afirmou o tribunal de 1ª instância (cf. linhas 12 974 a 13 088 da sentença).

Em síntese conclusiva do que fica dito, diremos que o teor e objectivos do acordo em questão, assim como o contexto económico e jurídico no qual se insere, permitem afirmar que tal acordo é, pela sua natureza, prejudicial ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência no mercado em causa.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

Pelos motivos acima explicitados, procede parcialmente o recurso (designadamente a conclusão CLIV), em virtude do erro de julgamento verificado, pese embora, partindo do vertido na factualidade provada, seja possível, face às razões expostas, afirmar que o acordo firmado entre a Super Bock e a rede dos seus distribuidores, tratando-se de uma restrição à concorrência por objecto, revela um grau suficiente de nocividade para a concorrência.

\*

**c) Afecção do comércio entre os Estados-Membros**

Sob a conclusão CLXXII invocam os recorrentes que *“o tribunal a quo comete um erro de julgamento de direito ao ter considerado a aplicação do art. 101º do TFUE ao caso vertente, concordando, assim, com a AdC de que a infração imputada aos Recorrentes afetaria o comércio entres os Estados Membros da União Europeia”*.

Contestam o critério da afecção do comércio entre os Estados-Membros em que se baseou o tribunal recorrido, que, segundo os recorrentes, assumiu a afecção sensível do comércio entre Estados-Membros através de formulações genéricas, sem ter atendido às características do caso concreto (conclusão CLXXX).

Sustentam designadamente que:

- *“Não há prova de factos concretos que permitam afirmar que os alegados acordos e práticas foram “suscetíveis de afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-membros” e muito menos que o façam com um grau de “probabilidade suficiente” (conclusão CLXXXI).*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

- *“Essencial é, sim, determinar se, por força da existência de um acordo anti-concorrencial, a estrutura concorrencial do comércio na UE se desenvolveu, provavelmente, de forma diferente daquela que se teria desenvolvido, caso tal acordo não tivesse existido, análise que o Tribunal a quo não atendeu.”* (conclusão CXCI).

- *Antes, escudou-se o Tribunal recorrido na afirmação redundante de que a infracção é por objecto e que, por isso, não se cura de saber mais nada para além do facto em si mesmo.* (conclusão CXCII).

Mais alegam que a infracção não se manifestou em todo o território nacional e que foi desconsiderado o facto de Lisboa e Porto estarem fora do sistema de distribuição (conclusão CCIV).

Concluem pela inaplicabilidade do art. 101º do TFUE por falta de susceptibilidade de afectação sensível do comércio entre Estados-Membros (conclusão CCXVI).

A AdC e o Ministério Público pronunciaram-se no sentido da improcedência deste segmento do recurso.

Vejamos.

Importa, mais uma vez, convocar o afirmado pelo TJUE a título de reenvio prejudicial, no que concerne à sexta questão prejudicial colocada.

Pode ler-se nos parágrafos 59 a 65 do acórdão (C-211/22) o seguinte:

*«59. Com a sexta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que a*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*circunstância de um acordo de fixação vertical de preços mínimos de revenda abranger quase a globalidade, mas não a totalidade, do território de um Estado-Membro impede que esse acordo possa afetar o comércio entre Estados-Membros.*

60. *Segundo jurisprudência constante, para que se cumpra o requisito de que os acordos, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, devem ser suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros, é necessário que os acordos permitam prever com um grau suficiente de probabilidade, com base num conjunto de elementos de facto e de direito, a sua influência, direta ou indireta, atual ou potencial, sobre as correntes comerciais entre Estados-Membros, de modo que se possa temer que entrem a realização de um mercado único entre Estados-Membros. É, além disso, necessário que esta influência não seja insignificante (Acórdãos de 11 de julho de 2013, Ziegler/Comissão, C-439/11 P, EU:C:2013:513, n.º 92 e jurisprudência referida, e de 16 de julho de 2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, n.º 48 e jurisprudência referida).*

61. *A repercussão nas trocas entre Estados-Membros resulta em geral da reunião de diversos fatores que, isoladamente considerados, não são necessariamente determinantes. Para verificar se um acordo, decisão ou prática concertada afeta sensivelmente o comércio entre Estados-Membros, é necessário examiná-lo no seu contexto económico e jurídico (Acórdão de 11 de julho de 2013, Ziegler/Comissão, C-439/11 P, EU:C:2013:513, n.º 93 e jurisprudência referida).*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

62. *A este respeito, o facto de um acordo, decisão ou prática concertada ter apenas por objeto a **comercialização de produtos num único Estado-Membro não é suficiente para excluir a possibilidade de o comércio entre Estados-Membros ser afetado.** Assim, o Tribunal de Justiça declarou que um acordo, decisão ou prática concertada que abranja todo o território de um Estado-Membro tem, pela sua própria natureza, por efeito consolidar barreiras de carácter nacional, entrvando assim a interpenetração económica pretendida pelo Tratado FUE (v., neste sentido, Acórdãos de 26 de novembro de 1975, *Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e o./Comissão*, 73/74, EU:C:1975:160, n.os 25 e 26, e de 16 de julho de 2015, *ING Pensij*, C-172/14, EU:C:2015:484, n.º 49 e jurisprudência referida).*

63. *Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça declarou que um acordo, decisão ou prática concertada que abranja apenas uma parte do território de um Estado-Membro pode, em determinadas circunstâncias, ser suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros (v., neste sentido, Acórdão de 3 de dezembro de 1987, *Aubert*, 136/86, EU:C:1987:524, n.º 18).*

64. *Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio **determinar se, tendo em conta o contexto económico e jurídico do acordo em causa no processo principal, este é suscetível de afetar sensivelmente o comércio entre Estados-Membros.***

65. *À luz de todas as considerações anteriores, há que responder à sexta questão que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que a **circunstância de um acordo de fixação vertical de preços mínimos de***



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

***revenda abranger quase a globalidade, mas não a totalidade, do território de um Estado-Membro não impede que esse acordo possa afetar o comércio entre Estados-Membros.»***

Neste conspecto, o tribunal de 1<sup>a</sup> instância pronunciou-se nos seguintes termos (cf. linhas 12776 a 12972 da sentença):

*«No que se relaciona com o preceito vertido no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE a restrição da concorrência avalia-se “no mercado interno”.*

*De acordo com as “Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros”, da Comissão Europeia, o critério de afectação do comércio constitui um critério autónomo de direito comunitário, que deve ser apreciado numa base casuística.*

*Trata-se de um critério jurisdicional, que define o âmbito de aplicação do direito comunitário da concorrência (vide processos apensos 56/64 e 58/64, Consten e Grundig, Col. 1966, p. 429, e processos apensos 6/73 e 7/73, Commercial Solvents, Col. 1974, p. 223).*

*O direito comunitário da concorrência não é aplicável a acordos e práticas que não sejam susceptíveis de afectar sensivelmente o comércio entre Estados-Membros.*

*A afectação do comércio entre Estados Membros implica que se verifiquem três requisitos cumulativos:*

*a. Tem de estar em causa uma actividade económica;*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*b. A prática deverá ser susceptível de afectar o comércio entre estados membros.*

*Com efeito, “deve ser possível determinar com um grau suficiente de probabilidade, baseando-se num conjunto de elementos de direito e de facto, se [a prática em questão] pode vir a exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, nas correntes de trocas entre os Estados Membros, de uma forma susceptível de prejudicar a realização dos objectivos de um mercado único entre os Estados Membros” (vide acórdão do TJUE de 30 de Junho de 1966, LTM (56/65)).*

*O raciocínio a efectuar é neutro, na medida em que poderá ser de efeito benéfico ou de efeito desvantajoso (acórdão do TJUE de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig (56/64)) e poder-se-á reportar tanto à oferta como à procura (acórdão do TJUE de 23 de Abril de 1991, Höfner & Elser (C-41/90)).*

*Conforme decorre do acórdão do TJUE de 17 de Outubro de 1972, Cementhandelaren (8/72), presume-se que há afectação do comércio entre Estados Membros sempre que esteja em causa um mercado que cubra a totalidade do território dum Estado Membro, ou seja, um mercado nacional.*

*Não obstante, mesmo mercados inferiores a um mercado integralmente nacional podem preencher este requisito (vide acórdão do TJUE de 3 de Dezembro de 1987, BNIC (136/86)).*

*Tal como decorre das Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros, da Comissão Europeia, “o requisito de afectação do comércio “entre os Estados-Membros” implica que deve haver um impacto nas actividades económicas transfronteiriças que envolva, no mínimo, dois*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*Estados-Membros. Não é necessário que o acordo ou prática afecte o comércio entre um Estado-Membro e a totalidade de outro Estado-Membro. Os artigos 81.º e 82.º [101.º e 102.º] podem igualmente ser aplicáveis em casos que envolvam apenas parte de um Estado-Membro, desde que o efeito no comércio seja sensível.*

*“A aplicação do critério de afectação do comércio é independente da definição dos mercados geográficos relevantes. O comércio entre os Estados-Membros pode ser igualmente afectado em casos em que o mercado relevante é nacional ou subnacional.” (pontos 21 e 22).*

*“A função da noção de **"susceptível de afectar"** consiste em definir a natureza do impacto necessário no comércio entre os Estados-Membros. De acordo com o critério de base desenvolvido pelo Tribunal de Justiça, a noção de "susceptível de afectar" implica que **deve ser possível prever, com um grau de probabilidade suficiente com base num conjunto de factores objectivos de direito ou de facto, que o acordo ou a prática pode ter uma influência, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros(...).** [O] Tribunal de Justiça desenvolveu além disso um critério baseado no facto de o acordo ou a prática afectar ou não a estrutura concorrencial. Nos casos em que o acordo ou a prática é susceptível de afectar a estrutura concorrencial no interior da Comunidade, a aplicabilidade do direito comunitário fica estabelecida. (ponto 23)*

