



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Proc. n.º 199/11.0TYLSB.L1

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

1.

1.1.

No processo n.º 199/11.0TYLSB do 4º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa:

Em 10 de Dezembro de 2010 foi, pelo Conselho da Autoridade da Concorrência (AdC), proferida Decisão Condenatória no Processo de Contra-Ordenação que correu termos sob o n.º PRC 13/06, conforme a qual foram as ora Recorrentes, Baxter — Médico Farmacêutica, Lda. (Baxter) e Glintt — Business Solutions, Lda. (Glintt), condenadas, respectivamente, no pagamento de uma coima no valor de € 145.296,77 e de € 385.471,24, por ter sido provada a existência de uma infracção jusconcorrencial, que se consubstanciou na celebração entre ambas e execução de um contrato que incluía uma restrição vertical de fixação de preços de revenda, com violação do disposto no artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei n.º 18/2003).

As Recorrentes Baxter - Médico Farmacêutica, Lda. (Baxter) e Glintt - Business Solutions, Lda. (Glintt), interpuseram Recurso de Impugnação para o Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL), alegando a inexistência da prática da contra-ordenação de que vinham condenadas.

O TCL, por Sentença de 12 de Setembro de 2011, julgou parcialmente procedentes os recursos de impugnação judicial, alterando a Decisão da AdC, no que respeita ao valor das coimas, dando como provada a prática da infracção pela qual foram, pela AdC, condenadas.

Pela referida sentença foi condenada a Recorrente Baxter no pagamento de uma coima no valor de € 100.000,00 e a Recorrente Glintt na coima de € 300.000,00.

E ainda na sanção acessória, aplicada ao abrigo do artigo 45.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 18/2003, ordenando às arguidas que fizessem publicar na II.ª Série do Diário da República e num jornal nacional de expansão nacional um extracto da decisão, do qual constassem os fundamentos de facto e de direito que levaram à sua condenação.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

As Recorrentes foram igualmente condenadas nas custas do processo.

1.2.

Interpuseram recurso as referidas Baxter e Glintt, com as seguintes conclusões :

1.2.1.

A recorrente Glintt :

1. *O Tribunal a quo limitou-se a interpretar de forma puramente discricionária os critérios estabelecidos no artigo 44.º da Lei 18/2003 para determinar a medida concreta da coima;*

2. *Para o efeito, o Tribunal a quo apoiou-se, erradamente e sem qualquer justificação, no volume de negócios realizado pela Glintt no mercado das tecnologias da informação, no último ano da infracção, quando, de acordo com a prática consolidada do direito da União Europeia, aquele Tribunal deveria ter tido em consideração o volume de negócios realizado no mercado nacional do fornecimento do equipamento automatizado de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos FDS 330 e respectivos serviços conexos, tais como montagem e parametrização do equipamento em causa, fornecimento de consumíveis, exclusivos ou não, e serviços de formação e manutenção/assistência técnica;*

3. *Ao fixar a coima num montante de €300.000 (trezentos mil euros), tendo por base o volume de negócios global da Glintt, o Tribunal a quo violou o princípio da proporcionalidade;*

4. *Ao desconsiderar por completo as directrizes estabelecidas nas Orientações para o cálculo das coimas, o Tribunal a quo violou o artigo 44.º da Lei n.º 18/2003;*

5. *O Tribunal a quo não ofereceu qualquer possibilidade às Arguidas de apreenderem, ainda que a título indicativo ou aproximado, a forma como os critérios para a determinação da medida concreta da coima foram efectivamente ponderados, incorrendo, portanto, num vício de falta de fundamentação;*

6. *A colaboração da Glintt foi muito mais extensa do que o dever legal a que estava adstrita, na medida em que apresentou voluntariamente um conjunto de informações e documentos que se revelaram determinantes para o esclarecimento dos factos;*

7. *A Recorrente não comprehende em que medida é que a sua colaboração foi tida em conta como circunstância atenuante, pois a Sentença recomida é profundamente ambígua;*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

8. A forma como o Tribunal a quo tratou a questão da colaboração da Glintt na fase do procedimento administrativo indica uma total discricionariedade na aplicação da alínea e) do artigo 44.º da Lei 18/2003;

9. O Tribunal a quo não ponderou a colaboração da Glintt em toda a sua extensão e portanto violou a alínea e) do artigo 44.º da Lei 18/2003;

10. Se porventura essa colaboração foi devidamente ponderada – o que não se comprehende pela análise da Sentença recorrida –, então esta padece de um vício de falta de fundamentação;

11. Não existia uma elevada necessidade de prevenção geral e uma censura desmesurada que levasse à aplicação de uma coima no valor de €300.000,00 (trezentos mil euros) pelo Tribunal a quo;

12. Afigura-se-nos ser subsidiariamente aplicável às contra-ordenações – mutatis mutandis – a atenuação especial prevista no citado artigo 72.º do Código Penal, ex vi artigo 32.º do RGCO e, aplicável a este caso, por via da remissão do n.º 1 do artigo 22.º da Lei 18/2003;

13. O artigo 72.º do Código Penal determina que o Tribunal poderá atenuar especialmente a pena, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao facto ilícito, ou contemporâneas dele, que diminuam de forma acentuada a ilicitude do facto, tais como, a necessidade da pena;

14. A diminuta gravidade dos factos incorridos pela Glintt, atentas as repercuções que este acordo teve no mercado em concreto; os ganhos francamente reduzidos auferidos pela celebração e execução do dito acordo; a relevante colaboração com as Autoridades na fase administrativa; e a ausência de antecedentes contra-ordenacionais, são particularmente relevantes para demonstrar a escassa necessidade de punição, pois, o efeito preventivo pretendido com a coima pode ser atingido com montante substancialmente inferior;

15. A Sentença recorrida violou o disposto no artigo 72.º do Código Penal ex vi artigo 32.º do RGCO e n.º 1 do artigo 22.º da Lei 18/2003, pois estavam reunidas as condições para aplicar, em concreto, uma atenuação especial da coima e a aplicação do montante mínimo da moldura abstracta especialmente atenuada.

Nestes termos e nos melhores de Direito cujo douto suprimento de V. Exas. se invoca, deverá o presente recurso ser julgado procedente, nos termos das conclusões formuladas, e, consequentemente, revogada a Sentença do Tribunal a quo, substituindo-a por outra, aplicando à Recorrente uma coima mínima, especialmente atenuada,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

correspondente ao mínimo previsto no n.º 1 do artigo 43.º da Lei 18/2003 reduzido a metade, de harmonia com o preceituado no n.º 3 do artigo 18.º do RGCO.

De igual modo, que na determinação do montante concreto da coima, seja tida em devida conta os critérios previstos no artigo 44.º da Lei 18/2003, aplicados de acordo com as Orientações para o cálculo das coimas pois só assim é de Direito e só desta forma será feita a mais costumada JUSTIÇA!

1.2.2.

A recorrente Baxter apresenta as seguintes conclusões:

A. Vem o presente recurso interposto da dota Sentença, de fls proferida no âmbito dos presentes autos e datada do passado dia 12.09.2011, a qual condenou a ora Recorrente no pagamento de uma coima no valor de €100.000,00, pela prática, em co-autoria material com a Arguida GLINTT – Business Solutions, Lda. (doravante "Glintt"), de uma contra-ordenação, prevista e punida pelos artigos 4.º, n.º 1 e 43.º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho ("Lei da Concorrência").

B. A decisão ora impugnada põe termo a um processo que teve na sua origem uma denúncia dirigida à AdC, a 29 de Setembro de 2006, pelo Hospital Padre Américo – Vale do Sousa, EPE (de ora em diante designado "HPAVS" ou "Hospital Padre Américo"), na sequência da decisão tomada por aquela unidade hospitalar de não proceder à adjudicação do concurso público n.º 02/2006, com base na alegada constatação de indícios de eventual prática restritiva da concorrência entre as empresas Baxter e Glintt.

C. Mais de 4 anos após a abertura do inquérito, o Conselho da AdC condenou a Baxter ao pagamento de uma coima no valor de € 145.296,77, pela "celebração e execução (...) de um contrato que inclui restrições verticais, designadamente, a fixação de preços de revenda, (...) proibida nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, bem como do 101.º do TFUE, constituindo uma contra-ordenação na acepção do artigo 42.º da Lei n.º 18/2003, punível nos termos da interpretação conjugada dos artigos 43.º, n.º 1, alínea a), e 44.º da Lei n.º 18/2003".

D. Não se conformando com o teor da sobredita Decisão, a ora Recorrente impugnou a mesma junto do Tribunal de Comércio de Lisboa que, após realização de julgamento, proferiu a decisão condenatória de que ora se recorre por quanto, salvo o devido respeito, assenta a Sentença ora recorrida em premissas erradas e em fundamentos com cuja validade jurídica a ora Recorrente se não pode conformar.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



E. Com efeito, e antes de mais, a Sentença recorrida incorreu num erro de apreciação no que se refere a dois requisitos jurídicos de que depende a violação do artigo 4.º da Lei da Concorrência: (i) a definição de mercado relevante e (ii) os efeitos do acordo que se afirma ter sido celebrado entre as Arguidas,

F. Requisitos estes que, não estando verificados, impedem que seja a Arguida condenada nos termos constantes da Decisão recorrida impondo-se, pois, a sua substituição por uma Decisão que aplique o Direito conforme é de Lei e, consequentemente, absolve a ora Recorrente da prática da contra-ordenação por que vem condenada.

G. Ora, e no que se refere à definição de "mercado relevante", errou o Tribunal a quo quando procedeu à identificação deste com o próprio equipamento FDS, produzido pela Recorrente, pois que a sobredita definição deverá também abranger outros equipamentos que, pelas suas características e finalidades, apresentam um grau de substituibilidade adequado.

H. A própria Sentença recorrida admite que, à data dos factos, existiam em Portugal vários outros produtos que seriam sempre considerados substituíveis pelo consumidor, do ponto de vista das suas características e finalidades de utilização, o que lhes permite serem incluídos no mesmo mercado do produto relevante, apenas negando esta "substituibilidade" por força do que apelida de "objecto dos três concursos",

I. Mais tendo ficado demonstrado (Factos Provados n.ºs 45 a 53 e 66 a 79) que os Hospitais referenciados acabaram por adquirir máquinas concorrentes com a FDS (à empresa Grifols e à própria Glintt), máquinas estas que apenas não procediam à reembalagem dos medicamentos, ficando, em consequência, demonstrado que as necessidades principais dos Hospitais se prendiam primordialmente com o fornecimento de doses de medicamentos e com a distribuição automatizada dos mesmos, sendo a reembalagem uma mera funcionalidade "acessória". Os equipamentos Robotikdose da MLS Technologies, Robodose da Gerhard Haas IT systems, Dijkstra, Tosho e Mach 4 são igualmente considerados directamente substituíveis da máquina FDS.

J. É legítimo concluir que o mercado do produto relevante não se pode limitar a uma característica lateral de um equipamento, como é o caso da funcionalidade de reembalagem, devendo antes incluir todos os equipamentos que distribuam e fornecam medicamentos de forma automatizada ou semi-automatizada (caso da Medstation 3000 e do Kardex), já que os mesmos foram considerados substituíveis por parte dos consumidores dos equipamentos!

K. É inadmissível – que, para estes efeitos, se coloque o acento tónico na funcionalidade da reembalagem, sob pena de transformar uma funcionalidade – que nem

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

sequer é a principal – num factor determinante para a definição do mercado relevante, o que significa objectivamente tomar a parte pelo todo.

L. Pelas razões expostas deverá a Sentença recorrida ser substituída por outra que aplique o Direito como é de Lei e, consequentemente, absolva a Arguida ora Recorrente da prática da contra-ordenação por que vem condenada, por falta de verificação de requisito do artigo 4.º da Lei da Concorrência,

M. Ou, caso assim se não conclua, sempre haverá de considerar-se existir uma contradição insanável entre a fundamentação da Sentença recorrida e entre esta e a própria decisão, o que desde já se alega nos termos e para os efeitos legais, ao abrigo do disposto no artigo 410.º, n.º 2, alínea b) do Código de Processo Penal.

N. Mesmo que fosse legítimo delimitar o mercado do produto nos termos constantes da Sentença recorrida foi omitida, pelo Tribunal a quo, qualquer verificação e/ou análise de outros equipamentos igualmente aptos a satisfazer, actual ou potencialmente, as necessidades da procura, isto pese embora não deixe de se reconhecer a existência dos referidos equipamentos e, bem assim, a aquisição dos mesmos pelos Hospitais que deliberaram anular os procedimentos concursais a que as Arguidas se apresentaram com o seu equipamento (cfr. acima referidos Factos Provados n.ºs 45 a 53 e 66 a 69),

O. Razão pela qual, porque não conheceu de questão – de Direito - que deveria conhecer, requer-se seja a Sentença recorrida declarada nula, ao abrigo do disposto nos artigos 379.º, n.º 1, alínea c) e 410.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, ex vi artigo 74.º, n.º 4 do RGCO

P. Já no que se refere à natureza e efeitos do acordo cuja celebração vem imputada à Arguida, errou também a Sentença recorrida ao considerar que o mesmo tinha por objecto ou efeito "impedir, falsear ou restringir", de forma sensível, a concorrência, por força da desconsideração de um pressuposto basilar: a inexistência de "concorrência" entre as Arguidas.