*“Este critério da "estrutura do comércio" desenvolvido pelo Tribunal de Justiça inclui os seguintes elementos principais (...):*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

“a) *Um grau de probabilidade suficiente, com base num conjunto de factores objectivos de direito ou de facto*”;

“b) *Uma influência na "estrutura do comércio entre os Estados-Membros"*;

“c) *Uma influência, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, na estrutura do comércio.*”

c. *Por fim, a **afecção deverá ser sensível**, seguindo-se a lógica do princípio minimis (vide acórdão do TJUE de 25 de Novembro de 1971, Béguelin Import (22/71)).*

*Não se inscrevem, pois, no âmbito de aplicação do artigo 101.º do TFUE os acordos que, devido à fraca posição das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa, afectam o mercado de forma não significativa.*

*Esta avaliação é, por regra, antecedida de uma delimitação do mercado relevante, salvo se o efeito sensível for evidente. **A partir de 5% de quota de mercado, já pode haver uma afecção sensível.***

*No acórdão do TJUE de 12 de Dezembro de 1967, Brasserie de Haecht (23/67), no acórdão Béguelin Import, (22/71) e no acórdão do TJUE de 22 de Outubro de 1986, Metro SB (75/84), atentou-se para a possibilidade de pequenos acordos de distribuição locais poderem preencher este requisito, como por exemplo nos casos de feixes de acordos, como sucede no caso de acordos idênticos entre produtores e seus distribuidores, ainda que nem todos esses produtores sejam visados no processo.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*O critério acaba por ser casuístico, devendo relevar-se não apenas o efeito isolado, mas o seu efeito cumulativo na concorrência (vide acórdão do TJUE de 22 de Outubro de 1986, Metro SB (75/84)).*

*Novamente de acordo com as Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros, da Comissão Europeia, “a avaliação do carácter sensível é função das circunstâncias específicas de cada caso, nomeadamente da natureza do acordo ou prática, da natureza dos produtos abrangidos e da posição de mercado das empresas em causa. No caso de, pela sua própria natureza, o acordo ou prática ser susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o limiar em termos de “carácter sensível” é mais baixo do que no caso de acordos e práticas que não são, pela sua própria natureza, susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros. Quanto mais forte for a posição de mercado das empresas em causa, maior é a probabilidade de um acordo ou prática susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros o vir a afectar de forma sensível (ponto 45).*

*“Numa série de processos relativos a importações e exportações, o Tribunal de Justiça considerou que o requisito de “carácter sensível” estava satisfeito quando as vendas das empresas em causa representavam cerca de 5 % do mercado (...). Contudo, a quota de mercado nem sempre foi considerada, por si só, o factor decisivo. É necessário ter igualmente em conta o **volume de negócios das empresas relativo aos produtos em causa** (...). (ponto 46)*

*“Deste modo, o carácter sensível pode ser avaliado em termos absolutos (volume de negócios) e em termos relativos, através da comparação da posição da*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*ou das empresas em causa com a dos demais operadores no mercado (quota de mercado). A atenção prestada à posição e à importância das empresas em causa é coerente com o conceito de "susceptível de afectar", que implica que a avaliação se baseie na possibilidade de o acordo ou prática afectar o comércio entre os Estados-Membros e não no impacto nos fluxos transfronteiriços efectivos de bens e serviços. A posição de mercado das empresas envolvidas e os respectivos volumes de negócios relativos aos produtos em causa fornecem indicações acerca da possibilidade de um acordo ou prática afectar o comércio entre os Estados-Membros. (...)" (ponto 47).*

*Ora, tendo em conta o exposto e sabendo-se como se sabe que a aplicação do critério da susceptibilidade de afectação do comércio entre Estados-Membros é independente da definição dos mercados geográficos relevantes, sabendo-se também que a susceptibilidade de afectar implica inevitavelmente a desnecessidade do acordo ou a prática terem tido, efectivamente, um efeito no comércio entre os Estados-Membros, não existindo por isso obrigação ou necessidade de calcular o volume efectivo de comércio entre os Estados-Membros afectado pelo acordo ou prática, consideramos que importa, em termos factuais, trazer à colação que a Recorrente **Super Bock**, no mercado cervejeiro, se apresenta numa posição de duopólio, ao lado da **Central de Cervejas**. As quotas de mercado da Recorrente nesse mercado atingem cerca de metade do mercado nacional, verificando-se situação similar relativamente às águas com gás sem sabor e sidras.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*Apesar de se ter de desconsiderar as áreas abastecidas por vendas directas, o certo é que a prática em causa se derramou sobre a esmagadora maioria do território nacional, o que tem o efeito de reforçar a segmentação ou compartimentação dos mercados numa base nacional, na medida em que dificultam a penetração económica pretendida pelo TFUE, prejudicando os objectivos comuns previstos pelo TFUE, designadamente as trocas comerciais entre Estados-Membros.*

*“Os acordos verticais que abrangem a totalidade de um Estado-Membro e que têm por objecto produtos susceptíveis de ser exportados podem igualmente ser susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros, mesmo que não criem obstáculos directos ao comércio. Acordos no âmbito dos quais as empresas acordam na imposição de preços de venda podem ter efeitos directos no comércio entre os Estados-Membros ao aumentarem as importações de outros Estados-Membros e ao diminuírem as exportações do Estado-Membro em causa (...)” – vide ponto 88 das Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros, da Comissão Europeia.*

*Ora, estão em causa produtos que são susceptíveis de ser exportados, sendo certo que **a Super Bock é uma das maiores empresas no mercado nacional e integra um grupo empresarial participado por empresas multinacionais**. Apesar de existirem zonas não abrangidas pelo acordo que se fala, o certo é que estamos perante uma área evidentemente notável (é quase a globalidade de um Estado Membro), sendo certo que estão em causa produtos relativamente aos quais **a quota de mercado da Recorrente é muito significativa** (cerca de metade no que tange a cerveja, sidras e águas com gás sem sabor). Do*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*lado dos **distribuidores** falamos também de uma **rede com uma cobertura que abrange a quase a totalidade do território nacional** (com excepção das áreas de vendas directas).*

*Para além disso, a **Super Bock** foi distinguida como a **maior marca portuguesa de bebidas e a cerveja nacional mais vendida em todo o mundo**.*

*A **Água das Pedras** foi distinguida pelas suas exportações.*

*A **Super Bock** encontra-se entre as marcas com maior presença e reconhecimento de qualidade a nível internacional.*

*Tem assim uma evidente **projecção internacional**.*

*O **acordo de fixação de preços mínimos de revenda, nestas condições, é susceptível de afectar o comércio entre Estados Membros, o que inclui o aumento das importações de outros Estados e a diminuição de exportações do nosso país.***

*Para além disso, se atentarmos para os factos provados, verificamos que o acordo em questão se baseia igualmente numa atribuição de descontos sobre sell out concedidos pela Recorrente **Super Bock** aos distribuidores, também e sempre que estes necessitavam para manter um cliente ou conseguirem granjear outro.*

*Nos produtos barril, tendo em conta que o consumidor, tradicionalmente, não distingue se o produto que consome à pressão é da Recorrente ou de outra marca, sendo que para os pontos de venda o importante passa a ser apenas o preço que conseguem obter na sua compra, na medida em que o consumidor não valoriza ou distingue as outras características, a Recorrente mesmo após 2015 fez questão de continuar com a política de descontos sobre sell out, concedidos de forma*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*personalizada aos pontos de venda (clientes dos distribuidores). Neste tipo de produto, a concorrência é mais feroz, devido às características do produto identificadas, o que implica que os distribuidores tenham que ser mais agressivos, contra investidas de outras marcas com menos expressividade no mercado.*

*Mas esse tipo de política também inverte as regras do mercado, na medida em que, a Recorrente pratica preços aos distribuidores não apenas em factura, mas ao sabor das necessidades daqueles (mas tendo sempre garantido que passará pela própria decidir se os preços baixam ou não), assegurando-lhes uma margem, bloqueando as investidas de marcas concorrentes, como se de vendas directas da Recorrente se tratasse (no fundo, controlando os preços praticados pelos distribuidores), o que implica uma menor diversidade de produtos do mercado, o que é um valor igualmente tutelado pelas regras da concorrência.*

*No fundo, apesar dos distribuidores saberem que compram ao preço X, sabem que poderão praticar qualquer preço (desde que aceite pela Recorrente), que a sua margem está assegurada, o que anula o risco do negócio e sabem que conseguem bloquear as investidas de marcas concorrentes.*

*Este tipo de política pode ter um efeito bloqueador (na medida em que qualquer tipo de investida de uma outra empresa que pretendesse penetrar no mercado era bloqueada pela Recorrente, com a atribuição de descontos extra aos distribuidores), dificultando a penetração das empresas de outros Estados-Membros no mercado nacional, o que afecta a estrutura do comércio entre os Estados-Membros, contribuindo para uma segmentação dos mercados numa base nacional,*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*dificultando, deste modo, a interpenetração económica que constitui um objectivo do Tratado.*

*Nestes termos, consideramos que **o acordo que está em causa é susceptível de afectar o comércio entre Estados Membros.***

*O entendimento dos Recorrentes que a conduta da Super Bock em momento algum “(...) desencadeou a exclusão do mercado por parte de outro concorrente ou forçou a sua evicção” não tendo havido qualquer abrandamento das empresas concorrentes na “aposta da sua vocação internacional” motivado pela actuação da Recorrente, não se coaduna com o entendimento que temos vindo a versar e que encontra acolhimento nos desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais comunitários. **Não é necessário que se verifiquem efeitos concretos de afectação do comércio entre Estados, basta a mera susceptibilidade de tal suceder.***

*Na perspectiva do carácter sensível, consideramos que o próprio facto de estar em causa uma empresa em situação de duopólio no mercado em todo o território de um Estado Membro, desenvolvendo uma prática restrita por objecto, considerada uma das práticas mais graves em sede de direito jus concorrencial, com os volumes de negócios que se deram como provados, ainda que apartados das vendas directas efectuadas pela Recorrente, **poderá ser suficiente para, por si só, dificultar a penetração no mercado de concorrentes de outros Estados Membros no mercado nacional e demonstrar o carácter sensível da afectação do comércio entre Estados.***



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*Concluimos, pela verificação do critério de jurisdição do TFUE e pela aplicação ao caso concreto do respectivo artigo 101.º do TFUE.»*

Da fundamentação apresentada, constatamos que na apreciação da “*afecção sensível do comércio entre Estados Membros*”, enquanto requisito de aplicabilidade do art. 101º/1 do TFUE, a sentença atendeu a diversos factores atinentes ao contexto económico e jurídico do vertente acordo de fixação vertical de preços mínimos de revenda.

O tribunal *a quo* equacionou a questão em linha com o declarado, a título de reenvio prejudicial, pelo TJUE (acórdão C-211/22), considerando que a circunstância de um acordo não abarcar todo o território nacional não impede que esse acordo possa afectar o comércio entre Estados-Membros. Basta, para tanto, que, analisando o conjunto de elementos de facto e de direito, seja possível prever com um grau suficiente de probabilidade a sua influência, directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre as correntes comerciais entre Estados-Membros, desde que essa influência não seja insignificante.

Dito de outro modo, a sentença analisou o contexto (económico e jurídico) do acordo, atendendo concretamente à quota de mercado da Super Bock, designadamente no mercado cervejeiro, onde apresenta uma posição de duopólio ao lado da Central de Cervejas; e por outro lado, considerando a circunstância de as quotas de mercado da recorrente nesse mercado atingirem cerca de metade do mercado nacional, verificando-se situação similar relativamente às águas com gás sem sabor e sidras. Por outro lado, a sentença atentou no facto de a Super Bock



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

integrar um grupo empresarial participado por empresas multinacionais, tendo evidente projecção internacional. Não deixou de ser realçado o facto de existirem zonas não abrangidas pelo acordo, mas foi considerado que a área geográfica abrangida pelo acordo é notável, correspondendo à quase totalidade do território nacional e que estão em causa produtos relativamente aos quais a quota de mercado da recorrente é significativa (cerca de metade, no que tange à cerveja, sidras e águas sem sabor) e tendo a rede dos seus distribuidores cobertura que corresponde à quase totalidade do país (com excepção das áreas de vendas directas).

Subscrevemos a apreciação do tribunal *a quo*, afigurando-se-nos que os factos apurados permitem concluir que o acordo em causa nos autos é susceptível de afectar, de forma sensível, o comércio entre os Estados-Membros, na acepção do art. 101º/1 do TFUE.

Em face do exposto, improcede o recurso nesta parte.

\*

**d) Determinação da medida da coima**

Nas conclusões CCXVII a CCXCVI imputam os recorrentes à sentença diversos erros de julgamento de direito, referentes à determinação da medida da coima, alegando em síntese que:

- O tribunal *a quo* considerou adequadas as coimas concretamente aplicadas aos ora recorrentes, julgando constitucionais os critérios de determinação dos limites máximos da coima a aplicar por infracções às regras da concorrência



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

previstos nos arts 69º/2 e 4 do RJC, invocando os recorrentes a inconstitucionalidade desta norma, por tais critérios não serem idóneos a refletir o verdadeiro desvalor da conduta sancionada e a assegurar o efetivo cumprimento do princípio da igualdade previsto no art. 13º da CRP;

- A moldura da coima aplicável ao caso dos autos por força do art. 69º/2 e 4 do RJC é excessiva, violando o princípio da proporcionalidade plasmado no art. 18º/2 da CRP, verificando-se uma manifesta desproporção entre o montante máximo da coima abstracta aplicável e os objectivos de prevenção geral e especial negativa;

- A coima prevista no artº. 69º., nºs. 2 e 4, da LdC, é substancialmente indeterminável, encontrando-se viciada de inconstitucionalidade, por ofender, o princípio da legalidade, acolhido no artº. 29.º, nºs. 1 e 3, e no artº. 30.º, nº. 1, do texto constitucional e o princípio da separação de poderes acolhidos no artº. 111º., nº. 1, mesmo diploma fundamental, pelo que o tribunal a quo deveria ter aplicado o art. 17º do RGCO, ex vi art. 13º do RJC;

- Apesar de ter reduzido o âmbito geográfico e sectorial da infração em causa nos autos, ainda assim o tribunal recorrido decidiu manter as coimas impostas aos recorrentes na decisão da AdC e procedeu a uma errada avaliação da gravidade da infração, em violação do disposto no artº. 69º., nº. 1, da LdC;

- A 1ª instância desconsiderou circunstâncias atenuantes, concretamente (i) o comportamento da recorrente na eliminação das práticas restritivas, em violação do disposto no artº. 69º., nº. 1, alínea f), da LdC; (ii) a falta de antecedentes por violação das regras da concorrência, em violação do disposto no artº. 69º., nº. 1, alínea h), da LdC; (iii) a gravidade da infração e o grau de participação



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

dos recorrentes, em violação do disposto no artº. 69º., nº. 1, alíneas a) e d), da LdC; e (iv) manteve a coima cujo é irrazoável e desproporcional.

Concluem que as coimas fixadas devem ser substancialmente reduzidas.

A AdC e o Ministério Público pronunciaram-se no sentido da improcedência do recurso neste ponto.

Cumprе começar por apreciar a questão da invocada inconstitucionalidade da norma do nº 2 e 4 do art. 69º do RJC.

Tal norma apresenta a seguinte redacção:

*“1 - Na determinação da medida da coima a que se refere o artigo anterior, a AdC pode considerar, nomeadamente, os seguintes critérios:*

*a) A gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional;*

*b) A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração;*

*c) A duração da infração;*

*d) O grau de participação do visado na infração;*

*e) As vantagens de que haja beneficiado o visado em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas;*

*f) O comportamento do visado na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência, nomeadamente através do pagamento de indemnização aos lesados na sequência de acordo extrajudicial;*

*g) A situação económica do visado;*

*h) Os antecedentes do visado em matéria de infrações às regras da concorrência;*

*i) A colaboração prestada à AdC até ao termo do procedimento.*

*2 - Os critérios referidos nas alíneas a) e c) do número anterior são apreciados em conformidade com o direito da União Europeia, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.*

*3 - Nos processos por infração aos artigos 101.º e 102.º do TFUE, na apreciação dos antecedentes, são igualmente consideradas as decisões definitivas previamente adotadas pela Comissão Europeia ou por uma autoridade nacional de concorrência que tenham declarado que o visado participou numa infração a esses*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**Recurso Penal**

*artigos do TFUE, igual ou semelhante à infração constatada pela AdC, caso o visado continue a cometer a mesma infração ou cometa uma infração semelhante.*

*4 - No caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo anterior, o montante máximo da coima aplicável não pode exceder 10 /prct. do volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC, pelo conjunto de pessoas que integrem cada uma das empresas infratoras, nos termos do artigo 3.º, ou, pela associação de empresas.*

*5 - Caso a infração de uma associação de empresas nos termos do número anterior esteja relacionada com as atividades das empresas associadas, o montante máximo da coima aplicável não pode exceder 10 /prct. do volume de negócios total, agregado, a nível mundial, do conjunto de pessoas que integrem as empresas associadas que exerçam atividades no mercado afetado pela infração, não podendo a responsabilidade financeira de cada empresa associada no que respeita ao pagamento da coima exceder o montante máximo fixado nos termos do número anterior.*

*6 - Caso seja aplicada uma coima à associação de empresas e às empresas associadas nos termos do n.º 5, o volume de negócios destas não deve ser tido em conta no cálculo da coima da associação de empresas.*

*7 - Da aplicação da regra referida nos n.os 4 e 5 não pode resultar um valor máximo da coima superior ao que resultaria tendo por referência o valor correspondente ao ano económico anterior ao ano da infração.*

*8 - No caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo anterior, a coima aplicável a pessoas singulares não pode exceder 10 /prct. do respetivo rendimento do trabalho, incluindo rendimento empresarial e profissional, bruto anual, no último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida.*

*9 - No caso das contraordenações referidas nas alíneas h) a j) do n.º 1 do artigo anterior, a AdC pode aplicar a pessoas singulares uma coima de 10 a 50 unidades de conta.*

*10 - No caso da contraordenação a que se refere a alínea k) do n.º 1 do artigo anterior, a AdC pode aplicar uma coima de 2 a 10 unidades de conta.*

*11 - A coima é paga de uma vez só e pelo valor integral, sem prejuízo de a AdC ou o tribunal poderem autorizar o pagamento faseado, sempre que a situação económica do visado, fundadamente, o justifique.*

*12 - Nos casos de pagamento faseado, a última prestação não pode ir além dos três anos subsequentes ao carácter definitivo ou ao trânsito em julgado da decisão, e a falta de pagamento de uma prestação implica o vencimento de todas as outras, podendo, dentro dos limites referidos, os prazos e os planos de pagamento inicialmente estabelecidos serem alterados quando motivos supervenientes o justifiquem.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

*13 - A AdC adota, ao abrigo dos seus poderes de regulamentação, linhas de orientação contendo a metodologia a utilizar para aplicação das coimas, de acordo com os critérios definidos na presente lei.”*

Como refere o Ministério Público na resposta ao presente recurso, “parece incontroverso que o legislador se distanciou da técnica de determinação das penas do Código Penal (escolha de pena principal, determinação abstracta da pena, suas agravantes gerais e especiais, dispensa da pena, determinação concreta, pena de substituição).” E, por outro lado, que a ausência de indicação da coima mínima e da coima máxima traduz uma especificidade do direito nacional da concorrência, moldado pelo direito europeu da concorrência.