Q. De acordo com o previsto no Contrato (em particular, na sua Cláusula Primeira), a ora Recorrente, enquanto titular dos direitos de representação exclusiva em Portugal dos produtos AUTOMED, conferiu à Glintt a comercialização exclusiva, para o território nacional, do equipamento FDS 330, respectivos componentes e acessórios.

R. O Contrato em apreço nos presentes autos visava apenas criar as condições para assegurar a distribuição do equipamento FDS 330 de forma mais eficiente, através do estabelecimento de uma relação vertical entre o fornecedor e o seu distribuidor.

S. Labora, porém, a douta Sentença, ora recorrida, em erro de compreensão das fundamentais diferenças de objecto e efeito entre acordos horizontais e

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



verticais. É que se correctamente define o presente acordo como vertical (pág. 34), avalia-o, porém, na prática, como apenas se devem avaliar acordos horizontais entre concorrentes (pág. 37).

T. Enquanto nos acordos horizontais, comumente designados como acordos de cartel, duas partes directamente concorrentes contralualizam uma subida de preços conjunta ou uma divisão de mercados que lhes permita monopolizar o território a si pré-definido em detrimento de consumidores e da eficiência económica, já os acordos verticais são instrumentos essenciais de organização económica.

U. Como se comprehende, então, os acordos verticais, ou seja, aqueles que estabelecem cláusulas contratuais entre empresas em diferentes momentos da cadeia produtiva ou distributiva, são frequentemente fonte de ampla eficiência económica, permitindo que uma empresa, especializada na tarefa produtiva, encontre parceiro mais eficiente na tarefa de distribuição ou comercialização, oferecendo, assim, efeitos globais de eficiência económica que reflectem em vantagens para o consumidor.

V. Apenas quando o distribuidor ou comercializador se apresenta mais eficiente do que o produtor nestas tarefas optará aquele por entregar o seu produto ao intermediário, não o oferecendo directamente ao consumidor.

Contudo, não estabelecendo o produtor regras sobre preços finais, a entrada na cadeia de um intermediário encontra uma consequência negativa para os consumidores... Pois se cada um dos elos da cadeia estabelecer de forma independente o seu preço no mercado, cada actor procurará potenciar o seu rendimento estabelecendo o preço mais elevado que lhe permita maximizar o seu rendimento líquido final (teoricamente, cada um dos elos produziria ou comercializaria, in casu, até à unidade em que o custo marginal se equivale com as receitas marginais).

X. O Contrato ora, erradamente, considerado anticoncorrencial, mais não é de que um reconhecimento de diferentes níveis de eficiência e especialização. A ora Recorrente reconhecendo capacidades específicas, no território nacional, à empresa Glintt para a comercialização dos seus produtos, procurou estabelecer uma sinergia que oferecesse um maior nível de eficiência global na sua distribuição.

Y. Ao estabelecer um preço final de venda, o interesse do produtor é, em princípio, determinar um preço final mais baixo, impedindo o distribuidor de assegurar uma margem excessiva e que através do aumento de preço final diminuisse as quantidades procuradas e, consequentemente, os lucros do produtor.

Z. A tarefa de comercializar ou distribuir produtos não é função que se realize, muitas vezes, sem um elevado nível de investimento. Assim é, especialmente, no

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

caso de produtos novos, tecnologicamente complexos e que representem grandes investimentos por parte do consumidor final e, assim, exigem um considerável esforço de vendas.

AA. A aqui Recorrente limitou-se, pois, a acordar margem mínima que permitisse induzir um nível óptimo de investimento e divulgação, beneficiando não só as suas vendas globais e reflexamente os consumidores. Ter garantido qualquer margem superior à mínima seria um comportamento ilógico, inexplicável e que nada nos autos indica ter ocorrido. Nada indica, aliás, que perante a inexistência do contrato seriam os preços praticados no mercado mais baixos. Apenas se obrigaría a Arguida ora Recorrente, de forma ineficiente, a concentrar as funções de distribuição e comercialização.

BB. O acordo em causa de nenhum modo se apresentou como prejudicial aos consumidores nem de nenhum modo restringiu a concorrência. Pelo contrário, ao permitir a entrada de um distribuidor mais eficiente no mercado, apenas garantiu que os investimentos em divulgação do produto, comercialização e logística fossem realizados pela empresa em melhor posição para os realizar.

CC. A Decisão ora impugnada ignora por completo o facto de certas restrições ou limitações constantes de acordos de distribuição não serem consideradas como susceptíveis de terem por objecto impedir, falsear ou restringir a concorrência quando os seus objectivos são legítimos. Tal afigura-se ser claramente o caso em análise, por estarem em causa mecanismos contratuais que se destinam a assegurar o fornecimento de serviços de manutenção especializados, necessários a produtos de grande qualidade e alta tecnologia, assim potenciando a concorrência noutros factores que não o preço.

DD. Ainda que o Contrato contivesse – e não continha – uma restrição de concorrência, impunha-se que o Tribunal a quo analisasse detalhadamente – o que não fez – os benefícios que compensavam a eventual restrição, nomeadamente o objectivo de assegurar que os componentes fornecidos eram apropriados e da qualidade necessária a salvaguardar a eficiência do equipamento, garantindo desta forma a defesa dos direitos do utilizador, não violando dessa forma o comando do n.º 1 do artigo 4.º da Lei da Concorrência, de acordo com a prática decisória europeia.

EE. Mesmo que se pudesse concluir pela existência de um "acordo" e que o respectivo objecto seria restritivo da concorrência, sempre seria necessário proceder a uma análise do seu impacto na estrutura do mercado e averiguar até que ponto os eventuais efeitos negativos daquele decorrentes não encontrariam compensação nos efeitos benéficos do ponto de vista da concorrência.

FF. Objectivamente, o Contrato celebrado em nada modificou – nem queria sequer



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

modificar – a estrutura concorrencial do mercado, como aliás a própria AdC reconhece no parágrafo 244.º da Decisão ao afirmar que os termos do Contrato "imped[iam] que, na prática, ambas as Arguidas concorr[esse]m, simultaneamente, no mercado da distribuição do equipamento FDS".

GG. Em face do exposto, dúvidas não restam que a melhor ponderação dos elementos de facto e de direito *sub judice* importam a absolvição da Recorrente pela prática da infracção que lhe é imputada,

HH. Ademais, não tendo apreciado questão expressamente invocada pela ora Recorrente em sede de recurso de impugnação da Decisão proferida pela AdC (em especial, parágrafos 178 a 197), incorreu a Sentença recorrida em manifesto vício de omissão de pronúncia, razão pela qual deverá a mesma ser declarada nula, o que desde já se requer ao abrigo do disposto nos artigos 379.º, n.º 1, alínea c) e 410.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, ex vi artigo 74.º, n.º 4 do RGCO.

II. Ainda que se considerasse o Contrato descrito como violador do art. 4 n.º 1 da Lei 18/2003 - o que apenas por mera cautela de patrocínio se equaciona - sempre se mostraria este justificado por aplicação do art. 5 da Lei n.º 18/2003 pois que, in casu, bem verificados ficaram os respectivos requisitos.

JJ. Esta é uma questão de direito que, naturalmente, não exige, não reclama e não pressupõe sejam alegados ou demonstrados quaisquer factos, ao contrário do entendimento vertido na Sentença recorrida, pelo que, tratando-se de matéria de direito, deverá a Sentença recorrida ser substituída por outra que absolve a Arguida da prática da contra-ordenação que lhe vem imputada,

KK. Caso assim se não entenda deverá a mesma ser declarada nula, por omissão de pronúncia, o que desde já se invoca ao abrigo do disposto nos artigos 379.º, n.º 1, alínea c) e 410.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, ex vi artigo 74.º, n.º 4 do RGCO.

LL. De forma alguma se pode considerar a conduta da Arguida Recorrente como dolosa, na modalidade de "dolo directo" sendo, desde logo, patente a evidente contradição insanável em que incorre a Sentença recorrida quando conclui pela verificação daquele dolo directo, pese embora afirme "Não tendo sido apurado que o objectivo de restrição da concorrência tenha sido o objectivo da celebração do Contrato, resulta claro que este resultado foi previsto e aceite como consequência dos termos do acordo" (págs. 32 e 44 da Sentença),

MM. Razão pela qual também aqui haverá de considerar-se existir uma contradição insanável entre a fundamentação da Sentença recorrida e entre esta e a própria decisão, o que desde já se alega nos termos e para os efeitos legais, ao abrigo do disposto no artigo



410.º, n.º 2, alínea b) do Código de Processo Penal.

NN. Os Factos Provados utilizados para consubstanciar e justificar a existência de "dolo" na conduta da Arguida ora Recorrente não são "Factos" (enquanto "quid que existe", "acontecimento" ou "parte de realidade"), antes autênticas e verdadeiras Conclusões que, naturalmente, se encontram repetidas em sede de conclusão (verdadeira e própria) da Sentença (pág. 44).

00. Por não se basearem as referidas Conclusões em quaisquer Factos que as sustentem, justifiquem ou legitimem, também a esta parte requer a Recorrente seja declarada nula a Sentença recorrida, por insuficiência da matéria de facto, o que se requer a V. Exas., Venerandos Juízes Desembargadores, ao abrigo do disposto no artigo 410.º, n.º 2, alínea a) do Código de Processo Penal, ex vi artigo 74.º, n.º 4 do RGCO.

PP. No que ao grau de culpa da Recorrente diz respeito, sempre se sublinhe que, a ser considerado ilícito o comportamento da aqui Recorrente tal só faria sentido se tal o fosse a título negligente, e tão-só na vertente de negligência inconsciente, porquanto as razões que motivaram a aqui Recorrente – e certamente também a Glintt – a celebrar o Contrato em apreço eram de cariz económico e financeiro, visando legitimamente a defesa da qualidade dos equipamentos e a tentativa de assegurar uma manutenção adequada, sem nunca pretenderem nem quererem criar efeitos restritivos da concorrência,

QQ. As Arguidas nunca agiram com qualquer intenção de lesar a concorrência, como aliás reconhece a Sentença recorrida (cfr. acima citada pág. 32), pelo que de modo algum poderiam ter agido com o dolo que lhes vem imputado, pelo que deverá a culpa negligente ser atendida, entre o mais, para efeitos dos artigos 17.º, n.º 4 e 18.º do RGCO caso, por hipótese de raciocínio, se venha a concluir pela condenação da Arguida na contra-ordenação que lhe vem imputada.

RR. Já no que se refere à gravidade da infracção, a Decisão recorrida considera a alegada infracção como grave porque resulta na "existência de distorções graves do mercado", porque é "manifesto que [o] acordo produziu efeitos nefastos no mercado" (pág. 43 da Sentença), pese embora não seja apresentada qualquer argumentação adicional ou análise empreendida que demonstre a efectiva ponderação deste critério, mormente no que se refere aos efeitos restritivos advenientes da infracção.

SS. Considerando o Tribunal a quo que "Tratando-se de uma infracção por objecto não há que analisar qualquer dos seus efeitos" (pág. 37 da Sentença recorrida), incorre a Sentença proferida em manifesta omissão de pronúncia, requerendo a Arguida seja a mesma declarada nula, ao abrigo do disposto nos artigos 379.º, n.º 1, alínea c) e 4109, n.º 3 do Código de Processo Penal, ex vi artigo 74.º, n.º 4 do RGCO.



TT. A conduta por que vem a Arguida ora Recorrente condenada não pode, pois, sob forma alguma, ser considerada grave, desde já requerendo a Arguida a V. Exas., Venerandos Juízes Desembargadores que, caso se não declare nula a Sentença recorrida — o que apenas se pondera por cautela — seja a mesma substituída por outra que, com base nos pressupostos supra enunciados, atenda à efectiva diminuta gravidade da conduta por que vem a Arguida ora Recorrente condenada e, em consequência, diminua substancialmente o montante fixado pelo Tribunal a quo, à luz dos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade.