A questão da validade constitucional de normas específicas de regimes contraordenacionais, designadamente no que respeita à amplitude das molduras sancionatórias, tem sido objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional (TC), pronunciando-se este Colendo Tribunal reiteradamente no sentido da não inconstitucionalidade das normas que estabelecem limites alargados das sanções no domínio contra-ordenacional, por daí não emergir a postergação de quaisquer princípios constitucionais.

Neste sentido pronunciou-se a Decisão sumária nº 216/2016, de 14/4/2016, processo nº 383/15:

*«Neste âmbito, o Tribunal Constitucional tem constantemente sublinhado “a diferente natureza do ilícito, da censura e das sanções” entre o ilícito contraordenacional e o ilícito penal, para justificar que os princípios que orientam o*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*direito penal não são automaticamente aplicáveis ao direito de mera ordenação social.*

*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). Neste aresto o Tribunal chegou mesmo a afirmar que a exigência de determinabilidade do tipo predominante no direito criminal não opera no domínio contraordenacional. Note-se, porém, como sublinha Nuno Brandão (in Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material, Coimbra, 2016, pp. 896-898), que o Tribunal nunca abandonou por completo a exigência de tipicidade, tendo antes passado a situá-la no âmbito do princípio do Estado de direito vertido no artigo 2.º da nossa Constituição.»*

Citando o afirmado no acórdão 85/2012 (respeitante à amplitude da moldura sancionatória de um tipo contraordenacional previsto no Código dos Valores Mobiliários), pode ainda ler-se na referida decisão sumária que “a determinação da coima em concreto resulta da ponderação, dentro da margem estabelecida pelos limites mínimo e máximo estabelecidos pelo nº 1 do art. 388º do CdVM, das circunstâncias que estão expressamente mencionadas na lei. É, assim, perfeitamente possível aos destinatários saber quais são as condutas proibidas, como ainda antecipar com segurança, a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*E é nisto que consiste a necessária determinabilidade dos tipos contraordenacionais. Importa relembrar, com efeito, que da jurisprudência do Tribunal resulta que o estabelecimento de limites alargados das sanções, no domínio contraordenacional, não consubstancia em si uma violação de princípios constitucionais, devendo avaliar-se se a lei estabelece outros mecanismos que concorrem para a segurança jurídica.”*

Fazendo ainda referência ao acórdão nº 41/2004 do TC, a decisão sumária nº 216/2016 conclui que:

*«Afigura-se de reiterar esta jurisprudência, no sentido da não inconstitucionalidade.*

*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*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*dissuasor de práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência, sendo evidente que a sanção patrimonial é a mais adequada ao sector de atividade em causa, não violando a ideia de proporcionalidade em sentido amplo, enquanto referência fundamental do controlo da atuação dos poderes públicos num Estado de direito.*

*Por estas razões não é possível afirmar que a norma sob fiscalização viole os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, da separação de poderes e da proporcionalidade, imanentes a um Estado de direito democrático, pelo que o recurso deve ser julgado improcedente.»*

No que concerne à inconstitucionalidade da norma constante do nº 2 do art. 69º da Lei 19/2012 quanto ao segmento normativo que elege o «volume de negócios» do agente como critério de determinação do valor máximo da coima aplicável e à pretensa violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, o TC pronunciou-se na mesma decisão sumária no sentido da improcedência de tal pretensão, apresentando a seguinte fundamentação:

*«Quanto ao primeiro destes princípios, sustenta a recorrente que a utilização do referido critério do volume de negócios potencia o tratamento diferente de situações iguais, na medida em que permitiria que «a empresas com situações económico-financeiras diferentes sejam aplicadas coimas de igual valor, ou vice-versa, porque se ignora completamente o nível de custos que as empresas têm obrigatoriamente que suportar para manter o negócio»; e, também, porque possibilitaria que «a determinação da medida concreta da coima surja*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*completamente desligada ou desassociada do tipo de ilícito praticado, já que pode levar a que a empresas que tenham cometido o mesmo tipo de ilícito, durante o mesmo período de tempo e obtendo benefícios económicos idênticos, sejam aplicadas coimas completamente diferentes, em termos de valores absolutos, de tal como que num caso pode levar à total falência da empresa e noutro caso não.*

*Ocorre que a norma em causa, ao mandar atender ao volume de negócios do agente para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstrata da coima, assegura que é tida em conta a situação particular de cada empresa, o que faz com que nenhuma empresa seja penalizada em termos relativamente mais gravosos do que outra empresa. Não se vislumbra, de facto, como se pode colocar qualquer problema de tratamento desigual. O parâmetro invocado pela recorrente - o princípio da igualdade - é inidóneo para apreciar, à luz da Constituição, a norma sub judicio.*

*Como se referiu no Acórdão n.º 353/2011 a respeito da interpretação da norma do regime anterior - o artigo 43.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho - «tal significa que, nessa interpretação do regime legal, se procura, através de um critério objetivo legalmente estabelecido, introduzir uma relação de dependência entre a moldura abstrata da coima e o benefício económico que o arguido retirou da prática da infração, benefício esse calculado a partir do valor do volume de negócios do ano em que cessou a prática da infração.*

*Quanto ao segundo princípio, o da proporcionalidade, a recorrente não invoca quaisquer argumentos suscetíveis de alicerçar uma violação, pelo que, não*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*se descortinando ofensa deste princípio - que já foi objeto de tratamento -, improcede também esta pretensão.»*

A decisão em apreço decidiu, assim, **«não julgar inconstitucional a norma constante do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, quanto ao segmento normativo que estabelece o volume de negócios do agente como critério de determinação do valor máximo da coima aplicável».**

Tal decisão sumária, objecto de reclamação, veio a ser confirmada pelo acórdão do TC nº 400/2016, de 21/6/2016.

Acompanhando-se o sentido da jurisprudência emanada do Tribunal Constitucional, não podemos deixar de confirmar o entendimento vertido na sentença sob recurso, ao concluir pela conformidade constitucional das normas constantes do art. 69º/2 e 4 do RJC e pelo respeito dos princípios da igualdade, do estado direito democrático e da dupla valoração (cf. linhas 13428 a 13519 da sentença).

Não merece igualmente censura o juízo do tribunal de 1ª instância na parte em que considerou não existir violação do princípio da legalidade, aderindo-se à fundamentação apresentada na sentença a este respeito (cf. linhas 13522 a 13623):

*«O legislador, ao estabelecer um determinado ilícito contra-ordenacional, sancionável mediante coima, delimita uma determinada moldura sancionatória. Esta moldura sancionatória tem em vista os bens jurídicos tutelados e as necessidades subjacentes em prevenir a infracção às regras estabelecidas, ponderação esta que*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*cabe na discricionariade do legislador democraticamente legitimado. Num momento posterior, outros são os factores a ponderar, como se sabe, na determinação da medida da coima aplicável.*

*Estando em causa um direito sancionatório público, o mesmo está sujeito a critérios constitucionalmente impostos de proporcionalidade, necessidade e justa medida.*

*Ainda assim, o Tribunal Constitucional tem sido resistente no sentido de entender que não se pode olvidar a ampla margem de liberdade do legislador ordinário para definir as condutas que constituem contra-ordenação e para fixar as correspectivas molduras sancionatórias abstractamente aplicáveis, devendo os juízos de inconstitucionalidade por ofensa do princípio da proporcionalidade ser reservados para casos de manifesta excessividade.*

*Neste sentido, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 591/2015 alertou para o seguinte:*

*“(...) o legislador ordinário, na área do direito de mera ordenação social, goza de ampla liberdade de fixação dos montantes das coimas aplicáveis, devendo o Tribunal Constitucional emitir juízos de censura somente nos casos em que as soluções legislativas cominem sanções que sejam manifesta e claramente desproporcionais relativamente à gravidade dos comportamentos sancionados.”*

*Importa também apelar à distinção entre direito penal e direito contra-ordenacional. Sem queremos entrar em profundas reflexões dogmáticas, importa referir, ainda assim, que a intensidade do princípio da proporcionalidade é menor no direito contra-ordenacional, por comparação ao direito penal, na medida em que*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*naquele as sanções que são permitidas não implicam uma restrição ao direito fundamental à liberdade pessoal (artigo 27.º da CRP). As coimas são antes uma “mera” afectação patrimonial. (vide, neste sentido acórdão do Tribunal Constitucional n.º 344/2007).*

*Ora, a moldura sancionatória em causa, tendo por base os critérios que já se identificaram para apurar o seu limite máximo, não se mostra desproporcionado em face quer das finalidades prosseguidas, em geral, pelo legislador no domínio contra-ordenacional, especialmente tendo em vista que está em causa direito jus concorrencial – a advertência social relacionada com a observância de certas proibições ou imposições legislativas e, assim, com a promoção de determinadas condutas, in casu na área das relações concorrenciais.*

*Consideramos que, no domínio contra-ordenacional, engloba-se na margem de conformação do legislador a determinação da moldura sancionatória com vista à prossecução das finalidades subjacentes, sendo mais elástico, neste domínio, o princípio da proporcionalidade, em face da neutralidade da advertência social que constitui a finalidade deste ramo do direito e a irrelevância da censura ética do autor da infracção.*

*Por sua vez, ao estabelecer-se um patamar da moldura da coima fixado com base em critérios objectivos e pré-determinados, tal não pode deixar de revelar um instrumento da certeza e segurança do direito, ao contrário do que revela o entendimento dos Recorrentes, pelo qual detemos respeito.*

*Resulta, assim, evidente que aquilo que o princípio da legalidade proíbe, por imposição do corolário do princípio da tipicidade, são molduras indetermináveis.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*É indubitável que mesmo numa moldura abrangente a coima abstracta máxima a aplicar é determinável, desde logo em consequência do volume de negócios que será efectivamente considerado, critério este que resulta de lei anterior ao momento da prática dos factos que são imputados.*

*Adrede, a fixação de uma moldura sancionatória como a que está em causa ancora-se na diversidade dos próprios interesses envolvidos, que transcendem meros interesses privados das empresas, materializando antes a protecção de interesses constitucionalmente protegidos, mantendo um estado de condições concorrenciais, protegendo o consumidor, ainda que de forma indirecta, propiciando uma arquitectura de mercado da qual possa resultar menores preços, mais qualidade, diversidade e inovação, reforçando a confiança no sector financeiro, nos mercados, no fundo, tutelando a concorrência como bem público.*

*Não podemos ainda deixar de referir o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 574/95, que reflecte a propósito da distância significativa entre os limites mínimo e máximo das coimas:*

*“A distância entre o limite mínimo e o limite máximo da coima prevista na norma sub iudicio não é de molde a que esta deixe de cumprir a sua função de garantia contra o exercício abusivo (persecutório e arbitrário) ou incontrolável do ius puniendi do Estado. O legislador não transferiu para os operadores jurídicos competências que são suas; antes, definiu a conduta que teve por ilícita com suficiente clareza e precisão e fixou a sanção correspondente em termos de não deixar dúvidas sobre os limites dentro dos quais se há-de mover aquele que tiver de aplicar a coima: este há-de fixar-lhe o quantitativo "em função da gravidade da*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*contraordenação, da culpa e da situação económica do agente" e em termos de, "sempre que possível" - e respeitado o limite máximo fixado na lei - o respectivo montante "exceder o benefício económico que o agente retirou da prática da contraordenação" (cf. artigo 18º, nºs 1 e 2, do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro). (...)*

*"Não obstante a extensão da moldura sancionatória prevista na norma sub iudicio, o legislador não estabeleceu uma "coima indeterminada", como pretende a recorrente.*

*"É que, para que a sanção seja certa e determinada, basta - como este Tribunal sublinhou nos seus acórdãos nºs 43/86 e 549/94, publicados no Diário da República, II série, de 15 de Maio de 1986 e de 20 de Dezembro de 1994, respectivamente - que "a sua aplicação não gere incerteza relativamente ao quantum da punição e ao modo da sua execução".*

*E continua este acórdão:*

*"Pena certa, determinada, é a pena legal, a pena prevista pelo legislador, pois esse é o modo por que se elimina o arbítrio do julgador.*

*"Uma certa extensão da moldura sancionatória é de algum modo - pode mesmo dizer-se - o tributo que o princípio da legalidade das sanções tem que pagar ao princípio da culpa, que deriva da essencial dignidade da pessoa humana e se extrai dos artigos 1º e 25º, nº 1, da Constituição. [...]*

*"A norma sub iudicio cumpre, pois, as exigências de determinabilidade que lhe são feitas pela específica função de garantia que ela tem que cumprir relativamente aos direitos das pessoas (maxime, ao direito à liberdade e à*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*segurança) e, bem assim, as que são impostas ao legislador pelo princípio do Estado de Direito, que reclama a existência de uma clara separação de poderes entre quem legisla e aqueles que têm por função aplicar a lei (juiz incluído). [...]*

*“Dizendo de outro modo: a norma sub iudicio cumpre as exigências que vão implicadas no princípio da legalidade penal, consagrado no artigo 29º, nºs 1 e 3, da Constituição (nullum crimen nulla poena sine lege), no princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, no da indisponibilidade de competências (consagrados, os dois últimos, no artigo 114º, nºs 1 e 2, da Lei Fundamental) e, ainda, no princípio da proibição de sanções de duração ilimitada ou indefinida (consagrado no nº 1 do artigo 30º da Constituição), que é outra dimensão ou vertente do princípio da legalidade das sanções”.*

*Considerando as duntas asserções mutatis mutantis aqui aplicáveis, não poderíamos deixar de estar mais de acordo.*

*Deste modo, não se pode concluir por um juízo de inconstitucionalidade por ofensa aos princípios esgrimidos pelos Recorrentes.»*

Na esteira da jurisprudência do Tribunal Constitucional, entendemos que as normas dos arts 69º/2 e 4 do RJC não afrontam qualquer dos princípios da Constituição, quer porque a amplitude da moldura sancionatória é concretamente determinada através da ponderação dos diversos factores que o nº 1 do art. 69º do RJC estabelece (v.g. gravidade da conduta, natureza e dimensão do mercado afectado, duração da infracção, benefícios para o visado, situação económica do visado, antecedentes contra-ordenacionais), quer porque o limite máximo da coima



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

aplicável definido em função do volume de negócios do visado, não deixa de ter em conta a situação particular de cada empresa, afastando o problema do tratamento desigual, assim como a alegada desproporção entre aquele limite máximo e os objectivos de prevenção geral e especial negativa.

Não colhe, pois, o argumento dos recorrentes de que os critérios do art. 69º/2 do RJC não têm conexão com o desvalor da conduta, porquanto o sancionamento do agente pressupõe a avaliação da sua conduta.

Improcedem, pois, as conclusões do recurso quanto à matéria da invocada inconstitucionalidade, designadamente a conclusão CCLIII.

Aqui chegados, importa aferir da observância dos critérios legais no doseamento das coimas aplicadas, situadas em €24 000 000 no caso da Super Bock e em €12 000 e €8000 no caso dos visados [REDACTED] e [REDACTED] respectivamente.

Defendem os recorrentes que, apesar de ter reduzido o âmbito geográfico e sectorial da infração em causa nos autos, ainda assim o tribunal recorrido decidiu manter as coimas impostas na decisão da AdC e procedeu a uma errada avaliação da gravidade da infração, em violação do disposto no artº. 69º., nº. 1, da LdC.

Sustentam ainda que a 1ª instância desconsiderou circunstâncias atenuantes, concretamente (i) o comportamento da Recorrente na eliminação das práticas restritivas, em violação do disposto no artº. 69º., nº. 1, alínea f), da LdC; (ii) a falta de antecedentes por violação das regras da concorrência, em violação do disposto no disposto no artº. 69º., nº. 1, alínea h), da LdC; (iii) a gravidade da



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

infração e o grau de participação dos Recorrentes, em violação do disposto no artº. 69º., nº. 1, alíneas a) e d), da LdC; e (iv) manteve a coima cujo *quantum* é irrazoável e desproporcional.

Contra posicionaram-se a AdC e o Ministério Público.

Vejamos.

Flui do texto da sentença que no doseamento da coima foram percorridas as diferentes etapas necessárias para se alcançar a medida da coima concreta, como a seguir veremos.

Partindo do art. 69º do RJC, o tribunal *a quo* fez uma primeira análise acerca da determinação do montante base e volume de negócios:

*«Apesar da lei não estabelecer um limite mínimo para a coima, começando logo por determinar a fixação de um valor concreto, para alcançar esse valor concreto, as Linhas de Orientação da AdC começam por estabelecer que esta determine um montante base [ponto 16, al. i)].*

*Seguidamente, esse montante de base pode ser aumentado ou reduzido por efeito da verificação, no caso concreto, de circunstâncias agravantes ou atenuantes (ajustamento do montante de base). [ponto 16, al. ii)]*

*Finalmente, o montante que resulte (ii) pode ser aumentado ou reduzido em função dos factos no seu conjunto, designadamente das vantagens de que o visado pelo processo haja beneficiado em consequência da infracção, quando as mesmas sejam identificadas, bem como de objectivos de prevenção geral e especial que se imponham em cada caso (determinação concreta da coima). [ponto 16, al. ii)]*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*O montante de base da coima corresponde a uma percentagem do volume de negócios relacionado com a infracção, determinada em função da gravidade da mesma, multiplicada pelo número de anos da respectiva duração. (ponto 17)*

*Para efeitos de determinação do montante de base, considera-se o volume de negócios realizado pelo visado pelo processo quanto aos bens ou serviços directa ou indirectamente relacionados com a infracção (ponto 19).*

*Determinado o volume de negócios relacionado com a infracção, ou o volume de negócios total, nos termos dos antecedentes números 19 a 22 das presentes Linhas de Orientação, é calculada a percentagem do mesmo que corresponde ao montante de base. (ponto 23)*

*Quando a metodologia tem por base o volume de negócios relacionado com a infracção, a Autoridade da Concorrência, seguindo as práticas da Comissão Europeia e de outras autoridades europeias, considera que a percentagem a ter em conta para este efeito é fixada entre 0% e 30%, em função da gravidade da infracção. (ponto 24).» - linhas 13883 a 13906 da sentença*

De seguida, o tribunal *a quo* atendeu às circunstâncias do caso do seguinte modo (transcrevendo-se os excertos mais relevantes da sentença sobre este aspecto – cf. linhas 13908 a 14178 da sentença):