UU. Por fim, por nada se referir na Sentença recorrida sobre a postura colaborante da Arguida e sobre os demais critérios elencados pelo artigo 16.º, n.º 2 do RGCO (grau de violação dos deveres impostos ao agente, grau de intensidade da vontade de praticar a infracção, sentimentos manifestados no cometimento da contra-ordenação, fins ou motivos determinantes, conduta anterior e posterior, personalidade do agente, etc.) — mormente modo e intensidade de valoração de cada um desses critérios — deverá, uma vez mais, a Sentença recorrida ser declarada nula, o que se requer ao abrigo do disposto nos artigos 379.º, n.º 1, alínea c) e 410.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, ex vi artigo 74.º, n.º 4 do RGCO

Nestes termos, e nos mais de Direito que V. Exa. doutamente suprirá, deverá o presente recurso ser julgado procedente e, em consequência, deverá a Sentença recorrida

(i) ser revogada e substituída por outra que absolva a Arguida ora Recorrente da prática da contra-ordenação por que vem condenada

Ou, caso assim se não entenda, o que apenas se admite por cautela de patrocínio,

(ii) ser declarada nula, ao abrigo do disposto nos artigos 379.º, n.º 1, alínea c) e 410.º, n.º 3, 410.º, n.º 2, alínea a) e 410.º, n.º 2, alínea b) do Código de Processo Penal, ex vi artigo 74.º, n.º 4 do RGCO,

Ou, por fim, ainda subsidiariamente, ser revogada e substituída por outra que condene a Arguida numa coima pelo limite mínimo legal,

1.3.

Respondeu o MºPº concluindo:

- A sentença mostra-se correcta e adequada de harmonia com os preceitos legais aplicáveis;

- A sentença impugnada não violou quaisquer normas das indicadas pelas Recorrentes.

Termos em que a dota sentença recorrida não deverá ser revogada.



1.4.

Respondeu a Alta Autoridade da Concorrência, concluindo pela improcedência dos recursos por:

A. O presente recurso só pode versar sobre matéria de direito, razão pela qual, face aos fundamentos expendidos pelas Recorrentes, não podem estas ver apreciadas pelo Tribunal *ad quem* as questões suscitadas na motivação dos recursos.

B. Na Sentença recorrida encontram-se integralmente explicitados os fundamentos de facto, com a plena explicitação das provas documentais e testemunhais que despendeu na motivação, bem como o exame crítico e valoração dos elementos probatórios.

C. Encontram-se expostos na Sentença os fundamentos de direito relevantes para a decisão, permitindo ao seu destinatário, ciente dos fundamentos, decidir conformar-se com os mesmos ou proceder à sua impugnação.

D. O Tribunal a quo ponderou a existência de outros equipamentos potencialmente substituíveis homologados, tendo, face à prova produzida, concluído que a funcionalidade da reembalagem, especificação principal nos concursos, era, à época, exclusiva da FDS 330.

E. Verifica-se, de forma inequívoca, que o Tribunal a quo concluiu pela insubstituibilidade do equipamento FDS 330, inexistindo qualquer contradição insanável entre a fundamentação da Sentença e a própria decisão.

F. O Tribunal a quo concluiu pela improcedência da alegada causa de justificação do acordo anticoncorrencial das Recorrentes por não se terem mostrado provados factos que permitissem concluir pelo preenchimento cumulativo dos requisitos do artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003.

G. A tese do duplo preço monopolista, alegada pela Baxter, não pode ser aplicada in casu porquanto a Glintt não possuía qualquer poder de mercado na comercialização do equipamento FDS 330, tanto na fixação do preço, como nos objectivos anuais das vendas.

H. O argumento do denominado free riding económico não é aplicável in casu porquanto existe apenas um distribuidor da FDS 330, com exclusividade no mercado nacional, devidamente prevista no contrato, pelo que não podia existir um efeito de bofetão de um distribuidor em desfavor de outro.

I. As Recorrentes celebraram um acordo vertical de fixação de preço de revenda, cujo objecto é incompatível com o funcionamento normal do mercado em razão da liberdade



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de actuação dos agentes económicos envolvidos, colidindo com o princípio de que cada operador económico deve definir a sua política comercial de forma autónoma.

J. Não obstante tratar-se de uma infracção por objecto o Tribunal a quo não está impedido de ponderar os efeitos, i.e., a faculdade de atender aos efeitos não equivale a impedimento de os analisar.

K. O Tribunal procedeu a um exaustivo elenco dos factos provados e a uma correcta subsunção dos mesmos às normas jurídicas, tendo concluído que as Recorrentes agiram com dolo directo.

L. Tendo o Tribunal a quo considerado que factualmente não ficou demonstrado que o acordo celebrado entre as Recorrentes é susceptível de afectar, de forma sensível, o comércio entre os Estados-membros, por violação do artigo 101.º do TFUE, fica prejudicada a aplicação da Comunicação da Comissão sobre as Orientações para o cálculo da coima.

M. Caso apenas se atendesse a um sector de actividade da arguida, o estabelecimento do limite máximo de 10% do volume de negócios, previsto no artigo 43.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, provocaria um enfraquecimento do pretendido efeito dissuasor da coima e de prevenção geral.

N. A medida da coima aplicada às Recorrentes pelo Tribunal a quo foi determinada em função da análise do caso concreto, tendo ponderado todos os factores relevantes, o que fez com base em elementos probatórios constantes dos autos, bem como pela prova produzida em audiência de discussão e julgamento.

O. O Tribunal a quo classificou a infracção como grave em virtude de as restrições verticais, designadamente a fixação de preços de revenda, que as Recorrentes incluíram no Contrato que celebraram e executaram entre si, cobrirem a totalidade da oferta dos produtos/serviços do mercado relevante. Tal conduta foi entendida pelo Tribunal como uma intromissão na liberdade de formação dos preços de oferta no âmbito do referido mercado.

P. O Tribunal a quo ponderou a colaboração prestada pelas Recorrentes até ao termo do processo administrativo, em particular pela Glintt cuja colaboração constituiu uma circunstância atenuante, relativamente à qual a coima na Decisão da AdC representou 0,75% do volume de negócios de um ano e na Sentença apenas 0,58% do mesmo volume de negócios, sendo que a infracção durou quatro anos.

Q. No que concerne à Baxter a coima ao abrigo do mesmo diploma legal correspondeu na Decisão da AdC a 1,5% e na Sentença a 1,03% do volume de negócios de um ano, sendo que a infracção durou quatro anos.

NESTES TERMOS,

E nos melhores de Direito que doutamente se suprirão:



- a) *Não devem ser admitidos os recursos interpostos pelas Recorrentes; ou, caso assim não se entenda,*
- b) *Devem ser julgados integralmente improcedentes os recursos ora interpostos e, consequentemente, mantida integralmente a Sentença recorrida.*

2.

2.1.

O objecto de recurso reporta-se à apreciação das questões suscitadas pelas recorrentes que, no presente recurso, alegam o seguinte:

2.1.1. A Glintt entende que a Sentença recorrida:

- a) *Viola o dever de fundamentação da decisão ao não indicar de que forma ponderou os critérios para determinação da medida da coima, nomeadamente quanto à definição da medida em que foi tida em conta a colaboração a arguida como atenuante;*
- b) *Desconsidera directrizes das Orientações para cálculo das coimas e viola o princípio da proporcionalidade, fazendo uma errada e discricionária aplicação dos critérios do art.º 44º Lei 18/2003, nomeadamente faz errada definição do volume de negócios atendível e da valoração do critério da colaboração previsto na alínea e) do artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, aplicando uma coima excessiva;*
- c) *Não acolhe, indevidamente, a atenuação extraordinária da coima nos termos do artigo 72.º do Código Penal, cujos requisitos entende estarem preenchidos, nomeadamente face à reduzida gravidade e efeitos negativos dos factos e a inexistência de elevada necessidade de prevenção geral.*

2.1.2. A Baxter entende que a Sentença:

- a) *Procedeu a uma errada delimitação do mercado relevante do produto e dos efeitos do acordo além de ter incorrido em contradição insanável entre a fundamentação e entre esta e a própria decisão*
- b) *Omitiu a pronúncia sobre o alegado balanço económico positivo e existência de benefícios que compensassem a restrição e sobre a existência de equipamentos aptos a satisfazerm as necessidades da procura e quanto à existência de justificação por aplicação da Lei 18/2003 – art.º 5º;*



- c) Considerou erradamente a existência de dolo ou incorreu em contradição insanável entre a fundamentação e entre esta e a própria decisão e em insuficiência da matéria de facto provada;
- d) Não se pronunciou quanto aos efeitos da infracção o que gera nulidade da sentença e errou ao defini-la como grave;
- e) Não considerou a colaboração da Baxter na determinação da medida concreta da coima e não analisou outros critérios de determinação da medida da coima, designadamente, o grau de violação dos deveres impostos à Baxter, o grau de intensidade da vontade de praticar a infracção e a sua conduta anterior e posterior.

3.

3.1.

Nesta sede não é sindicável a matéria de facto fixada, atento o disposto no art.º 75º RGCOC aprovado pelo DL 433/82 de 27.10. Assim, perante as referências feitas pelas recorrentes. Nomeadamente pela Baxter, acerca do alegado erro de definição de conceitos, seja o referente ao de mercado relevante do produto, seja o dos efeitos do acordo celebrado, não poderemos deixar de os equacionar em função da matéria de facto fixada, sendo irrelevante qualquer argumentação relativamente à sua discordância quanto à forma como o tribunal apreciou a prova e definiu a matéria de facto provada e não provada.

É, pois, perante os factos provados que há que averiguar das razões alegadas pelas recorrentes.

A Baxter, a propósito da maioria das questões suscitadas, invoca-as ao nível dos vícios formais, arguindo vícios de fundamentação da sentença ou a omissão de pronúncia e também a respectiva errada definição ou enquadramento jurídicos, o que por vezes coloca problemas de compreensão da sua argumentação, já que ou a decisão omitiu pronúncia sobre uma dada questão, o que prejudica a afirmação da correspondente falta de fundamentação, ou a decisão errou ao avaliar e interpretar os factos o que pressupõe que tenham sido entendidas as razões para tal e prejudica uma e outra das anteriores arguições.

Grande parte dos argumentos invocados, em sede de recurso da decisão judicial, já o haviam sido no recurso de impugnação judicial, nada de essencialmente novo tendo sido alegado que justifique tratamento diverso ou mais detalhado do que aquele que foi dado na



decisão recorrida. Aliás, só aspectos relacionados com a decisão administrativa que se impugnou judicialmente poderiam ser reapreciados na Relação dentro da limitação já acima referida, não podendo as recorrentes apresentar nesta fase argumentos que dissessem respeito à decisão administrativa que impugnaram e que não tivessem já suscitado na fase de impugnação judicial.

Neste recurso visa-se a impugnação da decisão do TCL, por razões de direito ou que se refiram a vícios da decisão ou a nulidades não sanadas conforme o objecto de recurso é definido pela norma do art.º 75º RGCOC.

Por razões de sistematização e de ordem lógica e preclusiva de apreciação das questões serão abordados primeiramente as alegadas nulidades e vícios formais da decisão e depois os alegados vícios de fundo da decisão recorrida, o que dificulta a sistematização da presente decisão mas que é motivada pela alegação das recorrentes, em particular da recorrente Baxter que, sucessiva e circularmente, invoca, no essencial, erro de julgamento quanto ao preenchimento e definição pelo tribunal a quo dos conceitos de mercado relevante e da natureza e efeitos do acordo, bem como na avaliação dos critérios para fixação da medida da coima, desenvolvendo tais argumentos na vertente de apreciação da sua substância mas também imputando à decisão a falta de fundamentação (invocada pela Glintt) bem como a contradição entre a respectiva fundamentação e entre esta e a decisão ou ainda omissão de pronúncia pelo tribunal relativamente a factos cuja verificação se impunha.

I.

3.2.

A fundamentação da decisão será mencionada a propósito de cada uma as questões a apreciar.

3.2.1.

É invocada a falta de fundamentação da sentença ora recorrida, a propósito de inúmeras questões a que imputa afinal a sua discordância, divergindo da fundamentação apresentada pela decisão.

Ora, não é confundível a falta de fundamentação da decisão com a discordância acerca dos fundamentos da mesma. E dir-se-á mesmo que a discordância pressupõe o entendimento das razões para que se possa delas divergir.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O art.º 374º, n.º2 CPP determina a indicação completa, mas concisa, dos motivos de facto e de direito que serviram para formar a convicção do tribunal.

Tal dever de fundamentação estende-se às razões de direito que fundamentam uma dada decisão e à especificação dos fundamentos que presidiram à escolha e medida da sanção.

A circunstância de a prova ser apreciada segundo a livre convicção do juiz, não significa que a decisão não deva ser fundamentada. De facto, nos termos do n.º 2, do artigo 374º, do Código de Processo Penal, sobre o tribunal recai o especial dever de fundamentação das suas decisões, dever este que cumpre, essencialmente, duas funções: Uma de ordem endoprocessual, que impõe ao juiz um momento de verificação e controlo crítico da lógica da sua decisão o que contribui para o auto controlo do magistrado sobre a sua decisão pela necessidade de objectivação do processo lógico que a sustenta, obrigando-o a reflectir e ponderar mais profundamente na justiça da mesma e também assim permitir às partes o recurso da decisão com perfeito conhecimento do seu conteúdo.