*«Quanto à **gravidade da infracção**, consideramos que a contra-ordenação em causa é muito grave, até porque ela consubstancia uma daquelas infracções que são pelo legislador presumidas como produtoras de efeitos restritivos*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*da concorrência, nem sequer sendo por isso necessário provar quaisquer efeitos, porque se entende que eles existem sempre neste tipo de práticas, englobando-se na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e na alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU.*

*Na verdade, e como já várias vezes mencionámos, a definição directa de preços fixos ou mínimos é um dos exemplos de restrição grave da concorrência, por objecto directo, apontados pela Comissão Europeia nas Orientações Relativas às Restrições Verticais.*

*Ora, a infracção objecto do presente processo de contra-ordenação traduz-se num acordo entre empresas de fixação de preços, quer por meios directos, quer indirectos, a praticar pelos distribuidores dos produtos da Recorrente, com o objecto de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência.*

*A fixação dos preços mínimos implica (pelo menos esse era o objectivo) a coarctação da liberdade dos distribuidores em determinar efectivamente os preços a praticar, diminuindo-os, se assim entendessem, abaixo dos patamares estabelecidos, eliminando a concorrência pelo preço dos produtos, em prejuízo, ainda que indirecto, dos consumidores finais que deixam de poder beneficiar de produtos a preços mais reduzidos.*

*A restrição daquela liberdade determina, necessariamente, uma distorção no mercado, já que influencia a lei da oferta e da procura (porque é o factor preço que se apresenta como decisivo), eliminando (ou pretendendo eliminar) a incerteza do comportamento das empresas concorrentes.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*Com efeito, a fixação dos preços deve resultar apenas do livre jogo do mercado, muito embora o mesmo deva respeitar as normas que a esse respeito sejam aplicáveis, as quais se propõem a regular o funcionamento do mercado e não a introduzir-lhe distorções.*

*Será ainda necessário considerar que a situação é mais gravosa tendo ainda em consideração os mercados em causa e a preponderância que a Super Bock neles ocupa, bem como o facto da prática ter sido implementada por uma rede de distribuidores independentes com cobertura na esmagadora maioria do território nacional (exclui-se apenas as áreas com vendas directas).*

*Por outro lado, importa referir que existiu uma tendência generalizada dos distribuidores de seguir os preços determinados pela Recorrente (preços fixos, mínimos ou mínimos em termos médios). Beneficia os Recorrentes o facto de se desconhecerem outros efeitos concretos dos factos imputados aos Recorrentes no mercado, quer junto dos operadores económicos, quer junto dos consumidores.*

*Acresce que, no presente caso, tal como provado, o volume de negócios relacionado com a infracção, no ano de 2017, cifra-se em € 102.718.465,00 (tabela 10, soma de todo o volume de negócios do ano de 2017, apartado de venda directas).*

*Quanto aos Recorrentes singulares, não é possível determinar os rendimentos que estão relacionados com a infracção.*

(...)

*Como é de atentar, englobam-se no n.º 2 e n.º 4 do artigo 69.º do RJC variadíssimas condutas, cuja gravidade abstracta é diversa. Com efeito, como já*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*vem sendo referido, as práticas restritivas da concorrência por objecto contêm no seu âmago uma gravidade assumidamente mais gravosa pelo legislador do que, por exemplo, o “mero” incumprimento de medidas impostas nos termos associados àqueles n.ºs 2 e 4 do artigo 64.º.*

*Ora, ao determinar a medida concreta da sanção, o decisor deve ter em conta não só a gravidade concreta da conduta, mas também a gravidade abstracta da mesma conduta pressuposta pelo legislador, na medida em que a mesma “moldura sancionatória” ( ) se aplica a várias condutas de gravidade abstracta diversa, sem que o legislador tivesse cuidado de destringar essa gravidade abstracta.*

*No que se reporta à **natureza e a dimensão do mercado afectado pela infracção**, importa atentar para que a infracção foi implementada e afectou todos os mercados de produto em que a Super Bock se encontra activa, no canal HORECA, aos quais é atribuído um âmbito geográfico nacional, com excepção das áreas onde existem vendas directas da Recorrente, como sendo Lisboa (incluindo Amadora e Sintra), Porto, Madeira, Coimbra até 2013 e após 2014, as ilhas do Faial e do Pico. Estas excepções não foram relevadas pela AdC, considerando-se que assumem, contudo, um critério que favorece os Recorrentes de forma mitigada, na medida em que o âmbito geográfico continua a ser evidentemente muito expressivo.*

*Os mercados afectados no presente caso assumem uma importância essencial na vida dos consumidores em geral, na medida em que condicionam de forma directa e imediata o seu bem-estar.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*Com efeito, está em causa os mercados de distribuição de cervejas, águas (lisas e com gás), refrigerantes com gás, iced tea, vinhos tranquilos (ou de mesa), sangrias e sidras em hotéis, restaurantes e cafés, que corresponde, grosso modo, a todo o consumo fora do lar.*

*Ainda assim, releva a favor dos Recorrentes a pouca expressividade que assume o mercado de iced teas, vinhos, sidras e sangrias no que tange à quota de mercado conquistado durante os anos em que decorreu a infracção, não se podendo olvidar que apenas em 2011 a Recorrente iniciou a comercialização de sidras, de “vini sangria” tinta em 2010 e de “vini sangria” branca em 2014. Estes factores não parecem ter sido ponderados pela AdC.*

*Não pode ainda deixar de considerar-se que a prática em causa foi implementada de forma generalizada, pela totalidade da rede de distribuidores independentes que adquiriam produtos à Super Bock para revenda no canal HoReCa em todo o território nacional onde não existe vendas directas da Recorrente.*

*No que tange à **duração da infracção**, importa estabelecer uma distinção marcada quanto à actuação da Recorrente sociedade e dos Recorrentes singulares, na medida em que este critério desfavorece, em muito, a primeira e acaba por favorecer os segundos.*

*A infracção em causa nos autos, por respeito à Recorrente sociedade, durou desde 15 de Maio de 2006 a 23 de Janeiro de 2017, ou seja, cerca de 11 anos.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*No que se reporta ao Recorrente [REDACTED] a sua participação é limitada ao lapso temporal de 31 de Março de 2014 até 07 de Novembro de 2016.*

*No que respeita ao Recorrente [REDACTED], a respectiva actuação é limitada ao lapso temporal de 7 de Fevereiro de 2013 até, pelo menos, 13 de Janeiro de 2017.*

*No que toca ao grau de participação dos visados pelo processo na infracção, importa referir que estamos perante um acordo entre empresas, que foi, por um lado, imposto pela Recorrente, merecendo, pelos motivos que já identificámos, a aquiescência dos distribuidores que comercializavam no canal HoReCa os produtos da Recorrente no território nacional (excepto áreas de vendas directas).*

*Ainda assim, resulta da matéria dada como provada, que a Recorrente assumiu um papel preponderante na conduta em causa, na medida em que era ela que fixava, de forma directa e indirecta preços e condições comerciais a aplicar pelos distribuidores nas suas operações de revenda, exercendo um controlo efectivo sobre o cumprimento desses termos e encetando as medidas de retaliação que se deram como provados.*

*Quanto a [REDACTED] importa referir que o mesmo detinha autoridade e exercia o controlo efectivo da área de actividade da Super Bock em que os comportamentos ilícitos ocorreram na qualidade de administrador da Super Bock com o pelouro comercial, tendo conhecimento e participação directa nos comportamentos, nos moldes dados como provados, tal como atentava a decisão administrativa.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

No que se reporta a [REDACTED]a, também ele detinha autoridade e exercia o controlo efectivo da área de atividade da Super Bock em que os comportamentos ilícitos ocorreram na qualidade de director comercial para as vendas no on-trade, tendo igualmente conhecimento directo e participação directa nos comportamentos, nos moldes dados como provados, tal como atentava também a AdC.

Assim, os Recorrentes executaram os factos que consubstanciam a infracção em causa no presente processo, na modalidade de co-autoria (sendo co-autores também os distribuidores que aquiesceram na prática – este factor pouco relevo em termos atenuantes terá, na medida em que a actuação da Recorrente, tal como já referido, foi preponderante).

Quanto a vantagens de que hajam beneficiado os visados pelo processo em consequência da infracção, consideramos que as mesmas não são numericamente contabilizáveis, o que beneficia a Recorrente.

Contudo e ainda assim, não podemos deixar de referir que a conduta, quanto à Recorrente Super Bock, durou cerca de 11 anos.

Durante esse período de tempo, os distribuidores, de forma generalizada seguiram as determinações da Recorrente, com uma necessária alteração das condições concorrenciais do mercado que a fixação dos preços de revenda possibilita, o que determina uma clara vantagem para a Super Bock, constituindo uma garantia de não concorrência ou de falseamento da concorrência.

Com efeito e na senda da decisão administrativa, a fixação de preços de revenda determina um abrandamento da concorrência entre os distribuidores, na



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*medida em que aumenta a transparência entre eles, reduzindo os níveis de concorrência intra-marca.*

*Garante um determinado nível mínimo de preços no mercado face aos concorrentes.*

*A fixação de preços de revenda provoca ainda um desagravamento da pressão concorrencial que, em circunstâncias normais, seria exercida pelos distribuidores sobre a Super Bock.*

*Porém, estas circunstâncias, se bem que devem ser tidas em consideração, não menos certo que não deverão ter um relevo preponderante nos efeitos pejorativos, da graduação da coima, pois desconhecemos concretamente em termos numéricos em que termos se traduziu essa distorção da concorrência.*

*Quanto às vantagens auferidas pelos Recorrentes singulares, as mesmas não são identificáveis, o que deverá ser um facto que os beneficia.*

*No que respeita ao **comportamento dos visados pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência**, não resulta dos factos provados que os Recorrentes tenham adoptado qualquer comportamento tendente à eliminação das práticas proibidas ou à reparação dos prejuízos causados à concorrência.*

*Ainda assim, o que não foi relevado pela AdC, consideramos que nesta sede importa evidenciar que os Recorrentes J [REDACTED] e [REDACTED] foram determinantes para a alteração do modelo de negócio da Recorrente, em Fevereiro de 2015, no que se reporta aos descontos concedidos sobre sell out, nos termos dados acima como provados.*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*Contudo, este facto acaba por não ter a importância que os Recorrentes lhe pretendem dar, na medida em que, mesmo após esse período, a Recorrente continuou a fixar directa e indirectamente preços de revenda.*

*Por seu turno, releva a favor da Recorrida sociedade o facto de, após os factos que aqui se discutem, a Recorrente ter adoptado e feito circular internamente um manual de procedimentos tendentes a uma postura concorrencialmente compliance com as directrizes legais e regulamentares e também ter vindo a promover diversas acções de formação junto dos seus colaboradores sobre o domínio do Direito da Concorrência, com o objectivo de consciencializar e fortificar uma cultura interna pró-concorrencial, o que é de louvar.*

*Ainda assim, esse programa de compliance apenas surgiu após 11 anos de práticas anti concorrenciais, o que denuncia que, durante a infracção ou não existiu qualquer programa de compliance ou, se existiu (o que nem se mostra provado), o mesmo não foi bem sucedido.*

*Assim, se o programa de compliance favorece a Recorrente sociedade, favorece-a de forma mitigada porque aquele programa em nada altera a realidade da infracção que foi verificada.*

*Em termos de **situação económica dos visados**, mostra-se provado que, relativamente ao ano de 2020, o Recorrente [REDACTED] apresentou rendimentos em Portugal ilíquidos de trabalho dependente no valor de € [REDACTED] e o Recorrente [REDACTED], em Portugal, apenas rendimentos prediais ilíquidos no valor de € [REDACTED] desconhecendo-se os rendimentos a título de trabalho que*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*auferiu mais recentemente, porque não os comprovou, sabendo-se apenas que não está a residir em Portugal.*

*Já a Recorrente Super Bock, por referência ao ano de 2020, apresentou vendas e serviços no valor € 332.960.377,00 e um resultado líquido do período de € 28.701.301,00, empregando 831 trabalhadores.*

*Não são conhecidos quaisquer **antecedentes contra-ordenacionais dos visados por infracção às regras da concorrência**, facto que releva a seu favor.*

*Com efeito, no que tange à Recorrente sociedade, apesar de se ter dado como provado que:*

*- Por decisão de 18 de Dezembro de 1985, no processo de contra-ordenação n.º 1/85, o Conselho da Concorrência (extinto com a criação da AdC), impôs à então União Cervejeira EP a eliminação de todas as cláusulas que pudessem conduzir à fixação de preços nos contratos de distribuição (mesmo indirectamente, como seja a concessão do abono de frete), e ainda de todas as práticas que indirectamente produzissem esse resultado, como seja a construção de tabelas de preços que pudessem, “por mau entendimento dos agentes”, conduzir à fixação de preços, tal não traduz uma condenação.*

*- Por decisão de 13 de Julho de 2000, no processo de contra-ordenação n.º 2/99, o Conselho da Concorrência condenou a então Unicer – União Cervejeira SA numa coima no valor de cem milhões de escudos (100.000.000\$00) por violação da lei da concorrência, considerando que a Super Bock não dera cabal cumprimento à Decisão de 1985 (concluiu-se naquele processo que, relativamente às tabelas de preços e condições de venda, a remuneração do distribuidor fixada em função de*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*um desconto sobre o preço de tabela para os distribuidores eliminava, de forma substancial, a concorrência intramarca formalmente permitida pelos contratos de distribuição), tendo esse procedimento contra-ordenacional sido declarado extinto por prescrição mediante acórdão da Relação de Lisboa, de 28 de Março de 2001, tal não poderá ser considerado um antecedente contra-ordenacional na medida em que o procedimento foi declarado prescrito; e*

*- No processo de contra-ordenação n.º PRC 01/03, o conselho de administração da AdC considerou que se mantinham sérios indícios de cláusulas restritivas da concorrência nos acordos de distribuição da então Unicer – Distribuição de Bebidas, SA e que “ao manter, até muito recentemente, a mesma estrutura formal das tabelas de preços por si praticados, não obstante os compromissos anteriormente assumidos junto do ex-Conselho da Concorrência, no sentido da sua total reestruturação, vinha a potenciar, indiretamente, o seu efeito uniformizador induzindo os distribuidores a alinhar os preços praticados com os seus clientes em função da tabela de preços da empresa”, o certo é que também se mostra provado que o Conselho de administração da AdC viria a ordenar o arquivamento do inquérito na sequência de alterações aos contratos de distribuição propostas pela Visada, também não existindo qualquer tipo de condenação definitiva.*

*Com efeito, “antecedente criminal” (ou antecedente contra-ordenacional) é uma condenação anterior sofrida pelo arguido.*

*Quanto à **colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento**, a mesma entidade administrativa esclareceu que “a*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*Visada e as pessoas singulares visadas actuaram, ao longo do inquérito e da instrução do processo, em conformidade com as normas aplicáveis, cumprindo com o dever legal de colaboração com a Autoridade que sobre elas incide”.*

*Estando em causa o cumprimento de deveres legais de cooperação, este tipo de colaboração não constitui uma colaboração relevante para efeito de determinação da coima, considerando-se o mesmo inócuo, à míngua de outros factos atinentes ao mesmo.*

*Tendo em conta o exposto:*

*- apesar da decisão administrativa ter dado como provada uma situação de fixação de preços junto dos pontos de venda (Preços de Venda ao Público), o que não ficou demonstrado nestes autos;*

*- apesar de não se ter verificado uma dimensão do mercado afectado pela infracção correspondente à integralidade do território nacional, apurando-se a existência de áreas com vendas directas da Recorrente que importam ser excluídas;*

*- apesar de, in casu, se ter frisado a ausência de antecedentes criminais dos Recorrentes;*

*- o certo é que importa ter conta a gravidade da infracção que está em causa nos autos, que consiste numa infracção considerada “hard core” relativamente às regras jus concorrenciais;*

*- a duração da infracção que relativamente à Recorrente sociedade durou 11 anos, relativamente ao Recorrente ██████████ durou cerca de dois anos e relativamente ao Recorrente ██████████ cerca de quatro anos;*



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

- considerando igualmente os elementos agora coligidos sobre a situação económica dos Recorrentes, sendo certo que a Recorrente sociedade é uma empresa que apresenta um resultado líquido de mais de 20 milhões de euros, auferindo o Recorrente ██████████ rendimentos muitíssimo superiores ao comum cidadão português e conhecendo-se apenas os rendimentos prediais actuais ao Recorrente ██████████ em Portugal, sabendo-se que reside fora do país (não tendo comprovado os rendimentos que auferi actualmente, a título de rendimentos do trabalho, pelo que se deverá ter em conta os rendimentos apurados em sede de decisão administrativa); e

- considerando também que o valor travão da coima aplicável se situa nos seguintes montantes (bastante elevados):

- Para a Recorrente sociedade, em € 39.775.178,80;

- Para o Recorrente ██████████, em € 25.820,00; e

- Para o Recorrente ██████████, em € 13.577,00,

consideramos que os valores fixados pela AdC não merecem qualquer censura, considerando-se que o doseamento das coimas não afronta os princípios da necessidade, proibição de excesso ou proporcionalidade das sanções – vide artigo 18º, n.º 2 da CRP –, antes se mostram adequados e proporcionais à defesa do ordenamento jurídico, não ultrapassando a medida da culpa dos Recorrentes, pelo que se considera ser de manter as coimas

- para a Recorrente Super Bock Bebidas, € 24.000.000,00;

- para o Recorrente ██████████, €

12.000,00;e



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

- para o Recorrente [REDACTED], € 8.000,00.»

Resulta da extensa fundamentação vertida na sentença que o tribunal de 1ª instância procedeu a uma detalhada e rigorosa apreciação dos diversos critérios que o art. 69º/1 do RJC elenca (a título exemplificativo) a ter em conta na determinação da medida da coima, designadamente a gravidade da conduta, a natureza e dimensão do mercado afectado, a duração da infracção, o grau de participação dos visados, as vantagens para os mesmos visados em consequência da infracção, o comportamento dos visados na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência, a ausência de antecedentes contraordenacionais por infracção às regras da concorrência e a colaboração prestada à AdC até ao termo do procedimento.

Tais critérios foram ponderados sem deixar de atender às Linhas de Orientação da AdC e ao limite máximo imposto pela norma travão que constitui o nº 2 do citado art. 69º do RJC, nos termos do qual “(...) a coima determinada nos termos do nº 1 não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência (...)”; e o nº 4, ao estabelecer que “(...) a coima aplicável a pessoas singulares não pode exceder 10% da respectiva remuneração anual auferida pelo exercício das suas funções na empresa infractora, no último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida.”



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Entendemos que se não podem assacar à sentença os vícios apontados pelos recorrentes.

Desde logo, não colhe o argumento de que o tribunal *a quo* ignorou as circunstâncias atenuantes (cf. conclusão CCLVI).

Como flui do trecho da sentença acima transcrito, o tribunal atendeu a todos os factores, uns favoráveis, outros desfavoráveis, pese embora o juízo global não tenha sido positivo ou sequer mitigador das condutas, como pretendiam os visados.