Outra, de ordem extraprocessual, que permite o controlo externo e geral sobre a fundamentação factual, lógica e jurídica da decisão, assim garantindo a transparência da mesma e do processo de aplicação da lei o que contribui para o reforço da sua credibilidade e legitimidade, facilitando a compreensão e respeito da decisão.

Esta última função converte-se ainda, na prática, na possibilidade real de os terceiros visados impugnarem a decisão, por o exercício pleno do direito de recorrer pressupor necessariamente o conhecimento dos fundamentos da decisão.

Assim, a livre valoração da prova pelo tribunal não pode ser entendida como uma operação puramente subjectiva pela qual se chega a uma conclusão unicamente por meio de conjecturas, de difícil ou impossível objectivação. Deve, tratar-se, ao invés, de uma valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita objectivar a apreciação, requisito necessário para uma efectiva motivação da decisão (neste sentido, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, p.111).

Todos os direitos são consagrados em função e na medida dos interesses que visam tutelar, sendo no contexto concreto que há que verificar do alcance da fundamentação da decisão em causa.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No caso, bastará uma leitura, mesmo que superficial, da motivação da sentença para se concluir que o julgador apreciou todos os meios de prova produzidos, o que inclui não só a prova documental mas também os depoimentos das testemunhas .

Teve, no caso, a preocupação de esclarecer quais as razões que determinaram o "percurso" lógico, racional e objectivo que o fez concluir pela valoração que fez dos diversos meios de prova, não se tendo limitado a indicar as provas em que fez assentar a sua convicção mas também nas razões resultantes do seu conteúdo para formar a convicção num dado sentido.

E fê-lo de forma razoável, racional, consistente e de acordo com o respeito pelas regras da experiência da vida que lhe permitiram dar mais credibilidade a uns depoimentos do que a outros, o que enunciou e esclareceu justificadamente, e estabelecer presunções que, por obediência a essas regras, lhe permitiram a partir de uns factos apurados dar outros como provados e não deixou de estabelecer o percurso racional que usou para concatenar os referidos elementos probatórios de forma lógica e objectiva.

A decisão encontra-se genericamente bem fundamentada e demonstra preocupação em exibir de forma transparente e alicerçada na exposição dos processos valorativos e críticos de que resultou a formação da sua convicção tendo justificado, com satisfatório grau de clareza, a forma como fixou a factualidade apurada com o recurso a todos os meios de prova indicados que permitiram formar o raciocínio lógico que serviu de suporte à sua convicção, não o tendo de estabelecer, separadamente, para cada um dos meios de prova mas relativamente à apreciação global de todos os meios de prova, o que fez não se tendo limitado a indicar as provas mas expondo, de forma suficientemente explícita, momente para quem acompanhou a produção da prova, as razões por que as mesmas conduziram à formação da convicção.

Questões diversas serão as relativas à apreciação e valoração da prova no âmbito de apreciação da prova globalmente produzida em audiência, com reflexo na definição da matéria de facto dada como provada e não provada, matéria que como se viu está retirada do objecto de apreciação deste Tribunal.

Também fornece a sentença as razões de direito assenta na matéria de facto e na interpretação dos factos para concluir juridicamente como concluiu.

É manifesta a falta de razão das recorrentes, em toda a sua latitud, conforme se verá adiante mais detalhadamente, nas referências a falta de fundamentação ou a contradição insanável da fundamentação ou entre esta e a decisão, sendo expostas na



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

decisão recorrida, de forma clara e completa, as razões pelas quais a decisão, perante os factos dados como provados, concluiu pela definição que fez do mercado relevante bem como para definir a natureza do acordo celebrado entre as empresas, para efeitos do preenchimento do art.º 4º Lei 18/2003 ou seja para a definição do mesmo como um acordo vertical de preços, restritivo da concorrência em função do objecto do mesmo, bem como quanto aos critérios usados na definição da medida da coima que a decisão esclareceu de forma completa e com suficiente ponderação sobre todos os que ao caso interessavam, não merecendo qualquer censura a respectiva fundamentação, a que se adere na íntegra, e que se dá por reproduzida na parte que interessa ao presente recurso.

À decisão de impugnação judicial de decisão administrativa compete apreciar as questões, de facto e de direito, colocadas pelo recorrente no recurso de impugnação.

À instância recursiva ora em curso compete apreciar os vícios e erros da decisão judicial ao ter apreciado as questões que se colocavam no respectivo recurso de impugnação judicial da decisão administrativa.

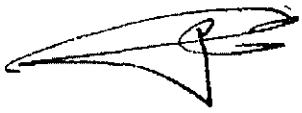
A decisão, como se verá mais especificamente a propósito de cada uma das questões enunciadas si, não revela qualquer contradição da fundamentação ou entre esta e a decisão nomeadamente quanto à delimitação do mercado relevante do produto e dos efeitos do acordo. Coisa diversa será a discordância das recorrentes acerca da forma como o tribunal enquadrhou os factos apurados nos conceitos e critérios legais aplicáveis em concreto a cada uma das situações tratadas.

Também não sofre pois da alegada nulidade de falta de fundamentação, quer na perspectiva de facto quer de direito, nem de omissão de pronúncia ou insuficiência de factos para a decisão, pois que também se mostra feita a fundamentação jurídica com base no enquadramento dos factos apurados.

3.2.2.

Como salienta a AdC na resposta ao recurso, as recorrentes, mas em particular a Baxter, fundamentam, em parte, a sua pretensão com base numa diferente leitura dos factos provados ou em factos dados como não provados na primeira instância ou em interpretações dos factos, diversas daquelas que estiveram na formação da convicção do julgador, como veremos adiante a propósito dos diversos tópicos suscitados por estas, não podendo, no entanto, ver apreciadas pelo Tribunal *ad quem* algumas das questões suscitadas na motivação do seu Recurso, atendendo a que as mesmas são pura matéria de facto ou não foram suscitadas no recurso da decisão administrativa.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Assim, a recorrente Baxter invoca no essencial erro de julgamento quanto ao preenchimento e definição pelo tribunal a quo dos conceitos de mercado relevante e da natureza e efeitos do acordo.

E distende tais argumentos na vertente de apreciação da sua substância mas também imputando à decisão a contradição entre esta e a respectiva fundamentação ou ainda omissão de pronúncia pelo tribunal relativamente a factos cuja verificação se impunha, nomeadamente para concluir que o acordo não restringia a concorrência, nomeadamente por existirem outros equipamentos aptos a satisfazerem as necessidades do mercado e por, do acordo em causa, terem resultado benefícios com a eventual restrição e por não ter este modificado a estrutura do mercado.

Estas questões, tal como foram definidas pela decisão recorrida, assentam na matéria de facto fixada, relativamente à qual não é admissível recurso para esta instância.

A decisão apontou razões para ter definido o mercado relevante como definiu, perante a matéria de facto apurada :

"c) do mercado a considerar

A definição do mercado é um passo essencial para determinação da infracção, uma vez que ela existe sempre por referência a um dado mercado. A este propósito escreve Lopes Rodrigues que "o principal objecto da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar. O objectivo de definir um mercado tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efectivos das empresas em causa, susceptíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de actuar independentemente de uma pressão concorrencial efectiva." (in, O Essencial da Política de Concorrência, INA, 2005, p. 95-96).

O mercado de produto relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida.

Na óptica da procura o mercado é identificado pela existência de um conjunto de produtos, bens ou serviços, substituíveis entre si. Na óptica da oferta, é identificado pela existência de várias empresas que estão no mercado em causa a fornecer o produto ou



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

serviço, mas que também pode ser oferecido por outras empresas que ainda não estão no mercado ou pelas que já estão no mercado sem que tenham que incorrer em custos ou riscos suplementares significativos.

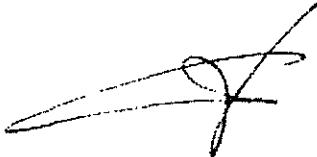
A AdC identificou o mercado do produto relevante como sendo o do fornecimento do equipamento automatizado de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos FDS 330, e respectivos serviços conexos, tais como montagem e parametrização do equipamento em causa, fornecimento de consumíveis, exclusivos ou não, e serviços de formação e manutenção/assistência técnica.

Insurgem-se as arguidas contra esta delimitação do mercado relevante ao produto em causa, alegando que à data dos factos existiam em Portugal, com resulta da própria decisão, outros produtos considerados substituíveis pelo consumidor, do ponto de vista das suas características e finalidades de utilização (v.g. o Medstation 3000 e o equipamento da Kardex) pelo que devem ser incluídos no mesmo mercado do produto relevante. E que, o facto de o FDS 330 ser, na altura, o único que apresentava a funcionalidade de reembalagem de medicamentos não justifica aquela delimitação.

Sem razão, no entanto, não podendo o mercado de produto relevante neste caso deixar de ser o identificado pela AdC.

Para tanto basta atentar no objecto dos três concursos a que ambas as arguidas concorreram com as suas propostas de fornecimento do equipamento FDS 330: "Fornecimento de sistema automatizado para reembalagem/dispensa de medicamentos em dose unitária ao Hospital de São Marcos em Braga"; "Aquisição de um sistema de medicamentos em unidose, que permita a reembalagem automatizada dos respectivos medicamentos, com gestão informática de stocks, para os serviços farmacêuticos do CHVRPR, EPE"; "Fornecimento, Montagem e Parametrização de Equipamento Automatizado de Reembalagem de Formas Orais Sólidas de Medicamentos", a ser instalado nos serviços farmacêuticos do HPA-VS, EPE" durante o ano de 2006.

A funcionalidade da reembalagem automatizada dos medicamentos é uma das especificações dos concursos, por forma que não nos permite qualificá-la como "acessória". Face à delimitação concreta e precisa do objecto dos três concursos, apenas o equipamento das arguidas preenchia as respectivas especificações. Até poderia haver vários outros equipamentos no mercado com características que lhes permitiriam ser utilizados para



finalidades semelhantes àqueles. Mas, tais equipamentos não preencheriam os requisitos dos concursos.

Assim, e neste caso concreto, a definição do mercado é equivalente ao objecto dos três concursos quanto ao produto, já que apenas o equipamento das arguidas os preenchia.

O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos e/ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogéneas e que podem distinguir-se de áreas vizinhas. Apura-se, pois, tendo em consideração a zona territorial em que os produtores ou os vendedores de um dado bem ou serviço concorrem em condições homogéneas.

No caso, em termos geográficos, o mercado a considerar é o território nacional, tal como apreciado pela AdC, não tendo sido alegado qualquer facto concreto pelas arguidas que contrarie a consideração do território nacional como a dimensão geográfica relevante.

Consideram as arguidas ter a AdC errado na definição do mercado relevante por não ter considerado a concorrência potencial (equipamentos que possam satisfazer as necessidades da procura e que, potencialmente, pudesse ser comercializados em Portugal e que apenas ainda o não fossem por falta de certificação). Ora, não resultaram demonstrados factos que permitam concluir pela existência de equipamentos nas condições referidas pelas arguidas, na altura em que os Hospitais referidos na matéria de facto pretendiam o fornecimento de equipamentos automáticos de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos.

d) da existência de um acordo que tenha por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência

O art. 4 da Lei da Concorrência refere que a infracção se considera cometida desde que o acordo, a decisão ou a prática, tenha por objecto ou por efeito restringir a concorrência, de forma sensível.

A introdução da disjuntiva “ou” tem um sentido inequívoco: não é necessário que o acordo, decisão ou prática tenha por efeito restringir a concorrência, bastando que tenha por objecto essa restrição. São pois considerados violadores da concorrência quaisquer acordos, decisões ou práticas que, por elas próprias ou pelos seus efeitos, sejam limitativas da liberdade dos agentes económicos.

Não está assim em causa uma infracção de dano mas sim de perigo: basta que o bem jurídico seja posto em perigo, que exista a possibilidade de lesão, para que a infracção se considere cometida.

Impedir a concorrência implica a sua supressão absoluta, ou seja, a concorrência deixa de existir. Restringir a concorrência significa que a mesma continua a existir mas em moldes diferentes dos normais, i.e., a concorrência diminui. Falsear a concorrência implica uma alteração das condições normais do mercado, maxime, das condições de troca próprias das estruturas do mercado.

*O Legislador consagrou no entanto a regra de *minimis*: o acordo só é proibido se a limitação às regras da concorrência for significativa, ou seja, os acordos de menor importância beneficiam de uma isenção genérica. Tal é o significado da expressão “restringir de forma sensível” inserta no art. 4.*

No caso dos autos está em causa um acordo celebrado entre as duas arguidas que abrangeu a fixação do preço a praticar na venda dos produtos ao consumidor final.

A fixação, directa ou indirecta, dos preços de compra ou de venda consta da al. a) do nº1 do art. 4, que estabelece um elenco exemplificativo de práticas proibidas.

A fixação dos preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respectivo cliente, não havendo justificação para que seja imposto por um terceiro ao primeiro e, consequentemente, também ao segundo. A fixação do preço deve resultar apenas e só do livre jogo do mercado, naturalmente com respeito pelas regras e princípios que regulam o funcionamento do próprio mercado.

Ora o acordo celebrado entre as arguidas, ele mesmo, pelo seu próprio objecto, interfere com o regular funcionamento do mercado, na medida em que influencia necessariamente a formação da oferta e da procura (sendo o factor “preço” decisivo neste binómio, e de forma que não é insignificante ou despicienda).

Tratando-se de uma infracção por objecto não há que analisar qualquer dos seus efeitos nos termos já supra expostos.”

Esta leitura permite concluir que a decisão não omitiu pronúncia quanto a questão essencial tendo, perante os factos e sua interpretação, fornecido o conceito em causa, sem qualquer falta de fundamentação das razões para tal, nem de qualquer contradição entre a decisão e a fundamentação de facto e de direito apontadas.



Quanto ao mercado relevante a Baxter invoca a substituibilidade do equipamento FDS 330 por outros equipamentos para justificar o carácter anticoncorrencial do acordo, seja com base na invocada tese do duplo preço monopolista seja na tese do *free riding económico* e ainda no facto de a componente automatizada da reembalagem ser meramente acessória, ao contrário do definido na sentença do TCL.

A argumentação da Baxter no sentido de que a componente automatizada da reembalagem é, em termos técnicos, uma componente acessória, não encontrou assento na decisão proferida que veio a concluir pela sua qualificação como uma componente principal, perante o objecto dos concursos tal como resulta da matéria de facto correspondente.

Efectivamente não merece qualquer crítica a apreciação feita na decisão acompanhando a posição sustentada pela AdC ao identificar o mercado do produto relevante como sendo o do fornecimento do equipamento automatizado de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos FDS 330, e respectivos serviços conexos, tais como montagem e parametrização do equipamento em causa, fornecimento de consumíveis, exclusivos ou não, e serviços de formação e manutenção/assistência técnica.

Como bem refere a decisão recorrida : "A funcionalidade da reembalagem automatizada dos medicamentos é uma das especificações dos concursos, por forma que não nos permite qualificá-la como "acessória". Face à delimitação concreta e precisa do objecto dos três concursos, apenas o equipamento das arguidas preenchia as respectivas especificações. Até poderia haver vários outros equipamentos no mercado com características que lhes permitiriam ser utilizados para finalidades semelhantes àqueles. Mas, tais equipamentos não preencheriam os requisitos dos concursos.

Assim, e neste caso concreto, a definição do mercado é equivalente ao objecto dos três concursos quanto ao produto, já que apenas o equipamento das arguidas os preenchia.

O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos e/ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogéneas e que podem distinguir-se de áreas vizinhas. Apura-se, pois, tendo em consideração a zona territorial em que os produtores ou os vendedores de um dado bem ou serviço concorrem em condições homogéneas.

No caso, em termos geográficos, o mercado a considerar é o território nacional, tal como apreciado pela AdC, não tendo sido alegado qualquer facto concreto pelas arguidas que contrarie a consideração do território nacional como a dimensão geográfica relevante.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Consideram as arguidas ter a AdC errado na definição do mercado relevante por não ter considerado a concorrência potencial (equipamentos que possam satisfazer as necessidades da procura e que, potencialmente, pudessem ser comercializados em Portugal e que apenas ainda o não fossem por falta de certificação). Ora, não resultaram demonstrados factos que permitam concluir pela existência de equipamentos nas condições referidas pelas arguidas, na altura em que os Hospitais referidos na matéria de facto pretendiam o fornecimento de equipamentos automáticos de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos." 2 (sublinhado nosso).

A recorrente Baxter alega ainda que a Sentença cometeu erro de apreciação ao definir o mercado relevante pois reconhece a substituibilidade do equipamento FDS 330 (ao ficar provado que alguns dos hospitais abriram novos concursos para a aquisição de outros equipamentos), mas depois teria acabado por delimitar o mercado relevante do produto de forma mais estrita.

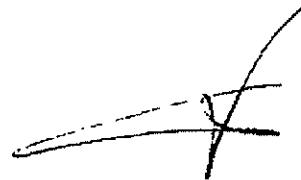
Por esse motivo considera existir um erro de apreciação dos factos ou contradição entre a fundamentação e a decisão ou ainda nulidade por omissão de pronúncia acerca da existência de outros equipamentos aptos a substituirem aqueles e a satisfazerem as necessidades da procura.

Porém, também, tal como refere a AdC na resposta ao recurso, a decisão recorrida não considerou na fundamentação a existência de substituibilidade do equipamento FDS 330.

A sentença considera que a funcionalidade da reembalagem automatizada dos medicamentos é uma das especificações dos concursos, de forma que não permite qualificá-la como acessória. "Face à delimitação concreta e precisa do objecto dos três concursos, apenas o equipamento das arguidas preenchia as respectivas especificações".

A sentença refere que a "definição do mercado é equivalente ao objecto dos três concursos, já que apenas o equipamento das arguidas os preenchia."

Aliás, esta conclusão resulta dos factos 75 e 77 da matéria provada e dos factos em que são referidos os objectos dos concursos públicos em causa, de que constavam como respectivo objecto o fornecimento de sistema automatizado de reembalagem/dispensa de medicamentos em unidose, diversamente dos novos concursos em que se efere equipamento semi-automatizado.



E a decisão refere ainda que “não resultaram demonstrados factos que permitam concluir pela existência de equipamentos nas condições referidas pelas arguidas, na altura em que os Hospitais referidos na matéria de facto pretendiam o fornecimento de equipamentos automáticos de reembalagem de forma orais sólidas de medicamentos” (fls. 36).

A decisão sempre referiu a insubstituibilidade do equipamento FDS 330, pelo que, perante a fundamentação da sentença, há que concluir que a mesma não contém quaisquer omissões ou contradições nos elementos de facto e de direito que a suportam.

Resulta de toda a abordagem feita pelo tribunal “a quo”, quer em matéria de produção de prova visando o apuramento do facto respectivo, quer na sua integração jurídica, que o tribunal ponderou a existência de outros equipamentos potencialmente substituíveis, tendo a prova produzida, pelas razões apontadas na decisão, levado à formação da convicção do tribunal no sentido da inexistência de equipamentos substituíveis homologados.

Improcede pois a alegada contradição insanável na própria fundamentação e entre esta e a respectiva decisão bem como a nulidade invocada, mostrando-se fundamentada a opção pela inexistência de equipamentos que satisfizessem as necessidades do mercado para além dos que estão aqui em causa.

3.2.3.

A Baxter invoca que a conduta *sub judice* não se revelou apta a produzir qualquer impacto negativo no mercado, não tendo a sentença recorrida demonstrado todos os efeitos que se produziram ou poderiam produzir em consequência da alegada infracção e susceptíveis de integrarem uma causa de exclusão da ilicitude (existência de balanço económico positivo nos termos do art.º 5º n.º1 Lei 18/2003), o que constitui alegada omissão de pronúncia sobre uma questão de direito relevante, respeitante ao balanço económico.

Esta questão fora suscitada no recurso interposto da decisão administrativa.

Entende ainda a recorrente que esta questão é de direito e não pressupõe a demonstração de factos, sem dar qualquer explicação para esta afirmação aparentemente incompreensível, a menos que a recorrente queira dizer que não carece da demonstração de outros factos, além dos já fixados, o que apenas inculca a sua discordância acerca do entendimento vertido na sentença. Invoca ainda a nulidade da decisão por falta de

apreciação da inexistência de efeitos restritivos de mercado por parte do acordo ou da falta de verificação de causa de justificação por verificação dos pressupostos do art.º 5º da Lei 18/2003.

A decisão considerou não estarem preenchidos os requisitos de exclusão da ilicitude que derivariam de um balanço económico positivo (figura prevista no artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003), pois, embora divergindo da posição da recorrente, pronunciou-se sobre a questão, dizendo expressamente que *não se mostrando provados factos que permitam concluir pelo preenchimento cumulativo dos requisitos previstos nas al. a) e c) do nº 1 daquele art. 5, não pode considerar-se justificado o acordo anti-concorrencial das arguidas já analisado*.

Não se verifica, pois, a alegada omissão de pronúncia, tendo a decisão definido a inexistência de factos de que resultaria a pretendida exclusão licitude.

II.

3.3.

3.3.1.

A sentença considerou "A funcionalidade da reembalagem automatizada dos medicamentos é uma das especificações dos concursos, por forma que não nos permite qualificá-la como "acessória". Face à delimitação concreta e precisa do objecto dos três concursos, apenas o equipamento das arguidas preenchia as respectivas especificações. Até poderia haver vários outros equipamentos no mercado com características que lhes permitiriam ser utilizados para finalidades semelhantes àqueles. Mas, tais equipamentos não preencheriam os requisitos dos concursos.

Assim, e neste caso concreto, a definição do mercado é equivalente ao objecto dos três concursos quanto ao produto, já que apenas o equipamento das arguidas os preenchia.

O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos e/ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogéneas e que podem distinguir-se de áreas vizinhas. Apura-se, pois, tendo em consideração a zona territorial em que os produtores ou os vendedores de um dado bem ou serviço concorrem em condições homogéneas.

No caso, em termos geográficos, o mercado a considerar é o território nacional, tal como apreciado pela AdC, não tendo sido alegado qualquer facto concreto pelas arguidas que contrarie a consideração do território nacional como a dimensão geográfica relevante.

Consideram as arguidas ter a AdC errado na definição do mercado relevante por não ter considerado a concorrência potencial (equipamentos que possam satisfazer as necessidades da procura e que, potencialmente, pudesse ser comercializados em Portugal e que apenas ainda o não fossem por falta de certificação). Ora, não resultaram demonstrados factos que permitam concluir pela existência de equipamentos nas condições referidas pelas arguidas, na altura em que os Hospitais referidos na matéria de facto pretendiam o fornecimento de equipamentos automáticos de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos.

Conforme já definido anteriormente, a matéria de facto referente à definição do mercado relevante encontra-se fixada e a decisão recorrida não refere em momento algum a substituibilidade do produto em causa, nem esta decorre da matéria de facto apurada.

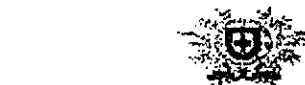
Também a circunstância de alguns dos hospitais terem aberto novos concursos e adquirido outros equipamentos não significa que os produtos em questão nestes autos fossem substituíveis. Apenas se viram os hospitais na necessidade de adquirir outro tipo de produto por, no mercado, não existir equipamento equivalente ao comercializado pelas recorrentes.

Para tanto bastará comparar os objectos dos concursos públicos realizados, conforme também referido em 3.3.

Repete-se, que da matéria de facto fixada nomeadamente dos factos 75 e 77 e dos factos em que se descrevem os objectos de uns e de outros dos concursos se verifica que só equipamento FDS procedia à reembalagem das formas orais sólidas e a reembalagem automática era requisito especificado e portanto fundamental do objecto dos concursos (vg facto 17 e 32).

O facto de uma necessidade poder ser satisfeita através de produtos diferentes não significa que se possam considerar substituíveis e não pode concluir-se, face às especificidades que apresentam que os produtos em questão fossem substituíveis entre si.

Os equipamentos adquiridos por esses hospitais possuíam funcionalidades diversas e asseguravam diferentes níveis de segurança e, perante a matéria de facto fixada na sentença, há que concluir efectivamente que a funcionalidade da reembalagem automatizada de medicamentos – que apenas o equipamento das recorrentes possuía - é



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

uma das especificações dos concursos não podendo, portanto, ser considerada como acessória.

Não considerou pois, a sentença, que o equipamento em causa fosse substituível e, perante a factualidade fixada, mostra-se devidamente feita tal apreciação como se demonstrou.

3.3.2.

A Baxter entende ainda que o contrato não teve objecto nem efeitos concorrenceis e que a colaboração entre as empresas teve por objectivo assegurar de forma mais eficaz a distribuição do equipamento e que a sentença define o acordo de preços em causa como vertical mas aborda-o como horizontal.

A sentença definiu o acordo entre as empresas como acordo vertical de preços e as razões invocadas para o classificar como tal não apresentam qualquer deficiência ou contradição.

Também o definiu correctamente como tendo ele por objecto restringir de forma sensível a concorrência pelas razões que indicou.

Diz a decisão que :

"Celebraram pois as arguidas um acordo (vertical, uma vez que as duas empresas não se encontram no mesmo estádio da cadeia de valor dos produtos, sendo a BAXTER a "fornecedor" dos produtos que a GLINTT iria comercializar) relevante para efeitos de aplicação da Lei da Concorrência, dado que se obrigaram a uma determinada prática e, em simultâneo, eliminaram a incerteza do comportamento da outra."

Convém não esquecer que a Baxter e a Glintt não são concorrentes directas e sem o acordo seria muito maior a incerteza acerca dos comportamentos dos demais agentes económicos e uma fixação de preços afecta a concorrência, ao permitir, a todos os agentes que nela participam, uma maior segurança acerca da política de preços.

A lei não proíbe acordos verticais e, como refere a AdC, não se questiona sequer a virtualidade que determinados acordos verticais de preços possam ter, nomeadamente, ao nível de ganhos de eficiência.

Como refere Gorjão Henriques, in "Da restrição da concorrência na Comunidade Europeia, 20 "as restrições verticais, como as cláusulas de exclusividade na distribuição de bens e a definição de zonas exclusivas de intervenção de cada agente económico para além de poderem racionalizar a distribuição, podem reforçar a concorrência entre marcas facilitando a interpenetração das empresas no espaço comunitário e mundial . (...) Além disso as coligações verticais se podem contribuir para a eficácia económica, que malgré tout não pode dizer-se ausente dos propósitos comunitários, protegendo os agentes económicos contra os "passageiros clandestinos" (free riders), estimulam o investimento e a inovação na Comunidade...".

Porém, o argumento do free riding, parece-nos se bem entendemos a argumentação, ser invocado a despropósito neste caso.

Parasitismo, num contexto de relações verticais, é o receio de que um distribuidor se possa aproveitar dos investimentos feitos por outro distribuidor (na divulgação da marca por ex.) para vender o mesmo produto em melhores condições e até a preços mais baixos, por não ter de suportar as despesas que o outro distribuidor suportou.

Ora, neste caso, em que o fornecedor designa um distribuidor exclusivo e fixa o preço de venda ao público, não há qualquer possibilidade de free riding, pelo menos no interior do território nacional.

O que está aqui seguramente em causa, não é a utilidade económica dos acordos verticais, mas sim que o acordo vertical, concretamente celebrado, violou a lei da concorrência por conter uma fixação de preços que integra a previsão do art.º 4º,n.º1 da Lei 18/2003.

E a decisão continua:

"O art. 4 da Lei da Concorrência refere que a infracção se considera cometida desde que o acordo, a decisão ou a prática, tenha por objecto ou por efeito restringir a concorrência, de forma sensível.

A introdução da disjuntiva "ou" tem um sentido inequívoco: não é necessário que o acordo, decisão ou prática tenha por efeito restringir a concorrência, bastando que tenha por objecto essa restrição. São pois considerados violadores da concorrência quaisquer acordos,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

decisões ou práticas que, por elas próprias ou pelos seus efeitos, sejam limitativas da liberdade dos agentes económicos.

Não está assim em causa uma infracção de dano mas sim de perigo: basta que o bem jurídico seja posto em perigo, que exista a possibilidade de lesão, para que a infracção se considere cometida.

Impedir a concorrência implica a sua supressão absoluta, ou seja, a concorrência deixa de existir. Restringir a concorrência significa que a mesma continua a existir mas em moldes diferentes dos normais, i.e., a concorrência diminui. Falsear a concorrência implica uma alteração das condições normais do mercado, maxime, das condições de troca próprias das estruturas do mercado.

*O Legislador consagrou no entanto a regra de *minimis*: o acordo só é proibido se a limitação às regras da concorrência for significativa, ou seja, os acordos de menor importância beneficiam de uma isenção genérica. Tal é o significado da expressão "restringir de forma sensível" inserta no art. 4.*

No caso dos autos está em causa um acordo celebrado entre as duas arguidas que abrangeu a fixação do preço a praticar na venda dos produtos ao consumidor final.

A fixação, directa ou indirecta, dos preços de compra ou de venda consta da al. a) do nº1 do art. 4, que estabelece um elenco exemplificativo de práticas proibidas.

A fixação dos preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respectivo cliente, não havendo justificação para que seja imposto por um terceiro ao primeiro e, consequentemente, também ao segundo. A fixação do preço deve resultar apenas e só do livre jogo do mercado, naturalmente com respeito pelas regras e princípios que regulam o funcionamento do próprio mercado.

Ora o acordo celebrado entre as arguidas, ele mesmo, pelo seu próprio objecto, interfere com o regular funcionamento do mercado, na medida em que influencia necessariamente a formação da oferta e da procura (sendo o factor "preço" decisivo neste binómio, e de forma que não é insignificante ou despicienda).

Esta apreciação feita pela decisão recorrida corresponde a uma correcta análise, a partir da matéria de facto apurada.



No caso presente, tratou-se de uma infracção à lei, em função do objecto, ou seja em que a restrição da concorrência deriva do próprio objecto do acordo e não dos efeitos produzidos pelo que é irrelevante a análise pretendida pela recorrente. Por um lado, porque efectivamente e, como assinala a AdC, só a Baxter detinha poder de mercado, sendo o único representante em Portugal da FDS 330, um equipamento com características únicas em Portugal, por ser o único homologado no território da União Europeia e por a Glintt não possuir tal poder de comercialização, já que não tinha poderes ao nível da fixação de preços nem nos objectivos de vendas.

Além de que haveria outros mecanismos de incentivo de vendas sem passar pela fixação de preços nem pela restrição concorrencial.

Existia apenas um distribuidor do produto para o mercado nacional pelo que não se poderia falar de o distribuidor obter benefícios à custa do investimento de outro distribuidor, já que a Glintt não detinha poderes de distribuição, estando apenas confinada à venda ao consumidor final e pelo preço fixado pela Baxter e mantendo esta a possibilidade, que se reservou no referido contrato, de comercializar os produtos a outras entidades (vide facto 13).

A microeconomia define o comportamento "free rider" como sendo aquele em que um ou mais agentes económicos acabam usufruindo de um determinado benefício proveniente de um bem, sem que tenha havido uma contribuição para a obtenção de tal.

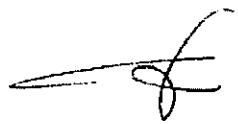
Como refere a AdC e cita-se :

"A tese do duplo preço monopolista só procede quando tanto o produtor como o distribuidor possuem poder de mercado ie quando ambos têm a capacidade de por si influenciar as condições das transacções (...)"

Ora, a tese de free riding económico não é compatível com a tese do duplo preço monopolista que, aliás, não tem aqui cabimento.

A expressão "double monopoly pricing" é usada para situações de relações verticais entre dois monopolistas : o 1º fixa um preço alto no mercado a montante e o seu cliente ou distribuidor, também em situação de monopólio, fixa um preço duplamente alto no mercado a jusante, o que supõe que ambos possuam poder de mercado.

No caso, só a Baxter detinha tal poder por ser a única representante em Portugal do equipamento FDS 330 pois a Glintt não o detinha relativamente à comercialização do produto, o único homologado no território da EU, não estando em condições de maximizar a sua margem na comercialização do produto.



A Baxter, com base no duplo preço monopolista preconiza a fixação de preços aos distribuidores de forma a baixar o preço ao consumidor final. Pelo contrário, a tese de free riding económico pressupõe a existência de uma margem ampla para o distribuidor de forma a evitar o efeito de boleia de outros concorrentes que, in casu, inexistiam.

Secundando esta posição diremos que *"não pode concomitantemente sustentar que o objectivo do acordo seria o de garantir um preço mais baixo ao consumidor final, com a invocação da tese do duplo preço monopolista"* pois o objectivo de garantir ampla margem ao distribuidor não é compatível com o de garantir um preço final mais baixo ao consumidor.

Se o objectivo da Baxter fosse o de proteger os consumidores contra eventuais práticas exploratórias do distribuidor, ao nível dos preços, então deveria ter fixado um preço máximo.

Ao impor um preço fixo de venda ao público, está a criar uma situação que prejudica os clientes finais, especialmente no contexto em que a própria faz vendas directas por impedir o distribuidor de concorrer com a Baxter através da oferta de preços mais baixos.

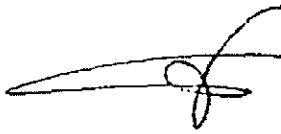
Efectivamente, as recorrentes celebraram um acordo vertical de fixação de preço de revenda, cujo objecto é incompatível com o funcionamento normal do mercado em razão da liberdade de actuação dos agentes económicos envolvidos, colidindo com o princípio de que cada operador económico deve definir a sua política comercial de forma autónoma.

Como refere a AdC *"a fixação de um preço, mesmo que unicamente indicativo, afecta a concorrência por permitir a todos os participantes preverem, com um grau razoável de certeza, qual a política de preços prosseguida pelos seus concorrentes"* pois sem a existência do acordo em causa, seria muito maior a incerteza quanto comportamento dos agentes económicos, funcionando plenamente a lógica de mercado, esta sim com maiores benefícios para os consumidores.

3.4.

A Baxter veio demonstrar a sua discordância acerca do preenchimento do elemento subjetivo na forma de dolo directo.

Alega que é *"...desde logo, patente a evidente contradição insanável em que incorre a sentença recorrida quando conclui pela verificação daquele dolo directo, pese embora afirme "Não tendo sido apurado que o objectivo de restrição da concorrência tenha sido o objectivo da celebração do Contrato, resulta claro que este resultado foi previsto e aceite*



como consequência dos termos do acordo", razão pela qual considera existir uma contradição insanável entre a fundamentação da Sentença recorrida e entre esta e a própria decisão, o que invoca, nos termos e para os efeitos legais, ao abrigo do disposto no artigo 410.º, n.º 2, alínea b) do Código de Processo Penal.

Porém, dos factos provados resulta nítida a afirmação de dolo.

Recorde-se o que resulta da matéria de facto provada:

85 – *As arguidas quiseram celebrar e manter ao longo do tempo o contrato referido em 13. como o fizeram, bem sabendo que os preços indicados no Anexo II do Contrato como "preço de mercado" eram os preços praticados na venda dos produtos ao cliente final;*

86 – *As arguidas agiram da forma por que o fizeram não desconhecendo as normas que regulam a concorrência e bem sabendo que do Contrato celebrado resultava uma fixação de preços proibida por lei;*

87 - *E mesmo assim quiseram celebrá-lo, e mantê-lo, nos termos em que o fizeram.*

O dolo preenche-se com a vontade e conhecimento da prática dos factos susceptíveis de preencherem o tipo legal em referência, e tal preenchimento resulta nítido da matéria de facto.

Dos factos apurados - e relativamente aos quais não incide qualquer poder de sindicância do tribunal – resulta claramente que as recorrentes quiseram celebrar o contrato e que conheciam os termos do mesmo e que tais termos violavam leis da concorrência.

A prova das intenções que presidem aos actos e do conhecimento dos mesmos e da consciência da ilicitude, tratando-se de processos íntimos, apenas podem ser averiguados, de um modo geral, a partir dos próprios comportamentos dos agentes, analisados de acordo com regras da experiência comum e da normalidade e razoável lógica dos procedimentos humanos e, não sendo afastado o nexo de normalidade e de razoabilidade existente entre a prática de um acto e a consciência e vontade da realização do mesmo, não há que afastar o dolo e a consciência da ilicitude que resultam dessa natural correspondência.

O que a decisão refere, na fundamentação, é o não apuramento de que a restrição da concorrência tivesse sido o objectivo da celebração do contrato, o que não afasta o dolo uma vez que, no caso, não é exigível esse dolo específico.

Porém, não existem dúvidas de que as recorrentes conheciam e escolheram os termos e condições do contrato que celebraram e previram as consequências previsíveis e



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

possíveis do mesmo, ao nível da concorrência, uma vez que também está provado que não desconheciam as normas que regulam a concorrência e sabiam que, do contrato celebrado, resultava uma fixação de preços proibida por lei e que, mesmo assim quiseram celebrá-lo e mantê-lo nos termos em que o fizeram, o que define a existência de dolo directo quanto à vontade e conhecimento dos termos do contrato e quanto à plena consciência da ilicitude, ao preverem a possibilidade de o mesmo violar leis e regras da concorrência.

O facto de a lei não exigir um dolo específico afasta a necessidade de prova do conhecimento e vontade expressa de as recorrentes pretenderem o resultado de restrição da concorrência, bastando o conhecimento e vontade dos factos contrários a lei e a consciência de o serem, independentemente da definição clara de lesão da concorrência como objectivo final e directo, bastando a previsibilidade e possibilidade de ele decorrer do contrato celebrado e da actuação de ambas, definidas na matéria de facto provada.

Perante a matéria de facto provada, que não é lícito analisar e que na vertente em causa não apresenta qualquer vício que resulte do próprio texto da decisão, mesmo se lido à luz da experiência comum, não se pode concluir que a actuação das recorrentes tivesse sido negligente, nomeadamente na vertente de negligéncia inconsciente, porquanto não se apurou que as razões que motivaram as recorrentes a celebrarem o contrato em apreço tenham *"visado legitimamente a defesa da qualidade dos equipamentos e a tentativa de assegurar uma manutenção adequada, sem nunca pretendarem nem quererem criar efeitos restritivos da concorrência"*.

Aliás, estando, como é sabido, no domínio de comportamentos axiologicamente neutros, a definição de culpa não tem a componente de cariz criminal, tratando-se de violação de regras sociais impostas, sendo diversa naturalmente a carga e natureza do juízo de censura que envolvem as actividades praticadas em violação do direito de mera ordenação social.

Não se verifica, pois, qualquer contradição a este nível nem insuficiência para a decisão da matéria de facto provada que fornece os elementos fácticos necessários, e não meras conclusões como pretende a Baxter, para a definição do dolo directo e não de qualquer forma de negligéncia, como igualmente pretende a mesma.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

3.5.

Embora a recorrente Baxter invoque a omissão de pronúncia quanto à verificação de existência de balanço económico positivo, o que seria susceptível de afastar a ilicitude, resulta da decisão recorrida, conforme já anteriormente referido em 3.2.4., que esta não omitiu pronúncia quanto a esta questão.

Aliás a decisão foi clara ao definir que considerou que não foi produzida qualquer prova que permitisse aferir da existência de eventual balanço económico positivo.

Alegam ambas as arguidas que a infracção por fixação de preços, por cuja prática foram condenadas, deve beneficiar do balanço económico positivo e ser em suma considerada justificada nos termos do art. 5 da Lei da Concorrência, uma vez que o acordo contribuiu para melhorar a distribuição dos produtos e para promover o progresso técnico ou económico, reservou aos consumidores uma parte equitativa do lucro resultante, revelou-se indispensável para a melhoria da distribuição dos produtos e para o progresso acima referido, e por último não causou qualquer restrição da concorrência no mercado relevante.

Ora, não se mostrando provados factos que permitam concluir pelo preenchimento cumulativo dos requisitos previstos nas alí. a) a c) do nº1 daquele art. 5, não pode considerar-se justificado o acordo anti-concorrencial das arguidas já analisado.

Não houve, pois, qualquer omissão de pronúncia, mas sim uma decisão adversa ao entendimento das recorrentes.

Os critérios previstos no art.º 5º, nº1 da Lei 18/2003 são de preenchimento cumulativo e não se mostram verificados pelo que a prática em causa não poderia ser justificada, nomeadamente por o acordo vertical não ter reservado aos utilizadores do bem equitativa percentagem do benefício dele resultante, bastando o não preenchimento de um desses factores para afastar a possibilidade de verificação de um justificação da prática ilícita.

III

3.6.

Relativamente ao montante da coima e critérios de determinação da mesma, pretende a Glintt que deveria o TCL ter aplicado as directrizes estabelecidas nas Orientações



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

para o cálculo das coimas e que deveria ter considerado o volume de negócios realizado no mercado nacional do fornecimento e equipamento automatizado de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos FDS 330 e serviços conexos e não ter por base o volume de negócios global da Glintt, violando o princípio da proporcionalidade e o art.º 44º da Lei 18/2003.

Ao impugnar judicialmente a decisão administrativa proferida pela AdC, a Glintt contestara que tivesse ficado demonstrada a afectação sensível do comércio entre os Estados-membros.

Alega, no presente recurso, que não entende exactamente quais os critérios para determinação da coima nem em que medida foi tida em conta a sua colaboração, como circunstância atenuante, padecendo a decisão de falta de fundamentação além de que a sua colaboração ao nível da prestação de informações e documentos que foram determinantes para o esclarecimento dos factos foi muito mais extensa do que o dever legal a que estava adstrita e não foi devidamente considerada pelo TCL em toda a sua extensão, tendo sido discricionária a aplicação da al. e) do art.º 44º Lei 18/2003.

E alega ainda dever ser atenuada especialmente a medida da coima, nos termos do art.º 42º CP.

A Baxter alega que a decisão é nula por não fundamentar a afirmação da gravidade da conduta, devendo ser considerada diminuto a gravidade da conduta e reconhecida a postura colaborante da recorrente.

O TCL considerou não ser aplicável o art.º 101º do TFUE por não se ter demonstrado ter havido afectação do comércio entre Estados-membros.

É verdade que a conclusão da afectação do comércio tem de se extrair de factos, embora não deva esquecer-se que não se mostra necessária a concreta afectação mas a mera potencialidade da afectação, o que aliás é assinalado na decisão recorrida.

Poder-se-ia argumentar que um contrato com cláusula de exclusividade que cobre todo o território nacional, fixa preço de revenda e impõe vendas apenas a consumidores finais, é um caso típico de acordo que tem por objecto, nomeadamente, impedir vendas paralelas transfronteiriças. E que uma empresa, ao impor um preço de venda ao público e proibir a venda a entidades que pretendam revender os produtos, através de um acordo como o descrito, consegue garantir que esses produtos não são exportados para outros países onde poderá praticar preços mais altos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Este tipo de acordos tem sido repetidamente considerado sujeito ao Tratado de Justiça da EU desde Consten & Grundig (Ac TJUE de 13.7.1966, Consten & Grundig c. Comissão (56 e 58/64, CJ 1966, 429).

Para efeitos de direito da concorrência faria mais sentido dizer que se trata de um acordo entre o grupo económico Baxter e a Glintt, uma vez que o conceito de empresa deste ramo do direito não corresponde exactamente ao conceito de empresa do direito comercial, embora a noção e identificação da noção de empresa em causa seja relevante para efeitos da imputação da sanção. Também não é possível concluir, sem mais, que os acordos entre empresas nacionais não são susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros, não devendo esquecer-se que o impacto sensível no mercado não exclui a ponderação do mercado relevante identificado e em que se concluiu existir um monopólio.

A AdC defendeu, na fase administrativa que, actuando as recorrentes em todo o território de um Estado-membro e detendo o exclusivo da comercialização dos produtos em causa em todo o território nacional, o acordo de fixação de preços falseava o mercado nacional na globalidade, afectava a estrutura concorrencial do mercado e seria susceptível de afectar a estrutura concorrencial no interior da UE.

Porém, estas considerações que deverão estar na base de ponderação do julgador não substituem a valoração que, a partir delas, se faça da matéria de facto fixada, não tendo esta instância poderes de avaliação da formação da convicção do julgador, não se impondo perante a leitura da decisão que outra deveria ter sido a conclusão relativa a esta questão.

A decisão recorrida não considerou provados factos objectivos que permitissem concluir, para além de quaisquer dúvidas, que o acordo seria susceptível de afectar de forma sensível o comércio entre Estados-membros, por se não ter sido devidamente alegado e provado que o acordo celebrado tinha por efeito consolidar barreiras de carácter nacional e possibilitar ou reforçar a segmentação dos mercados numa base nacional.

As autoridades da concorrência dos Estados Membros têm competência para aplicação de coimas por violação dos art.ºs 101º e 102º do TFUE, prevista no Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16.12.2002 (in Jornal Oficial da CE), assegurando-se o princípio da autonomia processual dos Estados- membros.

Tendo o Tribunal entendido, perante a factualidade apurada, que não estava suficientemente garantida a verificação de que o acordo entre as recorrentes foi susceptível de afectar de forma sensível o comércio entre os Estados- Membros, não foi valorada tal conduta como pressuposto de aplicação do art.º 101º do TFUE, o que não viabiliza a aplicação das Orientações para o Cálculo das Coimas na determinação da coima a aplicar.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por outro lado, a decisão de direito assentou na matéria de facto apurada, que aqui não se questiona, em que se definiu o volume de negócios para o ano de 2009 (ano da cessação da prática do acordo em causa) e não apenas o volume relativo ao mercado afectado directamente pela infracção como erradamente pretende a Glintt.

Certamente que acompanhamos a posição da AdC ao invocar o Ac. deste TRL – 3^a sec. no processo n.º 7251/07 que determinou que o volume de negócios relevante para determinação da medida da coima seria o volume total de negócios da empresa por ser esse o único factor em que pode assentar o efeito dissuasor da sanção e representar um sacrifício para a mesma, variável de acordo com tal realidade, o que não seria alcançável pela consideração do volume do sector de actividade da empresa.

Este factor apenas será atendível, dentro da moldura abstracta, como um dos critérios a considerar, dentro dos previstos no art.º 44º da Lei 18/2003, como garantia de funcionamento de um verdadeiro critério de proporcionalidade, conforme foi, aliás correctamente, estabelecido pela decisão recorrida.

Ao ponderar o volume de negócios não deve utilizar-se senão um conceito do direito da concorrência e não o conceito comercial. Certamente que o grupo económico Baxter terá um volume de negócios muito acima do volume de negócios em Portugal. Porém, esta instância recursiva está limitada pela *reformatio in pejus*, como certamente o está perante a matéria de facto apurada.

O TCL explicitou claramente na decisão os critérios a que recorreu para determinar o quantum da coima e fê-lo de forma clara.

A moldura abstracta da coima aplicável às Recorrentes foi concretizada em função da análise do caso concreto, ou seja, tendo em conta o grau de ilicitude do facto, o modo de execução do mesmo e a gravidade das suas consequências, o grau de violação dos deveres impostos ao agente, bem como todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de ilícito, deponham a favor ou contra as Recorrentes.

Assim sendo, foram, *in casu*, salvaguardados e respeitados, na determinação do montante das coimas aplicadas, tanto o princípio da legalidade como os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da culpa.

Pelo exposto, impõe-se, pois, concluir pela manutenção da coima aplicada pelo Tribunal *a quo*, improcedendo, em consequência, a argumentação a este propósito expendida pela Recorrente Glintt.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Aliás, a interpretação e aplicação dos critérios previstos no artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, feita pelo Tribunal *a quo*, não foi contrária ao espírito que enformou a elaboração da Comunicação sobre Orientações para o cálculo das coimas.

A propósito da colaboração prestada à AdC durante o procedimento, a Glintt considera que a mesma foi, no caso, especial, razão pela qual deveria ter sido considerada pela AdC e pelo Tribunal *a quo* como uma circunstância especialmente atenuante, entendendo a recorrente que o *Tribunal a quo*, à semelhança da AdC, não ponderou a colaboração da Glintt em toda a sua extensão e que por essa razão a sentença recorrida padece do vício de falta de fundamentação, por não ser claro em que medida tal colaboração foi tida em conta como circunstância atenuante.

Também a Recorrente Baxter vem alegar o mesmo vício, por nada ser dito na sentença quanto à ponderação da sua colaboração na determinação da medida concreta da coima.

Resulta da decisão que:

Nos termos dos arts. 43 nº1 al. a), a violação do disposto no art. 4, “Constitui contraordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas partes na infracção, 10% do volume de negócios do último ano.”

Resultou demonstrado que no exercício de 2009 o volume de negócios da BAXTER foi de € 9.686.451,00 e o da GLINTT de € 51.396.165,00.

Assim, a moldura abstracta da coima aplicável às arguidas tem como limite máximo, respectivamente, €968.645,10 (a BAXTER) e €5.139.616,50 (a GLINTT).

Quanto a limite mínimo nada é dito, pelo que é aplicável o previsto no art. 17 do RGCOC.

Com base nesta moldura abstracta, a AdC aplicou à BAXTER a coima de € 145.296,77 e à GLINTT a coima de €385.471,24.

Cabe agora apurar se, face aos elementos a considerar na fixação da moldura concreta da pena, devem as coimas aplicadas pela AdC ser mantidas, ou se existem circunstâncias a considerar que levem a uma diminuição dos seus montantes. Vigorando aqui



o princípio da proibição da reformatio em pejus (art. 72-A, nº1 do RGCOC), ao Tribunal está vedado condenar as arguidas em coima superior à que foi aplicada na decisão recorrida.

Passemos pois à determinação da medida concreta da coima, tendo em consideração que “cada participante é punido segundo a sua culpa” (art. 16 nº2 do RGCOC).

Dispõe o art. 44 da Lei 18/2003 que as coimas são fixadas tendo em consideração, entre outras, as seguintes circunstâncias:

- . a gravidade da infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional;*
- . as vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infracção;*
- . o carácter reiterado ou ocasional da infracção;*
- . o grau de participação na infracção;*
- . a colaboração prestada à autoridade, até ao termo do procedimento administrativo;*
- . o comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.*

Estabelece por seu turno o art. 18 do RGCOC (aqui aplicável, face à remissão do art. 22 e dado que o próprio art. 44 esclarece que as circunstâncias nele previstas deverão ser, “entre outras” consideradas, do que resulta que nele não estão incluídos todos os elementos a considerar na determinação da medida concreta da coima), que na determinação da coima há ainda que considerar:

- . a culpa;*
- . a situação económica do agente.*

Ambas as arguidas pugnam, nas respectivas alegações de recurso, pela diminuição da concreta coima aplicada, em particular a GLINTT para “um montante simbólico” invocando a excepcional colaboração prestada à AdC.

A AdC considerou na sua decisão – já dissemos acima que de forma não infundamentada – que a infracção em causa é grave, face aos bens jurídicos protegidos, tanto mais que a conduta logrou afectar de forma sensível o comércio intracomunitário (para efeitos de aplicação do art. 101 do TFUE).

A gravidade da infracção é manifesta. Tem por objecto restringir e falsear a concorrência e afecta necessariamente o bom funcionamento do mercado (o que decorre

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

necessariamente do simples facto de duas empresas celebrarem um acordo com o âmbito do que as arguidas celebraram: uma interferência no sistema de fixação de preços e na liberdade negocial em geral e restrição da concorrência no mercado). Resulta inquestionável a existência de distorções graves no mercado.

Tal como, pela própria natureza do acordo, é manifesto que o mesmo produziu efeitos nefastos no mercado, impedindo que a formação do preço fosse ditado pelo binómio procura/oferta, como deverá ser num mercado a funcionar em condições normais de concorrência.

Assiste pois razão à AdC ao considerar grave a contra-ordenação praticada, tendo sido postos em causa valores fundamentais para a estrutura da economia, designadamente os valores da liberdade de formação da oferta e da procura e de salvaguarda dos interesses dos consumidores, e durante um período de tempo relativamente prolongado (tanto quanto durante a vigência do contrato).

Não tendo ficado provada a violação do disposto no art. 101 do TFUE, terá tal facto de ser atendido em sentido favorável às arguidas, uma vez que a decisão da AdC tinha como pressuposto também aquela violação.

Quanto ao grau de colaboração das arguidas, e em especial da GLINTT, com a AdC até ao termo do processo administrativo: foi tido em conta na decisão, como circunstância atenuante valorada na determinação da medida concreta da coima (e especialmente sublinhado que a colaboração prestada pela GLINTT ultrapassou o mero dever legal previsto no art. 18 da Lei 18/2003. Não pode é o facto de a decisão se ter baseado em considerável medida nas declarações prestadas por funcionários da GLINTT no procedimento administrativo, ser ponderada com o especial relevo que a arguida sugere e que a leva a pugnar pela aplicação de uma coima de montante simbólico. Não se tratou propriamente de uma confissão sem a qual a AdC não teria qualquer forma de demonstrar a existência da infracção, antes do cumprimento do dever que assiste a qualquer declarante na situação em apreço, de responder com verdade ao que lhe é perguntado.

Quanto ao comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência, foi considerado pela AdC e ponderado como atenuante, o facto de a GLINTT ter posto termo ao contrato fazendo dessa forma cessar a infracção (ainda que só depois da instauração do procedimento contra-ordenacional), não tendo resultado apurados qualquer outros factos relevantes.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O acordo celebrado entre as arguidas vigorou durante quatro anos (celebrado o contrato em 11.11.2005, foi denunciado pela GLINTT com efeitos a 10.11.2009), tendo permitido às arguidas, durante esse período, abstrair-se da pressão exercida em condições normais de mercado concorrencial no que respeita ao preço dos produtos.

Ambas as arguidas intervieram na celebração do acordo e aceitaram a sua manutenção em vigor até 2009, sabendo ambas o que tal acordo significava, não tendo resultado demonstrados factos que permitam concluir por um diferente grau de culpa das arguidas, grau esse que se mostra mediano.

Mostra-se elevada a necessidade de prevenção geral. Como referido na decisão da AdC, a confiança da comunidade e, particularmente, a confiança dos agentes económicas na promoção do equilíbrio e na transparência das relações entre agentes económicos tem de tutelada e firmemente protegida.

As arguidas agiram com dolo, directo, não lhe sendo conhecidos antecedentes contra-ordenacionais.

Quanto à situação económica das arguidas, não resultou demonstrado outro facto que não o volume de negócios de ambas no ano de 2009, ponderado já para efeitos de determinação da medida abstracta da coima.

Tudo visto e ponderado, considerando a moldura abstracta aplicável e todas as circunstâncias supra referidas, entende o Tribunal condenar as arguidas BAXTER e GLINTT, nas coimas de € 100.000,00 e €300.000,00 respectivamente.

O Tribunal explicita na sentença que a AdC ponderou a colaboração prestada pelas Recorrentes para efeitos de determinação concreta da coima, valorando-a positivamente. A sentença, não só contém a fundamentação, como é clara e inequívoca a valoração feita, relativamente à colaboração das Recorrentes no processo.

A sentença explica o modo como definiu os limites da moldura da coima, por referência ao volume de negócios das arguidas no último ano, e dentro deste limite máximo, pelas necessidades de prevenção geral e especial, pela gravidade da infracção, pelas vantagens retiradas da sua prática, a duração e reiteração, de acordo ainda com o grau de participação de ambas as arguidas, a colaboração prestada à AdC por cada uma das arguidas, o comportamento destas tendente a eliminar as práticas e à reparação dos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

prejuízos, a apreciação da situação económica das arguidas, o seu grau de culpa e algumas circunstâncias agravantes e atenuantes.

Resulta ainda da sentença que foi por esta tido em conta o grau de colaboração da Glintt, que ultrapassou o mero dever legal, como circunstância atenuante, não se tratou propriamente de uma confissão sem a qual a AdC não teria forma de demonstrar a existência da infracção, antes do cumprimento do dever que assiste a qualquer declarante na situação em apreço, de responder com verdade ao que lhe é perguntado e como também resulta da sentença, "o grau de colaboração das arguidas, e em especial da Glintt, com a AdC até ao termo do processo administrativo: foi tido em conta na decisão, como circunstância atenuante valorada na determinação da medida concreta da coima.

Tal colaboração foi definida como a que resultou da apresentação voluntária de processos colaboração que considerou ter ultrapassado o mero dever legal previsto no art.º 18º da Lei 18/2003.

Só se verifica a nulidade da sentença, por falta de fundamentação, quando esta é absoluta, como é entendimento pacífico da jurisprudência

Como é assinalado pela AdC veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça no proc. n.º 2972/04: no sentido de que *para que a sentença careça de fundamentação, não basta que a justificação da decisão seja deficiente, incompleta, não convincente; é preciso que haja falta absoluta, embora esta se possa referir aos fundamentos de facto ou só aos fundamentos de direito* (Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2º ed., pág. 687).

Efectivamente, o julgador não tem de analisar todas as razões jurídicas que cada uma das partes invoque em abono das suas posições, embora lhe incumba resolver todas as questões suscitadas pelas partes; a fundamentação da Sentença contenta-se com a indicação das razões jurídicas que servem de apoio à solução adoptada pelo julgador, havendo que distinguir entre a falta absoluta de motivação e uma motivação não exaustiva.

A lei considera nulidade a falta absoluta de motivação (art.º 379º, n.º 1 a) e 374º n.º 2 CPP. A insuficiência da motivação poderá conduzir à sua revogação ou alteração em recurso, mas não gera nulidade da mesma.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Atento o exposto, forçoso é concluir que a Sentença, ora recorrida, não só contém a fundamentação como nesta última é clara e inequívoca a valoração feita relativamente à colaboração das Recorrentes no processo.

Como se assinala acertadamente na decisão *"Quanto ao grau de colaboração das arguidas, e em especial da GLINTT, com a AdC até ao termo do processo administrativo: foi tido em conta na decisão, como circunstância atenuante valorada na determinação da medida concreta da coima (e especialmente sublinhado que a colaboração prestada pela GLINTT ultrapassou o mero dever legal previsto no art. 18 da Lei 18/2003. Não pode é o facto de a decisão se ter baseado em considerável medida nas declarações prestadas por funcionários da GLINTT no procedimento administrativo, ser ponderada com o especial relevo que a arguida sugere e que a leva a pugnar pela aplicação de uma coima de montante simbólico. Não se tratou propriamente de uma confissão sem a qual a AdC não teria qualquer forma de demonstrar a existência da infracção, antes do cumprimento do dever que assiste a qualquer declarante na situação em apreço, de responder com verdade ao que lhe é perguntado."*

A decisão apresenta de forma clara e completa a fundamentação para ter fixado a coima como fixou, com base nos critérios do art.º 44º da Lei 18/2003 a que alude e para a qual remetemos, a eles aderindo na íntegra.

Efectivamente, o acordo celebrado entre as arguidas vigorou durante quatro anos tendo sido celebrado o contrato em 11.11.2005 e denunciado o mesmo pela GLINTT com efeitos a 10.11.2009.

Foi considerada como atenuante o comportamento da Glintt, cuja colaboração constitui atenuante geral, ao nível da eliminação das práticas proibidas o que não corresponde à reparação dos prejuízos causados mas sim produziu a eliminação de outros prejuízos que decerto ocorreriam com a manutenção do contrato, não tendo resultado apurados qualquer outros factos relevantes a esse título.

Este acordo permitiu às recorrentes que durante, esse período de tempo de quatro anos, não fossem afectadas pela pressão normal de mercado, na concorrência com outras empresas, relativamente ao preço dos produtos em causa. Ainda assim a decisão recorrida



fixou a coima em apenas 0,58% do volume de negócios da Glintt e 1,03% do volume de negócios da Baxter.

Não se demonstraram quaisquer factos que permitam concluir por um diferente grau de culpa das arguidas, grau esse que se mostra médio.

São elevadas as necessidades de prevenção geral, sendo a conduta em causa susceptível de abalar a confiança dos mercados e da comunidade em geral, na definição de regras equitativas e transparentes nas relações concorrenenciais entre os agentes económicos, visando o equilíbrio e estabilização do mercado.

As arguidas agiram com dolo directo, conforme já definido, não lhe sendo conhecidos antecedentes contra-ordenacionais.

Quanto à situação económica das arguidas, não resultou demonstrado qualquer outro facto que não o volume de negócios de ambas no ano de 2009, ponderado já para efeitos de determinação da medida abstracta da coima.

Pretende ainda a Glintt que deveria a coima ter sido atenuada especialmente, nos termos do art.º 72º CP, dada a sua relevante colaboração no processo e face à reduzida gravidade dos efeitos do acordo, inexistência de grau de perigosidade da sua conduta e ausência de antecedentes criminais.

A recorrente não suscitou esta questão no recurso de impugnação judicial da decisão da AdC, nos termos em que agora a coloca perante o tribunal da Relação, já que suscitara a pretensão de atenuação especial mas nos termos da Lei 39/2006 de 25.8.

A esta instância recursiva compete apenas a apreciação de questões que estivessem no âmbito de apreciação da decisão de impugnação judicial da decisão administrativa.

De todo o modo, nos termos do art.º 72º CP haveria lugar a atenuação especial se verificado um quadro global de "circunstâncias que diminuam de forma acentuada a ilicitude do facto, o grau de censura ou a necessidade da pena", o que não se verifica perante a factualidade apurada.

Há que avaliar a actuação contra-ordenacional na sua globalidade. Esta avaliação não pode deixar de analisar todos os elementos disponíveis e não justifica que se deixe de considerar a actuação das arguidas como grave, perante as restrições de preços de revenda e que cobriam a totalidade da oferta dos produtos em causa no mercado relevante, o que afecta gravemente as condições normais da concorrência, conforme já referido.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A gravidade da infracção foi suficientemente fundamentada na matéria de facto e nas razões avançadas na decisão para concluir pela mesma como se assinala na sentença recorrida e a cujos fundamentos se adere. A mesma atendeu, e bem, repete-se, à gravidade da infracção, resultante das restrições verticais que as recorrentes incluíram no contrato nomeadamente ao definirem preços fixos de revenda e relativamente a uma área cobertura do produto do mercado relevante, definido este da forma supra mencionada.

É este contexto de avaliação global que permite conceber a actuação das arguidas numa perspectiva de gravidade não diminuída, com base em efectivos elementos de facto constantes da decisão e em determinar a medida da coima da forma que foi fixada pela decisão recorrida e pelos fundamentos dela constantes.

4.

Pelo exposto, acordam as juízas nesta Secção em negar provimento ao recurso.

Custas pelas recorrentes com t.j. fixada em 6 UC relativamente.

Elaborado, revisto e assinado pela relatora Filomena Lima e assinado ainda pela Exm.^a Sr.^a Desembargadora Adjunta Ana Sebastião.