É certo que o tribunal considerou que a infracção não incidiu sobre a totalidade do território nacional (tendo afectado todos os mercados em que a Super Bock estava activa no canal Horeca a nível nacional, com excepção das vendas directas em Lisboa, Porto, Madeira, Coimbra – até 2013 – e no Pico e Faial – após 2014 – cf. facto provado 21), mas tal não reduziu a sua gravidade, nem impediu que fosse julgado verificado o requisito da “afecção sensível do comércio entre os Estados-Membros”, nos termos do art. 101º do TFUE, não resultando daí qualquer erro de julgamento de direito, conforme já decidido, o que conduz necessariamente à improcedência da conclusão CCLIX.

Nem, como adiante veremos, divisamos que aquela limitação do âmbito geográfico da infracção e, por outro lado, a limitação da conduta de imposição de preços aos distribuidores do canal Horeca (com exclusão do âmbito da infracção dos postos de venda e do mercado cash and carry) devesse conduzir a uma diminuição das coimas concretamente aplicadas.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

A posição da Super Bock nos mercados nacionais das cervejas, águas, vinhos e refrigerantes no canal Horeca e o respectivo volume de negócios está quantificada nas tabelas inseridas nos factos provados 51 a 58, o que demonstra o peso económico (muito significativo) da visada.

Devemos ainda ter presentes os seguintes factos, com relevo para a caracterização do mercado em causa e da quota de mercado da visada Super Bock:

- O mercado cervejeiro em Portugal está assente primordialmente em quatro empresas, sendo a Super Bock uma delas e comercializando as marcas Super Bock, Cristal, Carlsberg, Cheers e Marina (facto provado 60).

- Não obstante o mercado principal em que estas empresas actuam seja o cervejeiro, as mesmas comercializam outras bebidas além de cerveja, como por exemplo água engarrafada, refrigerantes, sumos, vinhos e café (facto provado 61);

- Em termos de quotas de mercado, a Recorrente e a SCC (Sociedade Central de Cervejas e Bebidas, S.A.) conjuntamente, representam, grosso modo, cerca de 90% do mercado nacional da cerveja (facto provado 62);

- Sabendo que o sector cervejeiro português apresenta uma estrutura de mercado Duopolista, é possível afirmar que cada empresa toma as suas decisões, relativamente às variáveis estratégicas que controla [como preços, quantidades, marketing (planeamento do produto, publicidade e distribuição) e I&D (Inovação & Desenvolvimento)], tendo em conta, nomeadamente, as decisões e reacções da rival (facto provado 63);

- No mercado cervejeiro, a diferença entre os custos dos factores (entendido como o conjunto dos elementos custos, incluindo dos diversos



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

intervenientes na cadeia de produção e/ou cadeia de abastecimento – como o seja, a margem de lucro) e os preços de mercado são reduzidos, sendo um mercado, tendencialmente, de venda em quantidades (facto provado 64);

- O montante das vendas totais da Recorrente aos distribuidores que operavam nas diversas áreas para o canal HORECA, no período entre 15.05.2006 e 23.01.2017, totalizou € 136.883.515,00 (facto provado 59).

Acresce que, no que respeita à dimensão e situação económica da empresa, a Super Bock, por referência ao ano de 2020, apresentou vendas e serviços no valor €332.960.377,00 e um resultado líquido do período de € 28.701.301,00, empregando 831 trabalhadores (facto provado 146).

Nesta conformidade e ao contrário do sustentado na conclusão CCLXVII, as apontadas alterações em relação à decisão da AdC não determinaram a absolvição de qualquer infracção, porquanto foi confirmada pelo tribunal a quo a (grave) violação das regras da concorrência pelos visados, apenas ocorrendo uma variação dos factores causadores da ilicitude, que não assume particular significado face ao acervo factual dado como provado na sentença, que comprova uma conduta anti-concorrencial abrangente da maior parte do território nacional.

No que concerne aos benefícios para os visados decorrentes da infracção, a sentença constatou uma clara vantagem para a Super Bock durante um longo período de onze anos, embora não podendo quantificar essa vantagem; e quanto aos visados [REDACTED] e [REDACTED], ponderou a seu favor o



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

desconhecimento de vantagens relacionadas com os mesmos. Não detectamos aqui qualquer erro de apreciação ou contradição.

Relativamente ao comportamento dos visados conducente à eliminação das práticas e reparação dos prejuízos causados, tal como referido pelo Ministério Público na resposta ao recurso, a sentença constatou a ausência de comportamento tendente a eliminar as práticas proibidas e a reparar os prejuízos; considerou que as pessoas físicas visadas foram determinantes para a alteração do modelo de negócio em Fev/2015 quanto aos descontos em sell out (facto provado 133), facto que acaba por não ter a importância que os Recorrentes lhe pretendem dar, na medida em que, mesmo após esse período, a Recorrente continuou a fixar directa e indirectamente preços de revenda; ponderou favoravelmente à visada o facto de após a prática dos factos, ter feito circular internamente manuais de compliance respeitantes ao direito da concorrência, circunstância que, no entanto, considerou favorecer a Super Bock de forma mitigada, porque em nada alterou a realidade atinente à infracção.

Perante tal, é de rejeitar o que defende a recorrente na conclusão CCLXXVIII, ou seja, que o tribunal devesse ter concluído que eram manifestamente reduzidas *in casu* as exigências de prevenção especial negativa.

Por outra banda, quanto à ausência de antecedentes contraordenacionais por infracção às regras da concorrência, que o tribunal considerou a favor dos visados, não se alcança em que medida foi incorrectamente ponderado, como alegado na conclusão CCLXXX. O que se verifica é que os recorrentes não se conformam com as coimas aplicadas, cuja redução substancial pretendem (conclusão CCLXXXIII), mas tal não configura o imputado erro de julgamento.



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Sopesando todas as circunstâncias analisadas, afigura-se-nos que as coimas aplicadas se mostram proporcionais e adequadas, atenta a gravidade da conduta (acordo vertical entre empresas, de fixação de preços, com o objectivo de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência), a dimensão do mercado afectado (abrangente de quase todo o território nacional), a longa duração da infracção (11 anos) e as consequentes vantagens daí resultantes para a visada Super Bock, a situação económica da visada e o seu volume de negócios. No que concerne aos visados [REDACTED] (director do departamento comercial da Super Bock) e [REDACTED] (vogal do Conselho de Administração da Super Bock), deve ainda ser ponderado o seu papel activo na infracção durante quase quatro anos e um ano e nove meses respectivamente (cf. factos provados 118, 119, 120, 124, 127 e 128), para além da remuneração auferida por cada um.

Considerando o volume de negócios da visada Super Bock nos anos de 2016 e 2017 (€401 381 826 e €461 170 892; sendo de €397 751 788 no ano de 2018 – cf. factos provados 14 e 15), constata-se que o limite máximo da coima aplicável, nos termos do art. 69º/2 do RJC, reportada ao ano de 2017, se situa em €39 775 178,80, pelo que a coima de €24 000 000 corresponde a cerca de 6% do volume de negócios.

Quanto à remuneração dos visados pessoas singulares, ficou demonstrado que [REDACTED] auferiu a remuneração anual de € [REDACTED] no ano de 2015 e a remuneração anual de € [REDACTED], no ano de 2016 (cf. facto provado 17);



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

enquanto que ██████████ auferiu a remuneração anual de €████████ no ano de 2016 (facto provado 18).

Quer dizer que a coima de €12 000 aplicada ao visado ██████████ ficou abaixo do ponto médio do limite máximo (€25 820) e a coima de €8000 aplicada ao visado ██████████ ficou ligeiramente acima da metade do limite máximo de € 13 577.

No que concerne às necessidades de prevenção, não pode olvidar-se que a escolha do montante da coima pela AdC constitui um instrumento de política da concorrência, no âmbito das atribuições legais desta autoridade, cuja actividade deve ser orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência (art. 7º do RJC), o que impõe a aplicação de coimas dissuasivas de práticas restritivas da concorrência, que, além do mais, contrariam objectivos fundamentais da União Europeia (vide acórdão do TJUE de 6/7/2000 – processo T-62/98, pesquisado em <https://curia.europa.eu>).

Apesar da ausência de antecedentes contraordenacionais dos recorrentes em matéria de infracções à concorrência, a motivação recursória evidencia a desvalorização da conduta infractora e a auto-desresponsabilização dos visados, importando que a sanção a aplicar seja susceptível de promover a consciencialização, não só social e comunitária, como dos próprios infractores, demovendo-os da prática de novos ilícitos, assim como retraindo o surgimento de cartéis ou práticas semelhantes restritivas da concorrência por parte dos demais



**Tribunal da Relação de Lisboa**  
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

operadores designadamente no mercado cervejeiro, tão lesivas dos direitos dos consumidores.

Nestes termos, respeitando os critérios de determinação das coimas concretas aplicadas as normas e princípios da Constituição e mostrando-se tais coimas adequadas à culpa dos visados e às necessidades de prevenção, não nos merece censura o decidido pela 1ª instância, improcedendo o recurso também neste segmento.

\*

**V. DECISÃO**

Em face do exposto, deliberam julgar improcedentes os recursos interpostos pelos recorrentes, confirmando o despacho proferido em 9/9/2020 e a sentença recorrida.

Custas pelos recorrentes, fixando-se a taxa de justiça em 6 UC's para cada um deles (art. 513º/1 do CPP e art. 8º/9 do RCP e Tabela III anexa).

Notifique.

Lisboa, 12 de Setembro de 2023

Ana Mónica C. Mendonça Pavão (Relatora)

Carlos M. G. de Melo Marinho (1º Adjunto)

Rute A. da Silva Sabino Lopes (2ª Adjunta)



**Processo:** 71/18.3YUSTR-M.L1  
**Referência:** 20457636

**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal