



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

1711420

CONCLUSÃO - 18-10-2010

(Termo electrónica elaborado por Escrivão de Direito Carla Stattmiller)

=CLS=

*

Nos termos do disposto no art. 338º n.º1 do Código de Processo Penal, aplicável *ex vi* art. 41º n.º1 do Decreto Lei n.º 433/82 de 27/10, na sua redacção actual e 22º da Lei n.º 18/03, o tribunal passará a conhecer das questões prévias e prejudiciais arguidas nos autos.

Conhecer-se-à, por ordem de prejudicialidade, das questões não apreciadas e para cujo conhecimento os autos contenham elementos suficientes, sem novo contraditório, uma vez que todas as partes – aqui entendidas como Autoridade da Concorrência (doravante AdC), Catelas & Teorgas, Lda (doravante Catelas & Teorgas), Abranches & Filhos, Lda (doravante Abranches & Filhos), Farlis – Fábrica de Farinhas do Lis, Lda (doravante Farlis), Gérmén – Moagem de Cereais, SA, Granel – Moagem de Cereais, SA, e Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA (doravante Gérmén/Granel/Moagem Ceres), Cerealis – Moagens, SA e Cerealis – Produtos Alimentares, SA (doravante Cerealis), Carneiro, Campos & Cia., SA (doravante Carneiro e Campos), Eduardo e Artur Grilo Pereira, Lda e Pitorro – Moagem de Cereais, SA (doravante Eduardo e Artur Grilo Pereira/Pitorro) e Ministério Público, já se pronunciaram ou tiveram oportunidade de se pronunciar (cfr. decisão da AdC, alegações de recurso das arguidas e respostas às alegações das arguidas apresentadas pela AdC, sendo que o Ministério Público teve oportunidade de se pronunciar no acto de remessa dos autos a juízo).

*

Consigna-se que, os apensos confidenciais dos presentes autos foram entretanto localizados e apensos aos presentes autos.

*

As arguidas nas suas alegações de recursos suscitaram as seguintes questões prévias/prejudiciais:

*



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 1126/09.0TYLSB

1. Catelas & Teorgas - fls. 7004 e ss. (processo em papel):

1.1. Prescrição do procedimento contra-ordenacional – alegando que a infracção analisada e punida pela AdC decorre pelo menos entre Dezembro de 2000 e Agosto de 2004, mas que a si apenas são atribuídas práticas concertadas entre Janeiro e Dezembro de 2003 (art. 896º da decisão), pelo que o procedimento contra-ordenacional se encontra prescrito nos termos da alínea b) do nº1 do art. 48º da Lei nº 18/2003 de 11/06;

*

2. Abranches & Filhos – fls. 7010 e ss. (processo em papel):**2.1. Nulidade da decisão****2.1.2. Por violação do caso julgado**

A decisão sob recurso imputou à arguida os mesmos factos que havia imputado na nota de ilicitude complementar de 18/12/04, em violação da decisão do Tribunal de Comércio de 12/02/08 que declarou a nulidade da Nota de Ilicitude Complementar e de todo o processado subsequente, decisão essa que transitou em julgado. Nos termos de tal decisão, os factos trazidos ao processo pela Nota de Ilicitude Complementar não podem ser considerados neste processo, tendo o processo sido remetido para reformulasse os seus procedimentos e se restringisse aos factos constantes da 1ª nota de ilicitude.

As considerações tecidas pela AdC nos arts. 273 a 395 da decisão são afirmações que visam sindicar um despacho judicial transitado em julgado.

A interpretação feita pela AdC dos arts. 24º a 28º da Lei nº 18/2003 violam claramente o princípio do processo equitativo previsto no art. 20º nº4 da CRP e o disposto no art. 32º nº10 do mesmo diploma fundamental.

2.1.2. Por violação das garantias de defesa:

a) a aplicabilidade dos princípios gerais de processo penal em processo de contra-ordenação e sua violação pela AdC:

O direito ao processo equitativo (20º nº4 da CRP) e o direito de defesa (32º nº10 da CRP) são aplicáveis ao processo contra-ordenacional, designadamente o princípio do acusatório, do qual decorre o princípio da vinculação temática, que vem sido a ser violado pela AdC, formulando acusações surpresa, sendo que esta confunde princípio do acusatório com processo de modelo acusatório, que são realidades diversas.

O princípio da vinculação temática, derivado daquele, vigora em processo penal, resultando do Assento nº 1/2003 de 25/01/03, que o momento para a definição do objecto do processo é o momento previsto no art. 50º do RGCO, ficando, a partir da notificação para o exercício do direito de defesa, a



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 1126/09.0TYLSB

autoridade administrativa restrita ao apuramento das provas, factos e matéria invocados pela defesa.

Tal regime foi ainda mais aproximado do processo penal para as contra-ordenações de concorrência pelos arts. 24.º a 26.º da Lei n.º 18/03, dividindo-se o processo em fase de inquérito e instrução, encerrando-se o primeiro com a notificação da acusação e iniciando-se a segunda, que corresponde à fase de instrução em processo penal apenas se os arguidos exercerem o seu direito de defesa.

O art. 26.º n.º4, relativo à realização de diligências complementares de prova está, assim, sujeito a dois limites: i) as diligências só se podem realizar se os arguidos exercerem o seu direito de defesa; ii) as novas diligências estão limitadas à corroboração e demonstração dos factos anteriormente imputados ao arguido.

O objecto do processo fica circunscrito com a notificação prevista no art. 25.º, al. b) da lei n.º 18/03 e nenhuma disposição legal permite à AdC inserir no mesmo processo novos factos que venha a descobrir na fase de instrução, por maioria de razão não se permitindo a inserção de novos factos que fossem já conhecidos da AdC antes da fase de instrução, como sucedeu nestes autos.

A interpretação defendida pela AdC, a admitir-se violaria o princípio da lealdade e do processo equitativo e consubstanciaria uma compressão intolerável dos direitos de defesa, uma vez que o arguido sempre estaria inibido de responder aos factos que lhe fossem imputados pois ao fazê-lo contribuiria para a sua condenação.

É, assim, legalmente inadmissível por violação do princípio do acusatório, da vinculação temática e da proibição da *reformatio in pejus* a conduta da AdC de elaborar, no presente processo, uma nova nota de ilicitude, concentrando todos os factos que constavam da nota de ilicitude inicial e da nota de ilicitude complementar.

O regime legal (Lei 18/2003, doravante LdC e RGCOC) são omissos no tratamento a dar a novos factos pelo que é aplicável o processo penal, sendo que, nos arts. 303.º n.ºs 3 e 4 e 309.º do CPP, na versão em vigor à data da emissão da nova Nota de ilicitude, dada pela Lei n.º 48/07 de 29/09, se estatui a inadmissibilidade da consideração de factos que impliquem uma alteração substancial, impondo que não sejam considerados se não forem autonomizáveis.

2.3. Prescrição do procedimento contra-ordenacional

Face à decisão do Tribunal de Comércio (doravante TCL) de Fevereiro de 2008, a nova nota de ilicitude deduzida corresponde a um novo processo. A AdC anulou a nota primitiva pelo que tal 1.ª Nota de Ilcitude não produz



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

quaisquer efeitos, nomeadamente interruptivos e suspensivos dos prazos de prescrição previstos nos arts. 27º e 28º do RGCOG.

Assim o prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional deve ser contado ininterruptamente desde a data do último facto imputado – aumento dos preços da farinha por si comunicado aos seus clientes em 25/11/03, com efeitos a 02/12/03 – até 03/12/08, data em que lhe foi notificada a última nota de ilicitude.

Tendo decorrido o prazo de 5 anos previsto no art. 48º n.º1, al. b) da LdC, o procedimento contra-ordenacional encontra-se prescrito.

*

3. Farlis - fls. 7062 e ss. (processo em papel):

3.1. Nulidade da prova

Os factos referidos contra si na Decisão assentam em informações por si fornecidas na sequência de notificações para o efeito da AdC.

Os pedidos de informação não continham, nenhum deles, a indicação do concreto objectivo dos pedidos e não remetia para o art. 26º da LdC, o que determina a sua invalidade.

Os pedidos de informação foram efectuados sob a ameaça de aplicação de coima, ameaça ilícita que, nos termos do art. 122º do CPP, torna a prova obtida nula.

A norma resultante da interpretação dos arts. 17º n.º1, al. a), 18º e 43º n.º3 da LdC no sentido de que o arguido é obrigado a responder, sob pena de coima, é inconstitucional nos termos dos arts. 1º, 20º n.º4 e 32º n.ºs 2, 8 e 10 da CRP.

Todas as provas obtidas com base nos citados preceitos são nulas nos termos dos artigos 126º n.ºs 1 e 2 do CPP, não podendo ser usadas contra si, nos termos do art. 58º n.º4 do mesmo diploma.

3.2. Nulidade da Nota de Ilcitude

A decisão proferida assenta em três notas de ilicitude, o que viola o princípio da concentração da acusação, por permitir que a Autoridade corrija a sua acusação na sequência da defesa do arguido, o que viola o disposto no art. 32º n.º10 da CRP e 50º do RGCOG.

A interpretação dos arts. 25º e 26º da LdC no sentido de que a AdC pode formular várias acusações no mesmo processo é inconstitucional por violação dos arts. 20º n.º4 da CRP e 32º n.ºs 5 e 10 da CRP.

Entendendo-se que se trata de uma só acusação, é igualmente nula por violação do princípio da concentração da acusação, por remeter, quanto à descrição dos factos, para uma acusação anterior, sendo a interpretação dos arts. 25º e 26º da LdC no sentido de que a acusação pode remeter, quanto à descrição



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

dos factos, para uma acusação anterior, inconstitucional por violação dos mesmos preceitos.

A interpretação dada pela AdC ao despacho judicial de 12/02/08 no sentido de serem concentradas, numa mesma nota de ilicitude, todos os factos e todos os meios de prova constantes do processo, violam o princípio da boa fé e lealdade processuais, não sendo esse o alcance do despacho judicial proferido, sob pena de violação do art. 20º nº4 da CRP.

*

4. Gérmen/Granel/Moagem Ceres – fls. 7091 e ss. (processo em papel):

4.1. Nulidade da decisão por violação de caso julgado

O despacho judicial de 12/02/08 censurou em especial a condução desleal do processo, sendo claro que após a emissão da primeira nota de ilicitude não podiam ser convocados outros factos, alterando a acusação notificada, juízo que vale tanto para os factos de que a AdC tinha previamente conhecimento mas optou por não incluir na primeira nota de ilicitude, quer para todos os factos que tenham ocorrido posteriormente em sequência da apresentação da defesa.

No entanto, em Dezembro de 2008, a AdC voltou a acusar as arguidas em nova nota de ilicitude pelos mesmos factos cuja inclusão na nota de ilicitude complementar o Tribunal de Comércio de Lisboa (doravante TCL) já havia declarado nula vindo a proferir a decisão ora sob impugnação pelos mesmos factos.

A AdC violou assim o caso julgado, corolário da obrigatoriedade das decisões dos tribunais consagrado no art. 205º da CRP.

A decisão do TCL de Fevereiro de 2008 incidiu sobre questões de natureza processual, declarou nula a nota de ilicitude complementar e fez caso julgado formal, vinculando a AdC neste processo.

Tal acarreta inexistência do acto ou ineficácia do mesmo ou nulidade da decisão, quer por via da aplicação do disposto no art. 379º nº1, al. c), 2ª parte do CPP, quer por aplicação do regime processual civil, enquanto excepção dilatória de ofensa de caso julgado, nos termos dos arts. 494º, al. i), 494º e 672º do Código de Processo Civil, quer ainda por aplicação do Código de Procedimento Administrativo, nos termos do art. 133º nº2, al. h) do CPA.

4.2. Nulidade da decisão por sonegação de prova exculpatória pela AdC

As recorrentes tomaram conhecimento de que a AdC inquiriu o Dr. José Manuel Esteves Aguiar em 14/05/08. Tal diligência terá sido da iniciativa da AdC, tendo sido reduzido o depoimento a escrito. No entanto o auto respectivo

**Tribunal do Comércio de Lisboa****3º Juízo**Av. D. João I 1, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

não consta do processo, tendo as recorrentes sido informadas da diligência pelo próprio depoente.

Trata-se de sonegação de prova recolhida pela AdC na fase administrativa, que sofre de ilegalidade por inexistir, nesta matéria, qualquer critério de oportunidade, tendo que sujeitar todas as diligências complementares de prova ao devido contraditório nos termos do art. 26º n.º4 da LdC.

No caso concreto e no depoimento em causa o depoente confirmou vários factos que as recorrentes e demais arguidas têm vindo a invocar em sua defesa ao longo do processo e que desmentem a versão dos factos defendida pela AdC.

A ocultação desta diligência de prova importa violação do princípio do contraditório e do direito de defesa e de audição das recorrentes, nos termos dos arts. 32º n.ºs 5 e 10 da CRP e 50º do RGCO, aplicável *ex vi* art. 22º da LdC e é incompatível com a garantia de um processo equitativo consagrada nos arts. 20º n.º4 da CRP e 6º da CEDH.

A interpretação dos números 1, 3 e 4 do art. 26º da LdC no sentido de que a AdC não está obrigada a transmitir e facultar na íntegra os resultados de todas as diligências complementares de prova, incluindo os elementos de prova de natureza exculpatória e favoráveis à defesa torna tais preceitos materialmente inconstitucionais por violação dos arts. 20º n.º4 e 32º n.ºs 1, 5, 7 e 10 da CRP.

Tal determina a nulidade da decisão proferida, o que arguiu.

4.3. Outras nulidades e inconstitucionalidades (subsidiariamente)

No passado a AdC tem defendido, invocando para o efeito o Assento n.º 1/2003, que em processo contra-ordenacional não se verificam nulidades insanáveis. Tal não é porém, afirmado no referido Assento e não resulta do mesmo.

Por outro lado as nulidades suscitadas e que já foram suscitadas em sede de resposta à última nota de ilicitude, são nulidades que afectam directamente a decisão, nos termos do disposto no art. 122º do CPP.

A nulidade da nova nota de ilicitude na parte em que volta a acusar as arguidas pelos factos constantes da anterior nota de ilicitude complementar projecta-se sobre a decisão na medida em que vem a sancionar as arguidas pelos mesmos factos que constavam da nota de ilicitude complementar e voltaram a ser incorporados na nova nota de ilicitude. Da mesma forma as nulidades relativas aos meios de obtenção de prova, designadamente quanto às buscas e apreensões de 13/07/04 e pedidos de informação efectuados pela AdC, na medida em que as conclusões da decisão quanto à matéria de facto resultam essencialmente do resultado dessa diligência.

4.3.1. Ilegalidade da Nova Nota de Ilicitude

**Tribunal do Comércio de Lisboa****3º Juízo**Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

A nova decisão viola os mesmos preceitos que fundamentaram a invalidação da anterior nota de ilicitude complementar.

Resulta do despacho de 12/02/08 que a AdC não pode, pelo menos neste processo, posteriormente à nota de ilicitude, modificar o teor das acusações ali proferidas contra as arguidas.

A interpretação do despacho defendida pela AdC incorre em confusão, já que o mesmo não incide sobre meios de prova mas sim sobre a condução do processo pela AdC e sobre o modo como foi efectuada a delimitação dos factos objecto de acusação.

Após o despacho de 12/02/08, a única acusação válida nestes autos consiste nos factos constantes da primitiva nota de ilicitude (envio de circulares em Novembro/Dezembro de 2003).

O facto de a lei permitir diligências complementares de prova em sede de instrução não significa que nessa fase os factos da acusação, definidos na nota de ilicitude possam ainda ser alterados. O facto de, após ser alterada a acusação, ser concedido novo prazo de defesa não é argumento, pois em processo equitativo e justo o arguido só se defende uma vez, no pressuposto de que a nota de ilicitude concentra toda a matéria de facto sobre a qual há indícios de ilícito.

Não é possível a sucessiva emissão de notas de ilicitude, que não só instrumentalizaria os direitos de defesa como dificultaria a própria tarefa da AdC.

A AdC tem amplos poderes de investigação durante o inquérito que, no caso dos autos usou amplamente, não está sujeita a qualquer prazo limite de conclusão do inquérito, exceptuada a prescrição do procedimento contra-ordenacional.

Nada obrigava a AdC a formular uma nota de ilicitude logo em Agosto de 2004, nomeadamente nela não incluindo todos os elementos de que tinha já então conhecimento ou suporte documental em seu poder.

Não pode haver alterações sucessivas da acusação, aproveitando-se a defesa das arguidas para reformular os factos, rectificando as deficiências do seu próprio inquérito.

Por outro lado esta tese inutiliza potencialmente o direito de impugnação judicial.

A Nota de Ilicitude Complementar e a primeira decisão de 2005 não foram declaradas nulas pela existência de obstáculos processuais removíveis, tendo-o sido por o tribunal ter entendido que não pode haver mais de uma nota de ilicitude.

**Tribunal do Comércio de Lisboa****3º Juízo**Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

4.3.2. Nulidade da nova nota de ilicitude por ausência de fundamento legal

A nova nota ilicitude é um acto nulo por corresponder a um acto não previsto na lei, uma vez que o acto previsto nos arts. 25º n.º1, al. b) e 26º n.º1 da LdC já havia sido praticado pela AdC com a emissão da nota de ilicitude de 26/08/04.

A LdC prevê claramente uma fase de inquérito e uma fase de instrução.

No caso concreto, aberta a instrução, exercido o direito de defesa e realizadas as diligências complementares a AdC reconverteu a instrução em inquérito, proferiu nova acusação e voltou a abrir nova instrução.

Novamente a AdC voltou a alterar a nota de ilicitude inicial utilizando abusivamente, quer a defesa das arguidas, quer informações e documentos que já tinha em seu poder desde 13/07/04 e que não utilizou na nota de ilicitude de Agosto de 2004.

A lei não permite o retorno à fase de inquérito ou reabertura da instrução no mesmo processo, sendo que terminado o inquérito e realizada a instrução o acto seguinte é a decisão final prevista no art. 28º da LdC e nunca nova notificação de encerramento de inquérito e abertura de instrução.

A nova nota de ilicitude é um acto nulo por falta de fundamento legal, devendo a AdC obediência ao princípio da legalidade.

4.3.3. Nulidade da nova nota de ilicitude por violação dos princípios da acusação e do *ne bis in idem*

Ao encerrar a fase de inquérito notificando as arguidas da primitiva nota de ilicitude, a AdC procedeu tacitamente ao arquivamento dos autos quanto a todos os factos e meios de prova que então desconsiderou, ficando precluída a possibilidade de voltar a proceder quanto a estes.

A notificação da nota de ilicitude cria para a Autoridade, dois deveres: o de decidir quanto a essa acusação e a esses factos e o de não reincidir novas acusações sobre aqueles factos ou sobre aqueles que podia e devia ter investigado, que estivessem em relação de identidade ou continuidade com os primeiros.

Admitir que se complemente uma nota de ilicitude previamente notificada ou a substituição integral da mesma seria defraudar o princípio *ne bis in idem*, permitindo à entidade acusatória desistir da acusação em fase de decisão e recomeçar abonada com os meios de defesa entretanto deduzidos. Há que assegurar a tutela da confiança dos acusados de que foram objecto de uma investigação legítima e apropriada em todas as suas incidências.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

Tendo sido incluídos na nova nota de ilicitude factos não vertidos na nota de ilicitude primitiva, única validamente deduzida (nºs 719 a 771 e 784 a 792), a decisão recorrida é nula – art. 29º nº5 da CRP.

4.3.4. Nulidade da nova nota de ilicitude por violação dos deveres de boa-fé e lealdade processual e dos direitos de audição e de defesa das arguidas

A nova nota de ilicitude viola o art. 6º-A do CPA, aplicável *ex vi* art. 19º do RGCO, tendo a AdC incorrido em abuso de processo ao invocar, para concentrar numa nova nota de ilicitude todos os factos e meios de prova constantes do processo, o despacho do TCL que lhe censurou, precisamente tal concentração fáctica.

Por outro lado a AdC usou como fundamento da nova nota de ilicitude elementos documentais que lhe foram fornecidos na fase instrutória com advertência e reserva específica de que só poderiam ser usados no quadro da infracção primitivamente notificada, pelo que violou o dever de boa-fé a que qualquer órgão da administração está sujeito nos termos do disposto no art. 266º nº2 da CRP.

4.3.5. Inconstitucionalidade por violação dos arts. 2º, 20º nº4, 29º nº5, 32º nºs 5 e 10 e 266º nº2 da CRP

A interpretação feita pela AdC dos arts. 25º a 28º da LdC é inconstitucional, por violação da garantia constitucional de um processo equitativo, assente na igualdade de armas e lealdade processual – art. 20º, nº4 da CRP; por contrariar o princípio da boa fé previsto no art. 266º nº2 da CRP; por violação do princípio *ne bis in idem* previsto no art. 29º nº5 da CRP; por violação dos princípios da acusação e defesa, previstos nos arts. 32º nºs 5 e 10º, corolários do princípio do Estado de Direito previsto no art. 2º também da CRP.

4.4. Ilegalidade na obtenção de provas (diligências de busca e apreensão e pedidos de informação formulados às arguidas)

4.4.1. Nulidade das buscas e apreensões de 13/07/04

4.4.1.1. Violação do direito à reserva da intimidade da vida privada

São usados como meios de prova na decisão agendas e extractos bancários pessoais de legais representantes das arguidas cuja apreensão violou direitos pessoais básicos reconhecidos pelo art. 26º da CRP.

A apreensão e divulgação no processo de agendas pessoais e de extractos bancários de pessoas físicas violou gravemente a intimidade e reserva dos respectivos titulares que contêm anotações e entradas pessoais, devendo tais elementos de prova ser anulados.

**Tribunal do Comércio de Lisboa****3º Juízo**Av. D. João I 1, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

Mais as normas dos arts. 17º n.º1, al. c), 25º n.º1 e 26º, n.ºs 1 e 3 da LdC, na interpretação de que é permitido à AdC apreender e utilizar como meio de prova apontamentos de agendas pessoais e extractos bancários pessoais é inconstitucional por violação dos arts. 26º n.ºs 1 e 2 e 32º n.º8 da CRP.

4.4.1.2. Intromissão abusiva na correspondência ou telecomunicações

A AdC, nas buscas realizadas em 13/07/04 apreendeu documentos enviados por telecópia, os quais estão abrangidos pela proibição de intromissão na correspondência e telecomunicações, cuja apreensão ultrapassou o disposto no art. 34º n.º4 da CRP, não sendo a sua valoração como elementos de prova admissível. Tal intromissão é absolutamente proibida em processo contra-ordenacional atento o disposto no art. 42º do RGCO.

Não é legítima a distinção entre correspondência aberta ou fechada, devendo a prova em questão ser considerada nula e proibida a sua utilização.

A interpretação do art. 17º, n.º1, al. c) da LdC no sentido de que esta norma permite à AdC em processos contra-ordenacionais a apreensão de correspondência aberta ou a intromissão nas telecomunicações é inconstitucional por violação dos arts. 12º n.º2 e 34º n.º4 da CRP.

4.4.2. Nulidade da prova obtida mediante os pedidos de informação formulados pela AdC em 20/10/04, 05/11/04 e 25/11/04

A AdC volta a considerar na decisão não apenas a matéria de facto constante dos actos processuais declarados nulos pelo Tribunal de Comércio como os meios de prova que ali se invocavam, nomeadamente sustentando boa parte da decisão nas respostas dadas pelas arguidas aos pedidos de informação que lhes formulou.

4.4.2.1. Falta de indicação do objectivo dos pedidos

Os pedidos de informação formulados pela AdC são inválidos porquanto não continham qualquer indicação de qual o objectivo pretendido pela mesma, em desrespeito pelo art. 18º da LdC. Também não foi indicado o disposto no art. 26º da LdC, só o sendo na decisão, tudo provocando nulidade dos elementos obtidos em resposta aos mesmos.

4.4.2.2. Fixação de prazo de resposta inferior ao legal sem fundamentação

Os dois primeiros pedidos de informação fixaram como prazo de resposta 5 dias úteis e, o último, 3 dias úteis.

O art. 18º n.º2 da LdC prevê um prazo para o efeito de 30 dias, salvo se, por decisão fundamentada, for fixado um prazo diferente.

No caso a fundamentação aduzida foi de que os elementos solicitados não revestiam grande complexidade de compilação e tratamento, o que constitui uma



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.ª Juíza

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

fórmula abstracta não concretizada que não cumpre o requisito formal previsto no art. 18.º, causando a sua invalidade.

4.4.2.3. Impropriedade da base jurídica em que os pedidos se sustentaram

Os poderes previstos no art. 17.º da LdC apenas podem ser usados durante a fase do inquérito. A fase em que foram formulados foi a fase de instrução, pelo que por força do princípio da legalidade em matéria de processo contra-ordenacional, os pedidos foram invalidamente formulados, determinando a inadmissibilidade da prova obtida por meio dos mesmos.

4.4.2.4. Violação do princípio *ne bis in idem*

Os pedidos de informação foram dirigidos às arguidas já após a notificação da nota de ilicitude e após estas formularem as respectivas defesas, sendo que as informações fornecidas foram instrumentais ao alargamento temporal dos factos acusados.

Os elementos pedidos foram-no já em fase de instrução sendo que sobre a AdC impendia o dever de analisar, no final da fase de inquérito, os elementos de prova recolhidos e ajuizar da sua suficiência ou insuficiência.

Os pedidos de informação estão claramente relacionados com os elementos recolhidos nas buscas, não havendo qualquer razão para que a AdC fizesse uso dos seus poderes na fase de inquérito.

Os meios de prova obtidos através de pedidos de informação dirigidos às arguidas após a apresentação de defesa pelas mesmas são nulos por violação do princípio *ne bis in idem* uma vez que o exercício desse poder pela AdC deveria ter sido utilizado na fase processual de inquérito.

4.4.2.5. Recurso a ameaça ilícita

O pedido de informações dirigido às arguidas foi efectuado sob ameaça de coima não excedente a 1% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que participaram na infracção. A moldura aplicável, nos termos do n.º 3 do art. 43.º da LdC é de 1% do volume de negócios do ano anterior para cada uma das empresas, pelo que a advertência aumentou ilicitamente a coima aplicável como meio de coacção. A AdC alega ter-se tratado de lapso, mas tratou-se de prática repetida por várias vezes após advertido pelas arguidas na resposta à NIC, ao longo de 8 meses.

Embora a letra da lei desminta a coima advertida, a sanção aplicável é um dos elementos que a lei impõe à AdC faça constar do pedido de informações e elementos, pelo que nos termos do art. 126.º, n.º 2, al. d) do CPP, aplicável *ex vi* art. 41.º do RGCO e 22.º n.º 1 da LdC, a prova assim obtida é legalmente inadmissível.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1126/09.0TYLSB

4.4.2.6. Utilização de meios enganosos para obtenção de prova

A AdC, ao solicitar os elementos adicionais violou o princípio da boa-fé e lealdade processual que deve nortear as suas relações com as empresas, previstos no art. 6º-A do CPA, aplicável nos termos do art. 19º da LdC, obtendo provas por meios enganosos, por ter solicitado informações com base em poderes de inquérito num processo já em fase de instrução, sem informar o exacto objectivo do pedido, restringindo o prazo para a satisfação do pedido sem qualquer fundamento e por fazer crer que as informações prestadas não seriam utilizadas contra si, já que ressaltou expressamente tal na satisfação do pedido e a AdC os utilizou sem qualquer referência a esta, o que torna as provas assim obtidas nulas.

4.5. Violação dos direitos de defesa e audição das arguidas – art. 50º do RGCOC

Seguindo a jurisprudência do Assento nº 1/2003, a nota de ilicitude que está na base da decisão ora proferida é nula porquanto omite qualquer referência à sanção aplicável, quer em abstracto, quer em concreto pela indicação dos volumes de negócio a ter em conta, não contém quaisquer factos que permitam determinar a que título as práticas ilícitas são imputadas, se a título de dolo, se de negligência, e ainda por não conter quaisquer factos que permitam concluir pela natureza permanente da infracção imputada, qualificação dada pela NNI, uma vez que apenas são imputadas infracções por objecto e não por efeito.

4.6. Prescrição

A decisão sancionou factos ocorridos entre Dezembro de 2000 e Janeiro de 2001, entre Julho e Agosto de 2001 e entre Dezembro de 2001 e Janeiro de 2002.

Nenhum destes factos foi imputado a qualquer das recorrentes na 1ª Nota de Ilicitude que apenas se refere a factos entre Novembro e Dezembro de 2003.

Na data em que as recorrentes foram notificadas da 2ª Nota de Ilicitude (NIC), em 31/12/04 o procedimento contra-ordenacional encontrava-se prescrito em relação a todos os factos praticados até Dezembro de 2001, já que eram puníveis pelo Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, sendo o prazo de prescrição de dois anos, nos termos do art. 27º do RGCOC, na versão então em vigor.

Apenas com a entrada em vigor da Lei nº 109/01 de 24/12 o prazo de prescrição passou a ser de 5 anos, mas deve ser aplicável a disposição anterior, por ser a concretamente mais favorável.

A AdC qualificou a infracção como continuada na NIC, vindo, porém, na decisão de 19/09/05 a abandonar essa qualificação, passando a imputar a



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João I, N.º 1, 08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 1126/09.0TYLSB

infracção como permanente entre Dezembro de 2000 e Agosto de 2004, qualificação que manteve na 3.ª Nota de Ilícitude (NNI).

Uma vez que não foram invocadas quaisquer efeitos das alegadas e imputadas práticas concertadas, à luz da jurisprudência do TCL não se tratou de qualquer infracção permanente mas sim de várias infracções instantâneas o procedimento contra-ordenacional está, efectivamente, prescrito quanto a todas as infracções cometidas até Dezembro de 2001, o que não foi tido em conta na decisão e na medida da coima.

*

5. Cerealis – Moagens, SA e Cerealis – Produtos Alimentares, SA - fls. 7257 e ss. (processo em papel):

5.1. Nulidade da 3.ª Nota de Ilícitude e da Decisão de 2009 por violação de trânsito em julgado da decisão do TCL no processo nº 1648/05.2TYLSB

A 3.ª Nota de Ilícitude e a decisão de 2009 padecem dos mesmos vícios que levaram à declaração de nulidade da 2.ª Nota de Ilícitude pelo TCL.

A AdC viola frontalmente a decisão do TCL de 12/02/08 invocando a sua missão e substituiu a 2.ª Nota de Ilícitude, quando a 1.ª Nota de Ilícitude não havia sido declarada nula, obrigando as arguidas a defenderem-se de três notas de ilícitude.

A 3.ª Nota de Ilícitude e a decisão subsequente violam o disposto no art. 205.º da CRP, bem como o princípio constitucional do direito a um processo justo assente na igualdade de armas.

Invoca-se a violação dos arts. 1.º, 2.º, 18.º, 20.º, 29.º, 32.º, 111.º n.º1 e 205.º n.º2 da CRP, 50.º e 79.º n.º1 do RGCO e 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e *ex vi* art. 41.º do RGCO, nos termos dos arts. 119.º e 120.º do CPP, a nulidade da 3.ª Nota de Ilícitude, que se entende resultar também do disposto no art. 379.º n.º1, al. c) *in fine* do CPP.

A interpretação conjugado dos arts. 25.º e 26.º da LdC no sentido de que a AdC pode adoptar uma nota de ilícitude e uma decisão final padecendo dos mesmos vícios de outra anteriormente adoptada no mesmo processo e declarada nula por despacho do Tribunal transitado em julgado é inconstitucional por violação dos arts. 1.º, 2.º, 18.º, 20.º, 29.º, 32.º e 205.º n.º2 da CRP.

Acresce que se tratou de uma opção consciente estratégica da AdC, como resulta dos autos.

5.2. Incompetência das instrutoras para a adopção da 3.ª Nota de Ilícitude ao abrigo do disposto no art. 25.º n.º1 al. b) da LdC e nulidade processual gerada:



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08 01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax. 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 1126/09.0TYLSB

A Nota de Ilicitude foi adoptada por duas instrutoras da AdC e não pelo Conselho.

O Conselho da AdC é o órgão da mesma que tem competência para adoptar a decisão prevista no art. 25º n.º1, al. b) da LdC, ou seja a Nota de Ilicitude, nos termos do art. 17º n.º1, al. a) dos respectivos Estatutos, o que não sucedeu no caso concreto, não sendo permitida a delegação de poderes para a prática deste acto.

Trata-se de vício tempestivamente arguido, na resposta à 3ª Nota de Ilicitude caso não se entenda tratar-se de nulidade e sim de irregularidade.

A interpretação conjugada dos arts. 25º n.º1, al. b) da LdC e 11º do Decreto Lei nº 10/2003 no sentido de que as instrutoras do processo podem, sem que tais poderes lhe tenham sido expressamente conferidos pelo Conselho da AdC, e sem identificação da norma que habilita os membros do Conselho a conferirem tais poderes, adoptar uma decisão nos termos do art. 25º n.º1, al. b) da LdC, sem qualquer menção nesta de delegação de poderes, é inconstitucional por violação dos arts. 1º, 2º, 20º n.º4, 266º e 268º da CRP.

Na resposta da AdC foi mencionada a existência nos autos de elementos (fls. 8518-A a 8518-A1) que comprovam o conhecimento e aprovação da Nota de Ilicitude pelo Conselho, elementos esses que não constavam nos autos quando as arguidas consultaram o processo com vista à resposta à 3ª Nota de Ilicitude, igualmente não constando das cópias do processo que então pediram e lhes viram concedidas.

Tais elementos apenas foram juntos ao processo após a arguição pelas arguidas da falta de competência das instrutoras, sem que tal junção tenha sido dada a conhecer. Esta conduta da AdC afecta a fé pública do processado. As arguidas requereram que a AdC renumerasse as folhas de acordo com a sua sequência temporal de junção, sob pena de violação do disposto nos arts. 50º do RGCO e 32º n.º10 da CRP, o que não veio a suceder, e o que viola o direito a um processo justo e equitativo.

5.3. Não acesso, para efeitos de resposta à 3ª Nota de ilicitude, às folhas numeradas como 8518-A a 8518-A1 e nulidades processuais geradas

A junção tardia de fls. 8518-A a 8518-A1 afectou a defesa na medida em que as arguidas não puderam fazer uso dos referidos documentos em sede de resposta à 3ª NI, sendo elementos que confirmam que a AdC ao adoptar esta 3ª nota de ilicitude não agiu em conformidade com a decisão anterior do Tribunal de Comércio de Lisboa. Esta conduta da AdC violou a lealdade processual e obstou a que as arguidas ficassem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão o que é sancionado com nulidade.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 1126/09.0TYLSB

Os elementos em causa apenas foram juntos aos autos após a resposta das arguidas à 3ª NI e evidenciam que a 3ª NI e Decisão subsequente violam frontalmente a decisão do Tribunal de 12/02/09.

A NI é assim nula por violação do art. 50º do RGCOC, 32º nº10 da CRP e art. 6º da CDH.

5.4. Sonegação às arguidas de diligências complementares de prova levadas a cabo oficiosamente pela AdC e nulidade processual assim gerada.

Foram sonegadas às arguidas e não juntas aos autos diligências de prova levadas a cabo no âmbito dos autos – o auto de declarações redigido a 14 de Maio de 2008 pelas instrutoras do processo em que foi inquirido o Dr. José Manuel Lobo D'Ávila Esteves de Aguiar, que não consta dos autos.

Foi oficiosamente inquirida uma testemunha, após a prolação do despacho do TCL e a adopção da 3ª NI e o respectivo auto de declarações não foi junto aos autos, sendo que tal inquirição versou sobre matéria dos autos e que o depoente apresentou argumentos que favorecem a defesa.

Trata-se de um comportamento inadmissível que deve levar à nulidade de todo o processado e revela um uso abusivo e contrário à lei dos poderes confiados à AdC, omitindo elementos favoráveis à defesa do processo e postergando, formal e materialmente o princípio do processo justo e equitativo.

Tal acarreta nulidade nos termos dos arts. 20º nº4 e 32º nº 10 da CRP, 6º da CEDH e 50º do RGCOC.

A interpretação dos arts. 50º do RGCOC e 25º nº1, al. a) da Lei nº 18/2003 no sentido de que a AdC pode levar a cabo diligências complementares de prova cujo teor é materialmente favorável à defesa sem as juntar aos autos é inconstitucional por violação dos arts. 18º, 20º nº4 e 32º nº10 da CRP.

5.5. Extinção da alegada responsabilidade contra-ordenacional jusconcorrencial por prescrição do procedimento

A alegada concertação segundo a decisão, deu-se pelo menos desde Dezembro de 2000 até Agosto de 2004, tendo sido qualificada como permanente e tendo por objecto a fixação uniforme de tabelas de preços, ou seja, qualificada como infracção por objecto e não por efeito.

Trata-se de uma infracção de mera actividade, de perigo que se consuma na data de início da alegada prática concertada, ou seja, Dezembro de 2000.

Nessa data encontrava-se em vigor o Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, o qual se regia, em matéria de prescrição, pelo RGCOC.

Tendo o processo sido aberto em 15/01/04, aplicando o regime mais favorável – decorrente do RGCOC na versão anterior à redacção dada pelo



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 1126/09.0TYLSB

Decreto Lei nº 109/2001 – o prazo de prescrição é de dois anos, pelo que a alegada infracção prescreveu em Dezembro de 2002.

5.6. Falta de determinação do tipo de imputação subjectiva e das sanções eventualmente aplicáveis e nulidade da 3ª nota de ilicitude assim gerada

A 3ª nota de ilicitude é omissa quanto ao elemento subjectivo do tipo de ilícito bem como quanto às eventuais sanções aplicáveis à Cerealis Moagens e Cerealis Produtos Alimentares.

Não é admissível defender, como o faz a AdC que a moldura aplicável se encontra definida na lei, uma vez que não está prevista a aplicação de sanção ou das sanções acessórias previstas na LdC.

Mais acresce que à data da prática dos ilícitos estava em vigor o Decreto Lei nº 371/93, que estabelecia um regime diverso.

Da leitura da nota de ilicitude não resulta se a conduta lhes é imputável a título doloso ou negligente, contrariamente ao sustentado na decisão.

Os parâmetros da responsabilidade infraccional dolosa e negligente são diferentes e tal omissão condiciona a respectiva defesa, o que, à luz do entendimento de que, em direito contra-ordenacional a nota de ilicitude equivale à acusação e da jurisprudência firmada no Assento nº 1/2003 gera a nulidade prevista no art. 119º al. c) do CPP, nos termos do disposto no art. 283º nº3 do CPP, aplicável *ex vi* art. 41º do RGCOC.

Também o facto de não ser referida a sanção eventualmente aplicável às arguidas gera também nulidade da nota de ilicitude, de acordo com o assento nº 1/2003 e art. 50º do RGCOC.

Tal nulidade afecta todo o processado posterior, nomeadamente a decisão proferida.

A norma resultante da interpretação conjugada dos arts. 25º nº1, al. b) e 26º da LdC e 50º do RGCOC no sentido de que a AdC pode omitir na nota de ilicitude se a alegada infracção é imputável a título de dolo ou negligência e/ou omitir quais as sanções aplicáveis é inconstitucional por violação dos arts. 18º, 20º nº4 e 32º nºs 2, 5 e 10.

5.7. Preterição do direito ao silêncio das arguidas e do seu direito à não auto-incriminação e proibição/nulidade da prova assim obtida

A AdC efectuou por várias vezes ao longo do processo e após a apresentação de defesa relativamente à primeira nota de ilicitude, sob pena de aplicação de coima.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João I I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunaais.org.pt

Proc.N.º 1126/09.0TYLSB

Após o despacho proferido nestes autos a AdC voltou a fazer uso desses elementos disponibilizados à AdC sob ameaça de coima para ampliar o período temporal da alegada concertação das arguidas.

Os arguidos têm direito ao silêncio e, em particular o direito a não participar na recolha e formação de prova quanto a si, sendo os arts. 61.º n.º1, al. c) e 191.º n.º1 do CPP aplicáveis em processo de contra-ordenação.

A norma que resulta da interpretação conjugada dos arts. 17.º n.º1, al. a), 18.º e 43.º n.º3 da LdC no sentido de obrigar o arguido a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, determinadas informações ou documentos é inconstitucional por violação dos arts. 1.º, 2.º, 20.º, n.º4 e 32.º n.ºs 2, 8 e 10 da CRP.

Uma vez que a opção de prever determinadas infracções como criminais ou contra-ordenacionais é do legislador, os direitos processuais em ambos os procedimentos devem ser idênticos, intenção essa reforçada pelo teor literal do n.º 10 do art. 32.º da CRP.

Todas as provas obtidas no presente processo com base nos arts. 17.º n.º1, al. a), 18.º e 43.º da LdC são nulas por aplicação dos arts. 20.º n.º4 e 32.º n.º10 da CRP e 126.º n.º1 e n.º2, al. d) do CPP, aplicável *ex vi* art. 41.º do RGCOC, pelo que não podem ser utilizadas contra as arguidas, sendo tal nulidade de conhecimento oficioso.

5.8. Invocação tardia de documentação constante do processo desde Julho de 2004 e nulidade processual gerada

Na 3.ª Nota de Ilicitude a AdC faz uso de elementos de prova de que já dispunha quando deduziu a 1.ª nota de ilicitude mas que aí não mencionou, designadamente o fax de fls. 494 a 496 dos autos e as notas retiradas das agendas dos administradores das co-arguidas, documentos considerados confidenciais.

As arguidas não tiveram a possibilidade de se pronunciarem quanto aos documentos e seu contexto e a sua invocação tardia comprometeu a sua defesa por não se terem podido socorrer de argumentos que pudessem contrariar o teor dos documentos em causa.

Esse comportamento foi censurado pelo tribunal e foi um dos argumentos que levou à declaração de nulidade da 2.ª nota de ilicitude.

Tal comportamento não é compatível com os princípios da boa-fé e lealdade processual, tendo violado o disposto nos arts. 20.º n.º4, 32.º n.ºs 2 e 10 e 205.º n.º2, todos da CRP, 50.º do RGCOC e 6.º da CEDH e gera nulidade.

A interpretação conjugada dos arts. 25.º e 26.º da LdC, em articulação com o art. 50.º do RGCOC, no sentido de que a AdC pode, em procedimento contra-ordenacional, não disponibilizar à arguida todos os elementos que constam do



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

processo, especificamente em sede de resposta à 1.ª nota de ilicitude, guardando elementos de prova para uma 3.ª nota de ilicitude é inconstitucional por violação dos arts. 1.º, 2.º, 18.º, n.º 2, 20.º n.º 4 e 32.º n.ºs 2, 5 e 10 da CRP.

5.9. Violação do princípio da concentração da acusação e consequente nulidade processual

O princípio da acusação funciona como garantia de imparcialidade e garantia de defesa do arguido, uma vez que a partir desta peça sabe quais os factos dos quais tem que se defender não podendo ser surpreendido com novos factos ou novas perspectivas para os quais não estruturou a sua defesa.

No caso a AdC promoveu oficiosamente actos de investigação em momento posterior à notificação da 1.ª nota de ilicitude.

Formulou uma 3.ª nota de ilicitude após a decisão proferida pelo Tribunal de Comércio, nela reintroduzindo os elementos mais amplos que não constavam na 1.ª nota de ilicitude.

As instrutoras do processo, que adoptaram a 3.ª nota de ilicitude que substitui a primeira não têm competência material indirecta, no sentido de competência delegada pelo órgão legalmente competente, para substituir a 1.ª nota de ilicitude anteriormente adoptada pelo Conselho da AdC.

Não há previsão legal para a possibilidade de formulação de uma segunda e terceira acusações.

Por outro lado ao permitir que a autoridade administrativa esteja sucessivamente a corrigir a sua acusação na sequência da defesa do arguido e aproveitando factos ou meios de prova que já eram conhecidos no momento em que foi elaborada a acusação inicial, tal conduta viola o princípio da concentração da acusação e a garantia do arguido de se poder defender, num só momento e de forma global e unitária em relação à totalidade da pretensão condenatória da autoridade administrativa.

A 3.ª nota de ilicitude é assim nula por violadora dos direitos de defesa do arguido consagrados no arts. 32.º n.º 10 da CRP e 50.º do RGCO, o que afecta todos os actos subsequentes.

A norma resultante da interpretação conjugada dos arts. 25.º e 26.º da LdC no sentido de que a AdC pode, no mesmo processo, formular várias acusações (ainda que alegando que uma substitui ou revoga a outra) e sendo o arguido sujeito a decisão final com base nessa segunda acusação, é inconstitucional por violação dos arts. 1.º, 2.º, 20.º n.º 4 e 32.º n.ºs 5 e 10, todos da CRP.

*

6. Carneiro, Campos & Cia., SA - fls. 7679 e ss. (processo em papel):



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 1128/09.0TYLSB

6.1. Inadmissibilidade da nota de ilicitude de substituição e consequente nulidade da decisão

Foi proferido nos autos, relativamente à decisão subsequente à 2ª nota de ilicitude formulada uma decisão declarando a nulidade da 2ª nota de ilicitude, por violação do disposto no art. 20º nº4 da CRP, a qual transitou em julgado.

A AdC, protestando cumprir a decisão não se coíbe de comentar tal decisão e volta a fazer o que foi censurado, pelo que a nulidade que feriu a segunda nota de ilicitude fere também esta, nos termos do art. 20º nº4 da CRP.

6.2. Inconstitucionalidade do art. 17º nº1, al. a) da LdC

O art. 17º nº1, al. a) e 18º da LdC são inconstitucionais quando interpretados no sentido de que a AdC pode deitar mão aos poderes aí previstos na pendência de uma nota de ilicitude em processo contra-ordenacional com vista a acusar a arguida de factos pelos quais anteriormente não se encontrava acusada, sob pena de violação dos arts. 2º, 20º nº4 e 32º nº10, todos da CRP e art. 6º da CEDH.

Já tinha sido proferida a 1ª nota de ilicitude quando foi notificada para prestar informações sob pena de incorrer em coima, que satisfez, por cooperação e receio da aplicação de nova coima, tendo sido com base nas informações por si fornecidas que veio a ser acusada por factos não constantes da nota de ilicitude inicial.

A AdC não revelou qual o objectivo do pedido de informações, nomeadamente não dizendo que tal pedido tinha por objectivo acusá-la por factos pelos quais não se encontrava acusada, violando o princípio da confiança ínsito no Estado de Direito.

Tal conduta viola os direitos de defesa do arguido em processo contra-ordenacional bem como o direito a um processo equitativo e justo.

O direito de defesa abrange o direito ao silêncio, que fica posto em causa com a ameaça de aplicação de uma coima.

6.3. Caso julgado

Os factos em causa são em grande medida baseados nos meios de prova em que se baseou a nota de ilicitude complementar e coincidentes com os factos constantes dessa nota de ilicitude, cuja nulidade foi declarada pelo Tribunal de Comércio de Lisboa, sobretudo pela forma e métodos usados pela AdC.

Não concordando com a decisão a AdC deveria ter interposto recurso da mesma, o que não fez.

Assim a decisão transitou em julgado pelo que a nota de ilicitude subsequente viola o princípio do *ne bis in idem*.

6.4. Litispendência



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1126/09.0TYLSB

A AdC substituiu a nota de ilicitude inicial, a qual, complementada, deu origem à decisão final que já foi proferida pelo 1º Juízo.

Quando o processo lhe foi devolvido a AdC apenas podia proferir uma decisão com base na nota de ilicitude inicial, a qual não podia reescrever por ter perdido, nesta parte, o poder de direcção e de tutela do processo.

Pende ainda uma acção judicial que aprecia a mesma matéria em causa nestes autos (litispendência) que é impeditiva quer da nova nota de ilicitude quer da decisão ora proferida que, também por essa razão, é nula.

*

7. Eduardo e Artur Grilo Pereira, Lda e Pitorro – Moagem de Cereais, SA – fls. 7718 e ss. (processo em papel):

7.1. Nulidade por mau procedimento administrativo

As arguidas foram notificadas em 2004 de uma nota de ilicitude e, nos termos legais, não deveria existir nenhum outro acto de índole acusatório, mas apenas produção de prova e posterior decisão administrativa.

O Tribunal de Comércio, de forma clara declarou a nulidade da segunda nota de ilicitude proferida e dos meios de prova carreados para a mesma.

A AdC emitiu nova nota de ilicitude sem revogar qualquer das anteriores, violando a lei e desprezando o despacho judicial, pelo que a nova nota de ilicitude é nula por mau procedimento administrativo e violação de lei, nulidade que se invoca devendo a nota de ilicitude complementar em obediência ao despacho proferido no proc. Nº 1648/05.2TYLSB ser declarada nula salvando-se apenas a primeira nota, as respostas que esta teve e os meios de prova carreados pelas arguidas e que foram produzidos no âmbito das respectivas defesas.

As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades nos termos do disposto no art. 205º nº2 da CRP, não havendo qualquer excepção para a AdC.

Verifica-se também o vício da incompetência por carência de preceito legal que consinta que a AdC profira notas de ilicitude posteriores à primeira.

*

A AdC, na resposta às alegações das arguidas elaborada ao abrigo do disposto no art. 51º nº1 da AdC veio pronunciar-se quanto às nulidades e questões prévias invocadas, nos seguintes termos:

1. Nulidade da nova nota de ilicitude em razão da violação do princípio do caso julgado, da inadmissibilidade legal da respectiva emissão e da verificação de má prática processual

O despacho de 12/02/08 não declarou a nulidade da nota de ilicitude primitiva nem apontou à AdC qual a via legal que deveria ser seguida na



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1126/09.0TYLSB

prossecução do processo contra-ordenacional, não se referindo, em qualquer ponto do despacho a necessidade legal de arquivamento dos autos.

O despacho não fez qualquer referência à existência ao impedimento legal de uso, por parte da AdC e para efeitos de prossecução por parte do processo, das provas obtidas no decurso do processo contra-ordenacional.

A AdC não ignorou o despacho proferido e não replicou o procedimento seguido aquando da emissão da nota de ilicitude complementar (2ª nota de ilicitude).

A nova nota de ilicitude concentra todas as imputações efectuadas a todas as arguidas cumprindo o indicado no despacho de 12/02/08 permitindo às arguidas a defesa concentrada relativa a todas as imputações de facto e de direito que lhe foram dirigidas pela AdC.

A AdC decidiu emitir nova nota de ilicitude com base em três premissas.

Em primeiro lugar para cumprir a orientação vertida no despacho de 12/02/08.

O despacho de 12/02/08 não contém proibição de emissão de nova nota de ilicitude, pelo que não existe violação de caso julgado formal.

Em terceiro lugar o enquadramento legal aplicável aos processos contra-ordenacionais por violação da AdC aponta no sentido da admissibilidade da emissão da nova nota da ilicitude.

Alega, em desenvolvimento deste ponto que a fase de inquérito, nos procedimentos sancionatórios por infracções jusconcorrenciais, prevista no art. 26º nº1 da AdC é uma fase de investigação preliminar de recolha de indícios suficientes de infracção, não sendo equivalente ao inquérito penal e que até à emissão da decisão final a AdC pode exercer todos os poderes de investigação que a lei lhe confere, desde que assegurando o direito de contraditório, uma vez que a lei admite expressamente a realização de diligências complementares de prova.

Em consequência, sempre que as respostas das arguidas ou o resultado das diligências complementares de prova revelem novos elementos que confirmam ao caso um novo enquadramento jurídico ou acrescentem novos factos ou meios de prova a AdC pode e deve dar a conhecer às arguidas esse novo enquadramento para que tenham oportunidade de se pronunciarem.

A emissão de uma nota de ilicitude complementar ou revogatória é, em muitos casos, não só legítima como necessária.

A emissão de nova nota de ilicitude foi já admitida pela jurisprudência nacional e é prática comum no direito comunitário da concorrência, sendo



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

procedimento usado pela Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

É um verdadeiro dever da AdC alterar as imputações que preliminarmente tinha efectuado na nota de ilicitude em função de novos elementos trazidos ao processo através das respostas dos arguidos à nota de ilicitude, das diligências complementares de prova ou por qualquer outro meio lícito, se com isso alcançar uma melhor decisão da causa e um mais eficiente cumprimento da sua missão.

No caso concreto na sequência das respostas das arguidas à nota de ilicitude primitiva a AdC inquiriu as testemunhas indicadas por estas e efectuou novos pedidos de informação, a título de diligências complementares de prova o que trouxe ao processo elementos novos que alteraram o enquadramento fáctico e jurídico do caso, razão pela qual a AdC elaborou a nota de ilicitude complementar, que veio a ser declarada nula pelo tribunal.

Face a esta decisão mas não podendo a AdC demitir-se da sua missão de defesa da concorrência, não podendo auto-limitar os respectivos poderes investigatórios decidiu emitir nova nota de ilicitude em termos que considera conformes aos indicados no despacho de 12/02/08, ou seja a concentração de todas as imputações dirigidas às arguidas.

Defende que a declaração de nulidade da nota de ilicitude não implica a nulidade dos meios de prova obtidos posteriormente à mesma.

Não optou por instaurar um novo processo autónomo por os novos factos se encontrarem em relação de total dependência relativamente aos factos anteriormente conhecidos.

Relativamente ao documento interno da AdC que foi junto a fls. 8518-A verso a 8518-E dele resulta a fundamentação da decisão final de forma transparente resultando terem sido ponderadas todas as hipóteses. Entende, relativamente a tais documentos não resultar qualquer nulidade da sua invocação tardia por não terem comprometido por qualquer forma a defesa das arguidas.

Não é de forma nenhuma evidente que o despacho de 12/02/08 tenha determinado a impossibilidade de acusar por outros factos que não constassem da nota de ilicitude primitiva. O despacho impõe sim que se concentrem todos os factos imputados numa só nota de ilicitude, permitindo a concentração da defesa.

Acrescenta ainda, neste ponto, que quanto à reserva efectuada pelas recorrentes Gérmén, Ceres e Granel na resposta aos pedidos de informação, não cabe às destinatárias de tais pedidos decidir que uso será dado às informações em processo contra-ordenacional.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

*

2. Violação do princípio da acusação

Reproduzindo em muito alguns dos argumentos relativos à possibilidade de dedução de notas de ilicitude complementares ou substitutivas a AdC defende que o princípio do acusatório não pode ser importado para o processado contra-ordenacional e defende que o art. 26º nº4 da LdC não estabelece quaisquer limites à possibilidade de a AdC realizar diligências complementares de prova desde que seja observado o contraditório, que garante o direito de defesa dos arguidos.

*

3. Litispendência

A alegação de litispendência faz uma errónea interpretação do instituto e incorre em confusão sobre a sindicância judicial dos processos de natureza contra-ordenacional.

O despacho de 12/02/08 declarou a nulidade da nota de ilicitude complementar e esgotou o poder jurisdicional do tribunal que devolveu o processo à autoridade a qual retomou a instrução que terminou com a prolação da decisão ora recorrida, pelo que não se encontra pendente qualquer acção judicial que aprecie a matéria destes autos.

*

4. Nulidade das buscas e apreensões ocorridas em 13 de Julho de 2004

4.1. Nulidade das buscas e apreensões por violação do direito à reserva da intimidade da vida privada

As pessoas colectivas apenas têm os direitos compatíveis com a sua natureza, nos termos do disposto no art. 12º nº2 da CRP, sendo que numa busca a uma empresa apenas haverá que salvaguardar a intromissão na vida privada das pessoas singulares que nelas trabalham ou que a dirigem o que apenas sucederá quando tais documentos sejam meramente pessoais, sem qualquer relação com os cargos desempenhados, o que não sucede com a agenda do representante legal de uma empresa da qual constam os seus afazeres profissionais no exercício dessas funções. Igualmente quanto aos extractos bancários pessoais apreendidos referentes aos movimentos de um cartão de crédito empresarial.

*

4.2. Nulidade das buscas e apreensões por intromissão abusiva na correspondência e nas telecomunicações

A AdC não apreendeu qualquer correspondência, resultando da análise dos arts. 42º do RGCOC e 179º do CPP que está pensado e confinado a



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 1126/09.0TYLSB

correspondência fechada, como resulta de diversa doutrina e como já tem sido decidido pelo Tribunal de Comércio. O que foi apreendido concretamente foi um simples documento arquivado nas instalações da empresa.

5. Nulidade da prova obtida mediante os pedidos de informação formulados pela AdC em 20 de Outubro, 5 e 25 de Novembro de 2004

5.1. Falta de indicação do objectivo dos pedidos

Tanto no primeiro como nos demais pedidos foi expressamente indicado que os mesmos se inseriam no exercício dos poderes sancionatórios da AdC no âmbito de um processo contra-ordenacional e foi indicada a base legal por referência à al. a) do n.º 1 do art. 17.º da LdC.

Foi assim indicada a razão pela qual a AdC necessitava das informações: para instrução de um procedimento de contra-ordenação, identificado, no qual as empresas destinatárias são arguidas, não sendo necessário explicar minuciosamente as razões pelas quais os elementos vão ser necessários ou para o que vão servir ou ser utilizados.

Ainda que se entenda que não foi cumprido o disposto na al. a) do n.º 1 do art. 18.º da LdC tal consistiria numa irregularidade, por não se encontrar expressamente cominado na lei como nulidade, nos termos do art. 118.º do CPP, aplicável *ex vi* art. 41.º do RGCOC, aplicável por via do disposto no art. 22.º n.º 1 da LdC, que se encontra sanada por não ter sido atempadamente arguida nos termos do art. 123.º do CPP.

*

5.2. Fixação de prazo inferior ao legal sem fundamentação

Tendo em conta o disposto no art. 18.º n.º 2 da LdC a AdC pode, mediante decisão fundamentada, fixar prazos inferiores a 30 dias. No caso tendo em conta a natureza dos elementos pedidos (tabelas de preços) foi considerado suficiente o prazo de 5 e 3 dias úteis, constando tal justificação dos pedidos de informação, sendo que se tratavam de elementos que as arguidas são legalmente obrigadas a disponibilizar aos seus revendedores e utilizadores nos termos do art. 2.º n.º 1 do Decreto Lei n.º 370/93 de 29/10, e que não foi pedida qualquer prorrogação e os pedidos foram satisfeitos nos prazos fixados.

Ainda que se entendesse diferentemente tal consistiria numa irregularidade, por não se encontrar expressamente cominado na lei como nulidade, nos termos do art. 118.º do CPP, aplicável *ex vi* art. 41.º do RGCOC, aplicável por via do disposto no art. 22.º n.º 1 da LdC, que se encontra sanada por não ter sido atempadamente arguida nos termos do art. 123.º do CPP.

*



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I 1, Nº 1.08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

5.3. Impropriedade da base jurídica em que os pedidos se sustentaram

Os poderes de inquérito que assistem à AdC podem ser exercidos no âmbito dos procedimentos sancionatórios ou de supervisão durante toda a fase dedicada à investigação, seja no inquérito, seja na instrução, nesta última fase apenas havendo que respeitar o contraditório, o que sucedeu.

Não foi assim indicada a base jurídica errada para os pedidos de informações e, ainda que assim se não entenda, tal consistiria numa irregularidade, por não se encontrar expressamente cominado na lei como nulidade, nos termos do art. 118º do CPP, aplicável *ex vi* art. 41º do RGCO, aplicável por via do disposto no art. 22º nº1 da LdC, que se encontra sanada por não ter sido atempadamente arguida nos termos do art. 123º do CPP.

*

5.4. Violação do princípio do *ne bis in idem*

Uma vez que esta alegação é baseada no facto de os pedidos de informação terem sido solicitados na fase de instrução quando o deveriam ter sido na fase de inquérito, valem para esta arguição os argumentos já enunciados a propósito desta questão.

*

5.5. Recurso a ameaça ilícita

Foi feita, nos pedidos de informação, menção de que o não fornecimento da informação ou o fornecimento incompleto seria punível com coima que não excederia 1% do volume de negócios agregado das empresas que hajam participado na infracção. No entanto, face à redacção do art. 43º nº3 da LdC que menciona que a coima não pode exceder 1% do volume de negócios para cada uma das empresas, tal tratou-se de um lapso constatável com a redacção da letra da lei para a qual expressamente se remeteu

Ainda assim nunca se poderia considerar integrada uma ofensa à integridade moral nos termos do art. 126º do CPP, por esta ser por natureza apenas aplicável às pessoas singulares. É uma disposição não aplicável a pessoas colectivas por o bem jurídico subjacente não ser passível de extensão às pessoas colectivas.

*

5.6. Utilização de meios enganosos para obter prova

A AdC não fez, por qualquer forma, crer que as informações não seriam usadas contra as arguidas para prova de factos não constantes na nota de ilicitude, tendo sido sim as arguidas que em resposta aos pedidos de informação



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

assim o consideraram, de forma irrelevante por tal afirmação não poder condicionar a AdC nem afastar o dever de responder com verdade.

Uma vez que se agiu ao abrigo de um quadro legal conhecido das arguidas se algum erro existiu foi uma errada interpretação da lei por parte destas e não qualquer convicção errónea criada pela AdC.

*

6. Violação do direito ao silêncio

O art. 61º nº1, al. d) do CPP não é aplicável em processo contra-ordenacional por violação das regras da concorrência, uma vez que a LdC contém um regime claro e completo que afasta a aplicação do direito subsidiário, o que já foi afirmado pelo Tribunal de Comércio de Lisboa e se ancora também na diferente natureza do direito contra-ordenacional face ao direito criminal.

Por outro lado os pedidos de informação respeitaram os limites impostos pela jurisprudência Orkem, que tem sido seguida pela jurisprudência nacional, tendo sido solicitados somente elementos de facto, pelo que inexiste qualquer nulidade.

*

7. Incompetência das instrutoras para a adopção da nova nota de ilicitude

O Conselho da AdC é o seu órgão máximo, que dirige os respectivos serviços e tem as competências previstas no art. 17º da LdC.

O Conselho abre os inquéritos e nomeia o técnico ou técnicos responsáveis por toda a fase processual que corre termos na Autoridade, os quais ficam legalmente habilitados, por deliberação do Conselho a praticar todos os actos necessários à condução do processo que não estejam reservados pelos Estatutos ao Conselho.

Os estatutos não reservam ao Conselho competência exclusiva para a emissão e notificação de notas de ilicitude, ao contrário do que sucede com a abertura do inquérito e da decisão final.

Assim sendo as instrutoras nomeadas no despacho do Conselho de abertura do inquérito estavam habilitadas a praticar todos os actos necessários à condução do processo, incluindo a elaboração e notificação da nota de ilicitude, a qual foi aliás aprovada pelo Conselho, conforme fls. 8518-F a 8518-A1 dos autos.

*

8. Numeração de fls. 8518-A e seguintes e não acesso às mesmas para efeitos de resposta à nota de ilicitude



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

O processo foi numerado sequencialmente tendo em consideração a data de produção dos documentos, do que não decorre qualquer violação dos direitos de defesa das arguidas, nos termos dos arts. 50º do RGCOC e 32º n.º10 da CRP.

Também o facto de tais documentos não se encontrarem juntos ao processo aquando da sua consulta pelas arguidas não prejudica os direitos de defesa, já que se trata do projecto de nota de ilicitude submetido à apreciação pelo Conselho e por este aprovado e um documento interno da AdC submetendo à consideração do Conselho a estratégia a seguir nos autos.

Nenhum destes documentos contém qualquer dos elementos necessários para o exercício do direito de defesa ou sobre os quais as arguidas se devessem pronunciar.

Ainda que assim se não entendesse, a existir uma irregularidade, já se encontraria sanada pela circunstância de as recorrentes estarem cientes do teor desses documentos, tendo-se valido desse conhecimento nos recursos interpostos, nos termos do disposto no art. 121º n.º1 al. c) do CPP.

*

9. Sonegação de diligência oficiosa complementar de prova

Relativamente à tomada de declarações ao Sr. Dr. José Manuel Lobo D'Ávila Esteves de Aguiar, o auto não consta dos autos por lapso, o qual se encontra sanado pela junção do referido auto pelas recorrentes.

Compulsado o documento não se torna possível qualificá-lo como inculpatório ou exculpatório, data a total irrelevância das declarações prestadas, sendo que a AdC não adoptou a decisão final com base no teor dessas declarações, o que significa não ter havido, com tal omissão, qualquer compressão do direito de defesa das arguidas.

Ainda que assim se não entenda, a existir irregularidade, ela já se encontraria sanada, pelo decurso do prazo de arguição e pela junção do elemento em falta pelas arguidas, as quais se prevaleceram do seu teor no requerimento de interposição de recurso – arts. 123º e 121º n.º1, al. c) do CPP.

Quanto aos valores das coimas houve um lapso na inserção dos montantes das coimas sendo correctos os valores indicados a fls. 5542 e incorrectos os valores indicados a fls. 5542. A existir alguma irregularidade já estaria sanada por tal lapso ter ocorrido quanto à decisão de 2005 e todas as arguidas terem tido oportunidade de acesso à mesma.

*

10. Nulidade por omissão de determinação do tipo subjectivo e das sanções aplicáveis

10.1. Inexistência de omissão de determinação do tipo subjectivo

**Tribunal do Comércio de Lisboa****3.º Juízo**Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 1126/09.0TYLSB

A AdC na nota de ilicitude imputa às recorrentes condutas que, por si só e ainda que desprovidas de qualquer valoração, apenas podem ser praticadas a título doloso, nenhum deles podendo ser praticado com negligência, já que os actos que consubstanciam uma prática concertada não podem ser praticados por forma negligente.

Sempre que é imputada uma concertação – em sede de valoração jurídica dos factos – esta só pode ser realizada a título de dolo, uma vez que a concertação não pode, por natureza, ser negligente. Também a referência a um projecto de acordo sempre afastaria a possibilidade de a imputação ser efectuada a título de negligência.

Os factos imputados, por si só ou acompanhados da respectiva valoração não podem deixar de ser entendidos como imputados a título de dolo, pelo que não é possível sustentar não dispor de elementos que lhes permitam concluir pela imputação a título doloso.

A infracção por objecto apenas é passível de ser cometida a título doloso pelo que sendo imputada uma infracção por objecto ela é necessariamente imputada a título doloso.

Por outro lado retira-se das alegações das recorrentes que estas entenderam as infracções que lhes foram imputadas como sendo dolosas o que não é compatível com a alegação de nulidade nos termos do art. 500.º do RGCO.

Ainda que assim se não entendesse, sempre se entenderia que a eventual nulidade se encontra sanada, não só pela extemporaneidade da invocação como por via do disposto no art. 121.º n.º1, al. c) do CPP.

*

10.2. Inexistência de menção das sanções aplicáveis

A falta de menção expressa à moldura legal aplicável ao tipo imputado, única referência que poderia constar da nota de ilicitude, nunca seria apta a gerar qualquer nulidade por ter sido enunciado o art. 4.º n.º1, al. a) da LdC, ao qual corresponde legalmente a moldura prevista no art. 43.º n.º1, al. a) do mesmo diploma, para o que bastaria a consulta da legislação aplicável.

Não faz igualmente sentido a referência à falta de menção dos volumes de negócio, porquanto são elementos das próprias arguidas, que os conhecem.

Também a referência ao ano valorado para esse efeito depende do completo escrutínio que só é efectuado na determinação da medida da coima, pelo que, neste particular, nenhuma nulidade pode ser assacada à decisão recorrida.

*



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, Nº 1 08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.scom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

11. Inexistência de factos que sustentem a qualificação da infracção como permanente

A nota de ilicitude contém todos os elementos que permitem qualificar a infracção como permanente, mediante a imputação de factos que demonstram que a concertação entre as arguidas perdurou no tempo, não havendo incompatibilidade entre a qualificação de uma infracção por objecto como permanente.

*

12. Prescrição do procedimento

A tese adiantada relativamente à prescrição assenta exclusivamente no pressuposto da errada qualificação da infracção como permanente, considerando a existência de várias infracções instantâneas.

Tratando-se a infracção imputada de uma infracção permanente a consumação só cessa quando o estado terminar, ou seja, no domínio da lei nova, não sendo aplicável a lei mais favorável. Tendo a infracção cessado em Agosto de 2004 só a partir desta data se deverá contar o prazo prescricional de cinco anos, nos termos do art. 48º, nº1, al. b da LdC, como resulta da aplicação do disposto no art. 119º nº2, al. a) do CP, aplicável *ex vi* art. 32º do RGCO e 22º nº1 da LdC.

No caso ocorreram factos interruptivos e suspensivos da prescrição pelo que o procedimento contra-ordenacional não se encontra prescrito.

*

12. Divulgação pela AdC de comunicado de imprensa

A divulgação das decisões adoptadas pela AdC não constitui nem se confunde com a aplicação de uma sanção acessória, tendo a AdC legitimidade para divulgar comunicados sobre as decisões condenatórias que adopta sendo que no caso o comunicado emitido informou também o público da sua actividade de combate aos cartéis em geral, não havendo na conduta qualquer má prática processual, irregularidade ou nulidade.

**

*

Como se referiu supra, o conhecimento das irregularidades/nulidades arguidas será feita por ordem de prejudicialidade, iniciando-se o conhecimento pelas questões invocadas como afectando a validade/regularidade da nova nota de ilicitude em entre estas, cumprindo conhecer em primeiro lugar a mais geral, quer no sentido de que foi arguida, embora sob diferentes denominações ou vestes jurídicas, por todas as arguidas, quer no sentido em que é questionada a própria admissibilidade da emissão desta nota de ilicitude: as nulidades



Tribunal do Comércio de Lisboa
3º Juízo
 Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 1126/09.0TYLSB

relacionadas com a decisão de 12/02/08 e o seu cumprimento/incumprimento pela AdC, abrangendo, assim, as alegadas violação do caso julgado formal, do princípio *ne bis idem*, etc. Cabe também aqui conhecer, por genérica e prejudicial na sua eventual procedência, o vício de incompetência (funcional) das instrutoras para adoptarem a NNI.

*

1.1. Nulidades arguidas relativamente à Nova Nota de Ilicitude relacionadas com a decisão judicial de 12/02/08

Recuperando o que acima ficou resumido, todas as arguidas argüem algum tipo de nulidade relativamente à própria admissibilidade da emissão de nova nota de ilicitude na sequência da decisão judicial de 12/02/08.

Irão ser conhecidas conjuntamente todas as questões suscitadas com âncora neste binómio Nova Nota de Ilicitude (*infra* NNI por contraponto a NI para a primitiva nota de ilicitude e a NIC para nota de ilicitude complementar que foi anulada) decisão de declaração de nulidade de 12/02/08, ou seja, e em resumo:

- violação do caso julgado/trânsito em julgado;
- violação do direito ao processo equitativo e dos direitos de defesa;
- violação dos princípios da lealdade e boa-fé processual;
- inadmissibilidade legal de emissão de várias notas de ilicitude;
- inexistência de fundamento legal para a emissão de várias notas de ilicitude;
- violação dos princípios da acusação e do *ne bis in idem*;
- violação do princípio da concentração da acusação;
- litispendência;
- mau procedimento administrativo.

*

1.2. Factos a considerar

Para apreciar a questão há que considerar os seguintes factos resultantes dos termos dos autos:

1.2.1. Os presentes autos foram abertos por decisão do Conselho da AdC de 15/01/04, conforme teor de fls. 5 dos autos (processo em papel).

1.2.2. Em 09/07/04 foram solicitados ao Ministério Público mandados de busca e apreensão nas instalações das empresas envolvidas, os quais foram deferidos na mesma data, conforme teor de fls. 22 e ss. (processo em papel).

1.2.3. As buscas foram realizadas em 13/07/04 conforme fls. 33 e ss. (processo em papel), nelas tendo sido apreendidos os documentos constantes ou referidos (confidenciais) a fls. 50 e ss. dos autos (processo em papel).



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1126/09.0TYLSB

1.2.4. Em 16/07/04 a AdC enviou pedidos de informação conforme fls. 349 e ss. (processo em papel).

1.2.5. Em 26/08/04 foi deduzida nota de ilicitude imputando a Abranches & Filhos, Lda, Carneiro, Campos e Companhia, Lda, Catelas & Teorgas, Lda, Companhia de Moagens Harmonia, SA, Deolinda Gonçalves da Silva & Filhos, Lda, Eduardo e Artur Grilo Pereira, Lda, Farlis – Fábrica de Farinhas do Lis, Lda, Gérmen – Moagem de Cereais, SA, Granel – Moagem de Cereais, SA, Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA, Nacional – Companhia Industrial de Transformação de Cereais, SA e Pitorro – Moagem de Cereais, SA factos considerados como integrando a prática da contra-ordenação prevista e punida pelos arts. 4º, nº1, al. a) e 43º nº1, al. a) da Lei nº 18/2003 de 11/06, em síntese por, cada uma das ali arguidas, ter enviado aos respectivos clientes uma circular comunicando um aumento extraordinário do preço das diversas farinhas por elas comercializadas (milho trigo e centeio) de € 20 por tonelada com efeitos a partir de 1 ou 2 de Dezembro de 2003, respectivamente a Ceres em 18/11/03, a Harmonia em 19/11/03, a Granel em 20/11/03, a Pitorro em 20/11/03, a Moagem de Gondar (Deolinda Gonçalves da Silva & Filhos) em 21/11/03, a Farlis em 21/11/03, a Gérmen em 21/11/03, a Carneiro, Campos & Companhia em 24/11/03, a Eduardo e Artur Grilo Pereira em 24/11/03, a Abranches & Filhos em 25/11/03, a Nacional em Novembro de 2003, a Catelas & Teorgas em 25/11/03, todas indicando o aumento do custo da matéria prima, demonstrando a existência de uma concertação prévia entre as ali arguidas tendo por objecto a restrição da concorrência através da fixação de preços, conforme teor de fls. 1038 a 1063 dos autos (processo em papel), que aqui se dá por integralmente reproduzido.

1.2.6. As várias arguidas exerceram o direito de resposta previsto nos arts. 50º do RGCO e 26º nº1 da LdC, solicitando a realização de diligências probatórias, as quais foram realizadas.

1.2.7. Em 20/10/04 a AdC enviou novos pedidos de informação conforme fls. 1902 e ss. (processo em papel), cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido.

1.2.8. Em 05/11/04 a AdC enviou novos pedidos de informação conforme fls. 2101 e ss. (processo em papel), cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido.

1.2.9. Em 25/11/04 a AdC enviou novos pedidos de informação conforme fls. 2186 e ss. (processo em papel), cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

1.2.10. Em 18/12/04 foi deduzida nota de ilicitude complementar, invocando diligências complementares realizadas pela Autoridade da Concorrência nomeadamente a solicitação de informações às arguidas daqueles autos sobre as alterações introduzidas nos últimos cinco anos nas respectivas tabelas de preços de farinha e a constatação, das respectivas respostas de novos factos, integradores da infracção, imputando a Abranches & Filhos, Lda, Carneiro, Campos e Companhia, Lda, Catelas & Teorgas, Lda, Companhia de Moagens Harmonia, SA, Deolinda Gonçalves da Silva & Filhos, Lda, Eduardo e Artur Grilo Pereira, Lda, Farlis – Fábrica de Farinhas do Lis, Lda, Gérmen – Moagem de Cereais, SA, Granel – Moagem de Cereais, SA, Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA, Nacional – Companhia Industrial de Transformação de Cereais, SA e Pitorro – Moagem de Cereais, SA factos considerados como integrando a prática da contra-ordenação prevista e punida pelos arts. 4º, n.º1, al. a) e 43º n.º1, al. a) da Lei n.º 18/2003 de 11/06, sob a forma continuada, em síntese por:

- as arguidas Nacional, Harmonia, Ceres, Gérmen, Farlis, Eduardo e Artur Grilo Pereira e Pitorro terem aumentado o preço da farinha uniformemente, em Esc: 1\$00 por Kg, entre Dezembro de 2000 e Janeiro de 2001;

- Nacional, Harmonia, Ceres, Granel, Farlis, Pitorro, Abranches & Filho, Catela & Teorgas e Eduardo e Artur Grilo Pereira, terem aumentado o preço da farinha uniformemente em Esc: 2\$00 por Kg, em Agosto de 2001;

- Nacional, Harmonia, Gérmen, Farlis, Abranches & Filhos, Carneiro, Campos & Companhia, Eduardo e Artur Grilo Pereira em de Esc: 1\$00 a Esc: 1\$50, entre Janeiro de 2001 e Dezembro de 2002;

- Nacional, Harmonia, Ceres, Granel, Gérmen, Farlis, Pitorro, Abranches & Filho, Carneiro, Campos e Companhia, Catelas & Teorgas e Eduardo e Artur Grilo Pereira, terem aumentado o preço da farinha uniformemente em € 8,00 por tonelada, entre Dezembro de 2002 e Janeiro de 2003, havendo indícios de terem ocorrido havido vários encontros prévios entre administradores das arguidas;

- todas as arguidas terem procedido ao aumento do preço da farinha uniformemente em € 20,00 por tonelada, em Dezembro de 2003;

- as arguidas Harmonia, Nacional, Farlis, Granel, Gérmen, Moagem de Gondar, Pitorro e Eduardo e Artur Grilo Pereira terem diminuído o preço da farinha uniformemente de € 9,00 a € 10,00 por tonelada, entre Julho e Agosto de 2004;

indiciando que algumas das arguidas levaram a cabo um acordo ou pelo menos uma prática concertada desde Dezembro de 2000 e que outras o fizeram a partir de data posterior, sendo os aumentos de Agosto de 2001 antecédidos da



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

celebração de um acordo visando o aumento do preço da farinha, delineado pelas empresas Harmonia e Nacional para vigorar com terceiros, concertação que continuou com os aumentos de preços de Dezembro de 2001, Janeiro de 2003, Novembro e Dezembro de 2003 e descida de preços de Julho e Setembro de 2004, não sendo os aumentos homogêneos compagináveis com as diferenças de dimensão, estrutura de custos e de produção, possibilidades de acesso ao mercado de cereais e capacidade de armazenamento de cada uma das arguidas e com o facto de o aumento ser comum a todos os tipos de farinha (milho, trigo e centeio), consubstanciando um acordo ou prática concertada de fixação de preços, que tem por objecto a restrição da concorrência, conforme fls. 2239 a 2273 dos autos (processo em papel), que aqui se dá por integralmente reproduzido.

1.2.11. As várias arguidas exerceram o direito de resposta previsto nos arts. 50º do RGCO e 26º nº1 da LdC, solicitando a realização de diligências probatórias, as quais foram realizadas.

1.2.12. Foi proferida, em 19/09/05, decisão final, arquivando o processo quanto à arguida Deolinda Gonçalves da Silva & Filhos, Lda (Moagem de Gondar) e condenando, pela prática de contra-ordenação prevista no art. 4º da Lei nº 18/2003 de 11/06, em síntese por levarem a cabo uma prática concertada tendo como objecto a fixação uniforme de tabelas de preços, respectivamente as arguidas:

- Cerealis – Produtos Alimentares, SA (ex-Nacional) e Cerealis – Moagens, SA (ex-Harmonia) consideradas uma só empresa, uma coima no valor de € 4 768 906,05;

- Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA, uma coima no valor de € 1 788 981,60;

- Granel – Moagem de Cereais, SA, uma coima no valor de € 1 277 844,00;

- Gérmen – Moagem de Cereais, SA, uma coima no valor de € 1 355 001,60;

- Eduardo e Artur Grilo Pereira, Lda, uma coima de 36 871,89;

- Farlis – Fábrica de Farinhas do Lis, Lda, uma coima de € 78 497,61;

- Abranches & Filhos, Lda, uma coima de € 94 157,81;

- Carneiro, Campos e Companhia, Lda, uma coima de € 58 245,97;

- Catelas & Teorgas, Lda, uma coima de € 14 119,57; e

- Pitorro – Moagem de Cereais, SA, uma coima de 110 347,84;

nos termos e com os fundamentos constantes de fls. 3222 a 3466 dos autos (processo em papel), que aqui se dão por integralmente reproduzido.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisbon
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 1126/09.0TYLSB

1.2.13. Desta decisão foi interposto recurso pelas arguidas

1.2.14. Em 12/02/08 foi proferida a seguinte decisão judicial, transitada em julgado, conhecendo dos recursos interpostos:

“Nestes autos de recurso (Contra-Ordenação), em que são Recorrentes Cerealis Moagens, SA, Cerealis Produtos Alimentares, Eduardo e Artur Grilo Pereira, Ldª, Pitorro - Moagem de Cereais, SA, Abranches & Filhos, Ldª, Catelas & Teorgas, Ldª, Carneiro, Campos & Companhia, Ldª, Gérmén - Moagem de Cereais, SA, Granel - Moagem de Cereais, SA, Moagem Ceres - A. Figueiredo & Irmão, SA e Farlis - Fábrica de Farinha dos Lis, SA e Recorrida a Autoridade da Concorrência, por economia processual e ao abrigo do disposto no artigo 311.º, nº 1, do Código do Processo Penal, aplicável por força dos artigos 41.º, nº 1, do Regime Geral das Contra-Ordenações e 22.º, nº 1, do Regime Jurídico da Concorrência, cumpre proferir despacho a conhecer das nulidades invocadas e questões prévias.

De entre as questões suscitadas pelas Recorrentes, o Tribunal aprecia _ de seguida - a questão da nulidade da denominada Nota de Ilícitude Complementar.

Nos exercícios dos seus poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência (AdC), instaura processos relativos a práticas proibidas, em cujo âmbito promoverá as diligências de investigação necessárias à identificação dessas práticas e dos respectivos agentes.

Nessas diligências de investigação, se incluem os seguintes poderes:

- a) Inquirir os representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos;
- b) Inquirir os representantes legais de outras empresas ou associações de empresas e quaisquer outras pessoas cujas declarações considere pertinentes, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação;
- c) Proceder, nas instalações das empresas ou das associações de empresas envolvidas, à busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extractos da escrita e demais documentação, quer se encontre ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova;
- d) Proceder à selagem dos locais das instalações das empresas em que se encontrem ou sejam susceptíveis de se encontrar elementos da escrita ou demais documentação, durante o período e na medida estritamente necessária à realização das diligências a que se refere a alínea anterior;
- e) Requerer a quaisquer outros serviços da Administração Pública, incluindo os órgãos de polícia criminal, através dos respectivos gabinetes ministeriais, a colaboração que se mostrar necessária ao cabal desempenho das suas funções.

Como se verifica desta enumeração constante do artigo 1.º do RJCO, são amplos estes poderes de investigação.

Terminado o Inquérito, das duas uma: a AdC arquiva ou dá início à instrução do processo, através de notificação dirigida às empresas ou associações de empresas arguidas, sempre que conclua, com base nas investigações levadas a cabo, que existem indícios suficientes de infracção às regras de concorrência.

Nessa notificação - a que se denomina Nota de Ilícitude - a Autoridade fixa às arguidas um prazo razoável para que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

produzidas, e para que requeiram as diligências complementares de prova que considerem convenientes.

A Autoridade pode recusar a realização de diligências complementares de prova sempre que for manifesta a irrelevância das provas requeridas ou o seu intuito meramente dilatório, como também pode ordenar oficiosamente a realização de diligências complementares de prova, mesmo após a audição supra referida, desde que assegure às arguidas o respeito pelo princípio do contraditório.

Concluída a instrução, a AdC adopta, com base no relatório do serviço instrutor, uma decisão final, que pode ser de arquivamento, de declaração de existência de uma prática restritiva da concorrência, de aplicação de coimas ou de autorização de um acordo nos termos e condições previstas no artº 5º do RGCO.

No caso concreto, a fls. 2800 e seguintes, com data de 26 de Agosto de 2004, foi elaborada a Nota de Ilícitude, com 55 artigos. Os primeiros dois referem-se à origem do processo, do 3º ao 14º procede-se à identificação das arguidas, do 15 ao 21º aborda-se o mercado do produto (mercado de moagens de farinha de trigo, milho e centeio), o 22º refere-se ao mercado geográfico e no 23º são enunciadas diligências de instrução. Entre os artigos 24º a 37º - catorze artigos - é feita uma análise factual quanto ao comportamento das arguidas, em que se limita a enunciar que cada uma das arguidas enviou uma circular aos respectivos clientes na qual lhes é comunicado um aumento extraordinário do preço de farinha por elas comercializada de 20 € por tonelada, com efeitos a partir do dia 2 de Dezembro de 2003. E, finalmente, dos artigos 38º a 54º procede-se à apreciação jurídica, onde se enuncia o conceito de prática concertada, chegando-se à conclusão que as arguidas levaram a cabo tal prática, com o objectivo de restringir de forma sensível a concorrência no mercado nacional da moagem de cereais através da fixação do preço da farinha, incorrendo, por isso, numa contra-ordenação punível com coima.

Esta a Nota de Ilícitude que foi notificada às arguidas, devendo estas se pronunciar sobre as acusações formuladas e demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas e requerer diligências probatórias complementares.

Abranches & Filhos, Lda, veio defender-se impugnando a intenção _ que lhe é atribuída - de restringir a concorrência deste mercado, mais dizendo que a Nota de Ilícitude não assenta em qualquer prova directa que comprove a existência de qualquer tipo de acordo ou de conluio em que tenha participado. Basicamente refere que aumentou o preço da farinha de centeio porque os seus fornecedores também aumentaram os seus preços.

Eduardo e Artur Grilo Pereira, Lda - para além de suscitar uma questão prévia em que invoca a nulidade por mau procedimento administrativo e violação da lei _ quase só se limita a impugnar as conclusões da Nota de Ilícitude.

Catelas & Teorgas, Lda, defende-se com a reduzida dimensão da empresa e justifica o aumento dos preços pelo necessário acompanhamento do mercado.

Deolinda Gonçalves da Silva & Filhos, Lda (Moagem de Gondar) apresentou defesa pormenorizada, referindo-se à sua actividade e relevância no mercado, à evolução do preço das matérias primas (milho amarelo e milho branco) ao longo do ano de 2003 e conclui pela necessidade económico-financeira em aumentar o preço da farinha de amarelo e milho branco que produz.

Carneiro, Campos & Companhia, Lda, limita-se a impugnar as conclusões da AdC.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

Farlis - Fábrica de farinhas do Lis, Lda, vem sustentar que a investigação da AdC devia ter início no designado aumento generalizado dos preços de venda de pão ao público, dirigindo tal investigação às sociedades que produzem e comercializam pão, e conclui pelo arquivamento dos autos após apreciação sobre o mercado do produto, quer a montante (cereais), quer quanto à oferta das farinhas.

Gérmen - Moagens de Cereais, SA, Ceres - Moagens de Cereais, SA e Granel Moagem de Cereais, SA, impugnam as conclusões da AdC, abordando em pormenor as relações entre si e o respectivo posicionamento no mercado, bem como enquadram juridicamente os seus comportamentos, em cujos enquadramentos concluem que o paralelismo de comportamentos não se deveu a qualquer concertação entre os concorrentes no mercado. Para chegar a tal conclusão, estas arguidas abordas a ampla comunicação do aumento do preço das farinhas, o paralelismo dos preços anunciados, o universo dos produtos aumentados, a simultaneidade do anúncio de aumentos, a homogeneidade da data de produção de efeitos dos aumentos e do meio usado para comunicar os aumentos.

Harmonia, SA, e Nacional, SA, para além de invocarem a nulidade do processo, expõem factos que, na perspectiva de ambas, levam à conclusão, com segurança, que as circunstâncias específicas no mercado em causa, em especial os "dramáticos" aumentos dos preços dos cereais que ocorreram a partir de Julho/Agosto de 2003, até ao final desse ano, e as suas repercussões sobre os resultados das empresas, explicam, de forma objectiva e racional, os seus comportamentos.

A fls. 4175, datada de 28 de Dezembro de 2004, a AdC elabora uma denominada Nota de Ilícitude Complementar, dizendo-se o seguinte na introdução:

" Na sequência das respostas das arguidas à "Nota de Ilícitude", foram realizadas diligências complementares de prova (audições orais de testemunhas, conforme consta de fls. 3704 a 3711, 3720 a 3725, 3750 a 3765 e 3794 a 3806 e novos pedidos de informação, conforme consta de fls. 3766 a 3770, 3781, 3991 a 3997 e 4122 a 4128. Com a presente nota de Ilícitude Complementar visa-se complementar a Nota de Ilícitude anteriormente emitida, que aqui se dá por integralmente reproduzida para todos os legais efeitos, através da invocação de factos diferentes e da reformulação de toda a apreciação jurídica à luz dos mesmos".

A prova testemunhal produzida foi a requerida pelas defesas.

Os novos pedidos de informação foram solicitados às arguidas e limitam-se a pedir tabelas de preços de diversos anos ou diversos períodos.

A Nota de Ilícitude Complementar surge então bem mais abrangente. Os factos estão nos artigos 1º a 72º e referem-se a (i) aumentos uniformes entre Dezembro de 2000 a Janeiro de 2001, (ii) aumentos uniformes em Agosto de 2001, (iii) aumentos uniformes entre Dezembro de 2001 e Janeiro de 2002, (iv) aumentos uniformes entre Dezembro de 2002 e Janeiro de 2003, (v) encontros e comunicações entre as arguidas no âmbito do aumento de preço ocorrido em Dezembro de 2003, (vi) descida uniforme de preços entre Julho e Agosto de 2004).

Tudo visto, cumpre decidir, sendo este Tribunal o competente.

Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos - artigo 20º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

"A exigência de um processo equitativo, constante no artigo 20º, nº 4, se não afasta a liberdade de conformação do legislador na concreta estruturação do processo, impõe, antes do mais, que as normas processuais proporcionem aos interessados meios efectivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos e partes entre as partes na dialéctica que elas protagonizam; um processo equitativo postula, por isso, a efectividade do direito de defesa no processo, bem como dos princípios do contraditório e da igualdade de armas" - CRP Anotada, Jorge Miranda e Rui Medeiros, 2005, tomo I, pg. 192.

"O direito de acção ou o direito de agir em juízo terá de efectivar-se através de um processo equitativo; ... O *due process* positivado na Constituição portuguesa deve entender-se num sentido amplo, não só como um processo justo na sua conformação legislativa, mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais; " um dos princípios do processo equitativo e o direito à igualdade de armas ou direito à igualdade de posições no processo, com proibição de todas as discriminações ou diferenças de tratamento arbitrárias" - CRP Anotada, Gomes Canotilho, Vital Moreira, 4a Edição revista, Vol. I, pg.415.

Não basta assim a defesa meramente formal, com a concessão de um prazo para audição, exige-se a materialidade da defesa. Como também a acusação _ neste caso por entidade administrativa com poderes sancionatórios - não pode utilizar as suas prerrogativas legais de modo insidioso ou traiçoeiro.

A Lei é clara e o processo deve ser dirimido com Justiça.

A AdC, com os poderes de inquérito consagrados na lei - que são vastos (artigo 17º do RGCO) - pode inquirir, solicitar documentos, proceder a buscas, exame, recolha e apreensão de elementos probatórios, proceder à selagem de locais de instalações e até requerer a colaboração de órgãos de polícia criminal.

No fim do inquérito, depois de obtidos todos os elementos que entendeu como convenientes, a AdC notifica as arguidas que tem indícios suficientes de infracção às regras de concorrência e concede-lhe prazo de defesa.

Em obediência a um processo justo e equitativo, a AdC deve fazer constar da Nota de Ilícitude tudo o que tem contra as arguidas, quer quanto aos factos, quer quanto ao direito. Não há que "guardar cartas na manga". Para que a possibilidade de defesa seja efectiva e material.

Não foi o que sucedeu no caso em apreço.

Defenderam-se as arguidas, com as suas armas concentradas, e receberam como resposta, não a decisão final, mas uma Nota de Ilícitude Complementar, não prevista na lei, muito mais completa que a primeira, mais abrangente e com factos que eram do conhecimento da AdC já antes da elaboração da primitiva Notificação de Ilícitude.

O alargamento do âmbito desta Nota de Ilícitude Complementar resulta, por um lado, de factos carreados pelas defesas e, por outro, de matéria de que a AdC já conhecia.

Vejamos, por exemplo, os factos 440 a 610 desta Nota de Ilícitude Complementar. São referentes a encontros e comunicações entre as arguidas e todos eles assentam em documentos (circulares, cópias de agenda, faxes, extractos bancários e de cartões de crédito e recibos) que já constavam dos autos muito antes da primitiva Nota de Ilícitude, mas esta não lhes faz qualquer referência. São factos importantes, que revelam a existência de encontros e comunicações entre as arguidas e seus representantes relativos ao período de dos aumentos de



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1128/09.0TYLSB

2003 - exactamente o mesmo a que se refere a Nota de Illicitude primitiva - quiçá para concertar estratégias.

Se tais factos já eram do conhecimento da AdC, porque não foram levados à nota primitiva? Terão sido considerados meros elementos de prova? Se assim foi, porque foram carreados para a Nota de Illicitude Complementar? Já são factos?

E a defesa, como fica? Opõe-se a uma Nota de Illicitude referente aos aumentos de 2003. Em resposta leva com uma Nota de Illicitude Complementar mais abrangente no tempo e com alguns factos importantes que já eram do conhecimento da AdC antes da elaboração da primitiva Nota de Illicitude.

O processado seguido pela AdC nada tem de justo, de equitativo. Foi utilizado um método que não é aberto, nem franco, porque foram guardados elementos importantes, porventura a pensar já nesta Nota de Illicitude complementar ou no recurso judicial. Era dever da AdC apresentar todos os factos que dispunha, para possibilitar uma defesa efectiva e material.

E, no plano das conjecturas, este procedimento da AdC, levado ao extremo, pode não ter fim. A cada nova defesa das arguidas, pode seguir-se uma nota complementar. Que caminhos terá a defesa? Quanto mais se defender, mais argumentos está a dar à parte contrária. Com o consequente esvaziamento da defesa, que fica sem armas para o recurso judicial.

O RGCO está pensado para uma fase de inquérito, outra de defesa, a decisão e o recurso judicial. Voltar à fase de inquérito com a elaboração de nova Nota de Illicitude, aproveitando-se de factos e elementos carreados pela defesa e, o que é mais grave, de factos que a AdC já tinha e não os utilizou na primitiva Nota de Illicitude, é adoptar um comportamento processual assente em manifesta desigualdade de armas. É que não basta conceder novos prazos formais de defesa, pois, se as arguidas já esgotaram todos os "cartuchos", no convencimento que a acusação estava concentrada na primitiva Nota de Illicitude, vão dizer o quê?

Pelo exposto, e por manifesta violação do princípio constitucional do direito a um processo equitativo e justo - assente em igualdade de armas, numa defesa materialmente efectiva e numa entidade administrativa que utilize os seus poderes sancionatórios de modo franco e não insidioso - consagrado no artigo 200, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, declaro nula a denominada Nota de Illicitude Complementar e todo o processado subsequente, com a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência.

Sem custas. Notifique e registre.

Lisboa, 12 de Fevereiro de 2008"

1.2.15. O processo foi remetido de volta à AdC em cumprimento da decisão referida em 2.1.14. e ali foi objecto da apreciação constante de 5575 a 5601 (processo em papel), vindo a ser proferida, em 25/11/08, nova Nota de Illicitude, invocando que a investigação se desenrola quer nas fases de inquérito, quer de instrução, pelo que se encontra legitimado o recurso à emissão de nota de ilicitude complementar sempre que no decurso da investigação surjam factos novos, trazidos ou não pelos arguidos, e que, em respeito à decisão judicial proferida nos autos e para não prejudicar o cabal desempenho da missão que lhe



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I 1, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

foi confiada, se entendeu emitir uma nova nota de ilicitude, substituindo a primitiva nota de ilicitude e concentrando toda a matéria de facto e todos os meios de prova recolhidos nas fases de inquérito e de investigação fazendo o enquadramento jurídico concentrado de toda a matéria.

1.2.16. Tal nova nota de ilicitude foi proferida imputando a Abranches & Filhos, Lda, Carneiro, Campos e Companhia, Lda, Catelas & Teorgas, Lda, Companhia de Moagens Harmonia, SA, Deolinda Gonçalves da Silva & Filhos, Lda, Eduardo e Artur Grilo Pereira, Lda, Farlis – Fábrica de Farinhas do Lis, Lda, Germen – Moagem de Cereais, SA, Granel – Moagem de Cereais, SA, Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA, Nacional – Companhia Industrial de Transformação de Cereais, SA e Pitorro – Moagem de Cereais, SA factos considerados como integrando a prática de uma contra-ordenação prevista e punida pelos arts. 4º, n.º1, al. a) e 43º n.º1, al. a) da Lei n.º 18/2003 de 11/06, sob a forma permanente, compreendendo elementos integrantes do conceito de acordo ou, pelo menos, de prática concertada, tendo por objecto a restrição sensível da concorrência no mercado nacional da moagem de cereais através da fixação do preço da farinha, em síntese por:

- as arguidas Nacional, Harmonia, Ceres, Germen, Farlis, Eduardo e Artur Grilo Pereira e Pitorro terem aumentado o preço da farinha uniformemente, em Esc: 1\$00 por Kg, entre Dezembro de 2000 e Janeiro de 2001;

- Nacional, Harmonia, Ceres, Granel, Farlis, Pitorro, Abranches & Filho, Catela & Teorgas e Eduardo e Artur Grilo Pereira, terem aumentado o preço da farinha uniformemente em Esc: 2\$00 por Kg, entre Julho e Agosto de 2001;

- Nacional, Harmonia, Germen, Farlis, Abranches & Filhos, Carneiro, Campos & Companhia, Pitorro em de Esc: 1\$00 a Esc: 1\$50, entre Dezembro de 2001 e Janeiro de 2002;

- Nacional, Harmonia, Ceres, Granel, Germen, Farlis, Pitorro, Abranches & Filho, Carneiro, Campos e Companhia, Catelas & Teorgas e Eduardo e Artur Grilo Pereira, terem aumentado o preço da farinha uniformemente em € 8,00 por tonelada, entre Dezembro de 2002 e Janeiro de 2003;

- todas as arguidas terem procedido ao aumento do preço da farinha uniformemente em € 20,00 por tonelada, em Novembro e Dezembro de 2003, havendo indícios de terem ocorrido havido vários encontros prévios entre administradores das arguidas;

- as arguidas Harmonia, Nacional, Farlis, Granel, Germen, Pitorro e Eduardo e Artur Grilo Pereira terem diminuído o preço da farinha uniformemente de € 9,00 a € 10,00 por tonelada, entre Julho e Agosto de 2004;



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

indiciando que algumas das arguidas levaram a cabo um acordo ou pelo menos uma prática concertada desde Dezembro de 2000 e que outras o fizeram a partir de data posterior, sendo os aumentos de Agosto de 2001 anteceditos da celebração de um acordo visando o aumento do preço da farinha, delineado pelas empresas Harmonia e Nacional para vigorar com terceiros, concertação que continuou com os aumentos de preços de Dezembro de 2001, Janeiro de 2003, Novembro e Dezembro de 2003 e descida de preços de Julho e Setembro de 2004, não sendo os aumentos homogêneos compagináveis com as diferenças de dimensão, estrutura de custos e de produção, possibilidades de acesso ao mercado de cereais e capacidade de armazenamento de cada uma das arguidas e com o facto de o aumento ser comum a todos os tipos de farinha (milho, trigo e centeio), consubstanciando um acordo ou prática concertada de fixação de preços, que tem por objecto a restrição da concorrência, conforme fls. 5602 a 5673 dos autos (processo em papel), que aqui se dá por integralmente reproduzido.

1.2.17. As várias arguidas exerceram o direito de resposta previsto nos arts. 50º do RGCO e 26º nº1 da LdC, tendo igualmente sido suscitada a nulidade da nova nota de ilicitude solicitando a realização de diligências probatórias as quais foram realizadas.

1.2.18. Foi proferida, em 03/07/09, decisão final, arquivando o processo quanto à arguida Deolinda Gonçalves da Silva & Filhos, Lda (Moagem de Gondar) e condenando, pela prática de contra-ordenação prevista no art. 4º da Lei nº 18/2003 de 11/06, em síntese por levarem a cabo uma prática concertada tendo como objecto a fixação uniforme de preços, respectivamente as arguidas:

- Cerealis – Produtos Alimentares, SA (ex-Nacional) e Cerealis – Moagens, SA (ex-Harmonia) consideradas uma só empresa, uma coima no valor de € 4 768 906,05;
- Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA, uma coima no valor de € 1 277 844,00;
- Granel – Moagem de Cereais, SA, uma coima no valor de € 1 141 991,24;
- Germen – Moagem de Cereais, SA, uma coima no valor de € 1 355 001,60;
- Eduardo e Artur Grilo Pereira, Lda, uma coima de 36 871,89;
- Farlis – Fábrica de Farinhas do Lis, Lda, uma coima de € 78 497,61;
- Abranches & Filhos, Lda, uma coima de € 94 157,81;
- Carneiro, Campos e Companhia, Lda, uma coima de € 58 245,97;
- Catelas & Teorgas, Lda, uma coima de € 14 119,57; e



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C. 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

- Pitorro – Moagem de Cereais, SA, uma coima de 110 347,84;
 nos termos e com os fundamentos constantes de fls. 6726 a 6968 dos autos (processo em papel), que aqui se dão por integralmente reproduzido.

1.2.19. Desta decisão foram interpostos pelas arguidas os recursos de impugnação judicial ora sob apreciação.

*

1.3. Fundamentação jurídico-conclusiva:

A defesa da concorrência surge consagrada em Portugal logo após a adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia, com a publicação e entrada em vigor do Decreto Lei n.º 422/83 de 03/12, que veio a ser revogado pelo Decreto Lei n.º 371/93 de 29/10, por sua vez revogado pela Lei n.º 18/03 de 11/06, actualmente em vigor, no quadro de uma reforma global do direito da concorrência, quer nacional, quer a nível comunitário, no qual se criou a Autoridade da Concorrência (Decreto Lei n.º 10/03 de 18/01) e se teve em conta o denominado pacote de modernização e o Regulamento (CE) n.º 1/2003 de 16/12/02.

A defesa da concorrência, nas palavras de Alberto Xavier (*in* Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 136, pg. 87) é, conjuntamente com a propriedade privada e a livre iniciativa, uma das instituições em que assenta o sistema de livre economia de mercado, seu pressuposto e condição de funcionamento. Daí a sua consagração ao nível de Lei Fundamental, quer na Constituição da República Portuguesa [arts. 80º a) e 81º f)] quer no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (arts. 3º n.º1, al. g) e 4º n.º1), que encara a concorrência como um instrumento da própria construção europeia.

O direito de defesa da concorrência tem como função a preservação das estruturas concorrenciais do mercado contra o comportamento dos agentes económicos nesse mesmo mercado – José Mariano Pego *in* A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência, pg. 11). Surge como uma garantia de igualdade de oportunidades que a todo o homem assiste e de um sistema equilibrado de desconcentração de poderes, em que os particulares não possam, indevidamente, constranger, e o Estado permaneça imune ao domínio e influência de grupos de particulares – loc. e autor citados, pg. 12.

Arranca do próprio texto constitucional, resultando a necessidade de defesa da concorrência da protecção de um dos direitos fundamentais económicos, previsto no art. 61º n.º1 da Constituição da República Portuguesa¹.

¹ A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 1126/09.0TYLSB

A AdC, constituída como pessoa colectiva de direito público, foi criada precisamente para *assegurar a aplicação das regras da concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores* (art. 1.º dos Estatutos da AdC).

No âmbito do exercício das suas funções a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação (art. 7.º dos Estatutos).

No exercício dos primeiros cabe-lhe, designadamente, *«identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei»*, adoptando medidas cautelares, se necessário (art. 7.º, n.º 2, als. a) e b), dos Estatutos).

As infracções às normas previstas na LdC (bem como as infracções às normas comunitárias) constituem contra-ordenação, nos termos do seu art. 42.º, puníveis com coima (art. 43.º) e sanção acessória de publicitação da infracção (art. 45.º).

Seguem o regime geral das contra-ordenações, previsto no Decreto Lei n.º 433/82 de 27/10 (na sua redacção aplicável), com as especificidades previstas na Lei da Concorrência.

Prevê o art. 19.º da Lei da Concorrência que os procedimentos sancionatórios respeitam os princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código de Procedimento Administrativo bem como, se for caso disso o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.

O art. 22.º, por sua vez prevê que os processos por infracção ao disposto nos artigos 4.º, 6.º e 7.º se regem pelo disposto na secção respectiva, na secção I do capítulo respectivo e, subsidiariamente, pelo regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.

O passo seguinte é a clarificação das regras de aplicação do direito subsidiário, a fazer nos termos do referido art. 41.º n.º1 do RGCOC que estabelece: *«Sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal.»*.

Temos, portanto, em primeiro lugar que olhar ao regime da Lei da Concorrência, seguidamente à Lei Quadro das Contra-ordenações, após o que terá que se averiguar se é necessário e admissível, para regular determinada questão de direito contra-ordenacional, recorrer aos preceitos de direito processual penal. Se a resposta às duas questões (necessidade e admissibilidade)



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

for positiva, terá ainda que se determinar se as regras processuais penais devem ser literalmente aplicadas ou se devem ser devidamente adaptadas à estrutura, funcionamento, valores e fins do processo de contra-ordenação – cfr. António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral *in* Notas ao Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas, pg. 105, 2ª edição, em anotação ao art. 41º.

Resta anotar que temos por certo que, no processamento de contra-ordenações, nomeadamente na fase administrativa, não é aplicável, por qualquer forma, o procedimento administrativo. O direito subsidiário é, expressamente o processo penal, nos termos do art. 41º nº1 do RGCOC, quer na fase administrativa, quer na fase judicial (impugnação) – neste sentido Lacerda Costa Pinto *in* O Ilícito de Mera Ordenação Social e a Erosão do Princípio da Subsidiariedade da Intervenção Penal, *in* RPCC, ano 7, Fasc. 1º, Jan-Março 1997, pg. 81); Simas Santos e Lopes de Sousa *in* Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 2ª ed., Vislis, pg. 267, António Beça Pereira, *in* Regime Geral das Contra Ordenações e Coimas, Almedina 2001, pg. 88; Teresa Beleza, *in* Direito Penal, AAFDL, vol. I, 2.ª edição, pg. 131; José P. F. Cardoso da Costa, O Recurso para os Tribunais Judiciais da aplicação das Coimas pelas Autoridades Administrativas, 1991, pgs. 57 e segs. e José Gonçalves da Costa, Contra-Ordenações, CEJ, Set. 1995, pgs. 46 e segs.

*

1.3.1. Litispendência

A arguida Campos, Carneiro & Cia., SA veio invocar a existência de litispendência alegando que a AdC substituiu a nota de ilicitude inicial, a qual, complementada, deu origem à decisão final que já foi proferida pelo 1º Juízo.

Quando o processo lhe foi devolvido a AdC apenas podia proferir uma decisão com base na nota de ilicitude inicial, a qual não podia reescrever por ter perdido, nesta parte, o poder de direcção e de tutela do processo.

Pende ainda uma acção judicial que aprecia a mesma matéria em causa nestes autos (litispendência) que é impeditiva quer da nova nota de ilicitude quer da decisão ora proferida que, também por essa razão, é nula.

A AdC pugnou pela inexistência da invocada litispendência sintetizando que o despacho de 12/02/08 declarou a nulidade da nota de ilicitude complementar e esgotou o poder jurisdicional do tribunal que devolveu o processo à autoridade a qual retomou a instrução que terminou com a prolação da decisão ora recorrida, pelo que não se encontra pendente qualquer acção judicial que aprecie a matéria destes autos.

Embora nos pareça que, efectivamente, a arguida não quis exactamente invocar o instituto privativo do direito processual civil previsto no art. 497º do



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

Código de Processo Civil, mas antes a impossibilidade de, face à decisão judicial proferida, a AdC poder voltar a adoptar NNI nos termos em que o fez, conhecer-se-á da questão suscitada nos moldes em que o foi.

Em processo penal e contra-ordenacional os institutos quer da litispendência, quer do caso julgado são conformados pelo princípio do *ne bis in idem* previsto no art. 29º n.º5 da CRP, o que justifica a não previsão expressa no CPP das referidas excepções (em direito processual civil).

Estabelece o art. 497º n.º1 do Código de Processo Civil que tanto a litispendência como o caso julgado pressupõem a repetição de uma causa, tratando-se da primeira quando a causa se repete estando a anterior ainda em curso e o segundo quando a anterior tenha sido decidida por sentença transitada em julgado.

São requisitos comuns às duas figuras, nos termos do art. 498º do Código de Processo Civil a identidade quanto aos sujeitos, pedido e causa de pedir, entendendo-se a primeira quando as partes são as mesmas do ponto de vista da sua qualidade jurídica, a segunda quando se pretende obter o mesmo efeito jurídico e a terceira quando a pretensão procede do mesmo facto jurídico.

No caso concreto, desde logo, inexiste qualquer repetição de causa, uma vez que os presentes autos e o processo n.º 1648/05.2TYLSB do 1º Juízo são o mesmo e único processo.

No processo de impugnação então distribuído ao 1º Juízo foi proferida decisão anulando a NIC ali proferida, o que acarretou a nulidade de todo o processo posterior e a remessa dos autos para a AdC que retomou as suas competências para a fase administrativa que foi, assim, retomada. Proferida NNI e nova decisão condenatória, no mesmo processo, foi a mesma impugnada e o respectivo processo judicial foi remetido ao Tribunal onde foi distribuído e assumiu numeração correspondente à nova distribuição.

Não há, pois, repetição de causa, pelo que, sem necessidade de mais considerações se considera improcedente a arguição de litispendência.

*

1.3.2. Caso julgado

Compulsadas as alegações, verifica-se que nenhuma das arguidas alegou a existência de caso julgado nos termos acima alegados para a litispendência, antes estribando as suas alegações neste particular no desrespeito à decisão judicial proferida nos autos, na violação do princípio do *ne bis in idem* e dos princípios do direito a um processo equitativo e igualdade de armas.

No entanto, e por uma questão de clarificação de percurso, sempre se dirá, e dando por reproduzidos os argumentos supra enunciados a propósito da



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I 1, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

questão da litispendência, que exactamente pelos mesmos motivos e fundamentos – inexistência de repetição de uma causa, não se verifica qualquer excepção de caso julgado.

*

1.3.3. Admissibilidade legal da dedução, em processo contra-ordenacional de concorrência, de mais do que uma nota de ilicitude.

Começaremos por nos dirigir a esta questão por ser prévia à apreciação concreta da NNI deduzida nos autos.

Há que explicitar que sob esta veste se colocam duas questões radicalmente diversas: como é por si evidente, no caso de ser deduzida uma Nota de Ilcitude e esta vir a ser anulada pelo tribunal (por exemplo por omissão nesta de um elemento relevante à defesa do arguido) cumpre à autoridade administrativa proferir nova nota de ilcitude suprimindo a omissão.

O caso que nos ocupa é diverso: Já havia sido emitida uma nota de ilcitude e a NIC que foi anulada foi uma segunda nota de ilcitude (qualificada como complementar). Ou seja, a NNI que iremos apreciar em concreto infra é, materialmente, a terceira nota de ilcitude proferida nestes autos e a questão que iremos apreciar é da possibilidade legal de dedução pela Autoridade de mais de uma nota de ilcitude, seja complementar, seja substitutiva, e, em caso afirmativo, em que termos e condições.

Este tribunal teve já oportunidade de se pronunciar quanto a esta questão em dois casos concretos, ambos referidos pelos sujeitos processuais.

No processo 1050/06.9TYLSB deste juízo o tribunal, em decisão de 10/08/07, transitada em julgado, decidiu nos seguintes termos:

“4.3. Fundamentação jurídico-conclusiva

Não podemos deixar de referir, em sede prévia, que o processado seguido nestes autos foi, no mínimo surpreendente. Mas conteve-se nos limites da legalidade.

Na fase administrativa, e mesmo ponderando que a fase de impugnação judicial é facultativa, efectivamente, o processo não pode ser configurado como de tipo acusatório, já que a investigação, instrução e decisão estão a cargo de uma mesma entidade.

Podemos, para alguns efeitos, fazer uma aproximação entre as fases de inquérito e instrução no processo penal (como o fizemos para a questão da definição da publicidade e acesso ao processo supra em 3) mas não podemos assimilar por completo os processados.

A função da nota de ilcitude é exactamente a de permitir o exercício dos direitos de defesa e, a segunda nota de ilcitude cumpriu devidamente essa função.

É verdade que se denota do processo que a AdC, ao receber o processo da DGCC decidiu fazer “tábua rasa” do que se havia passado anteriormente e começou a investigar autonomamente como se de um processo aberto por si, em fase inicial se tratasse.

É também verdade, e de certa forma “chocante”, que na segunda nota de ilcitude surge um novo ilícito, totalmente não aludido até aí (e dizemos chocante porque, dada a solução dada à prescrição do procedimento criminal, supra em “1”, bem se vê que este



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360090 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 1126/09.0TYLSB

despacho teria parado ali e nenhum outro ilícito restaria imputado às arguidas, não fora esta conformação do processado). Mas o certo é que a AdC, vislumbrando um novo ilícito nos mesmos factos que já estavam em análise, entendeu qualificá-lo como infracção, o que consiste numa alteração da qualificação jurídica de factos já conhecidos.

Houve, pois, uma alteração da qualificação jurídica de factos que já estavam em análise (diversa da subsunção à nova Lei da Concorrência) que, não só justificava, como impunha que a AdC fizesse nova notificação para efeitos de exercício dos direitos de defesa, como o fez, através de nova nota de ilicitude, que, expressamente, aliás, substituiu a primeira (que assim “desapareceu” do processado).

Nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade ocorreu, já que os direitos de defesa foram integralmente respeitados, consequentemente nenhuma nulidade havendo a declarar.

Esclarece-se, aliás, quanto ao argumento da arguida SIC, de fraude à lei, que a múltipla dedução de notas de ilicitude em nada influi no prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional, uma vez que, quer no regime anterior a 2001, por força da jurisprudência obrigatória do Acórdão de Fixação de Jurisprudência nº 6/2001 de 08/03/01, quer no regime posterior, por via do art. 28º nº3 do RGCO, quando, desde o seu início (prática dos factos) tiver decorrido o prazo prescricional acrescido de metade, ressalvado o tempo de suspensão, o procedimento extingue-se por prescrição, independentemente do número de interrupções ocorrido.

Não significa porém, que o tribunal entenda que a AdC agiu correctamente. Significa apenas que juridicamente, a sua conduta se pautou por estritos padrões de legalidade. Significa também que, como a censura do tribunal apenas juridicamente pode ser feita, pouco mais temos a dizer sobre o assunto.

Não deixa, porém, de se advertir que o instituto da boa-fé também se aplica a condutas processuais, também se aplica em processos contra-ordenacionais e a autoridades administrativas independentes e que, no caso presente, a AdC se aproximou muito perigosamente dos limites deste instituto que, caso houvessem sido ultrapassados, importaria uma solução diversa para esta questão. Leia-se, não se trata de conduta processual que a AdC convenha repetir, sob pena de, que não seja pelo número, o tribunal vir a censurar por esta via o processado.

“”

Também no processo nº 1065/07.0TYLSB do 2º Juízo deste tribunal, igualmente transitada em julgado, por decisão de 02/03/10, o tribunal apreciou esta concreta questão nos seguintes termos:

“”

2.1.8 – A não concentração da acusação num único acto processual

Entende a PTC que se verificou o desrespeito das suas garantias de defesa traduzido na não concentração num único acto processual de toda a acusação. Alega que a AdC tem o dever de concentrar a acusação num único acto processual não havendo qualquer disposição legal que lhe permita apresentar duas notas de ilicitude sem que tal se justifique por uma alteração não substancial ou substancial dos factos de que dispunha. —

Acrescenta que a segunda nota de ilicitude foi usada para colmatar as lacunas existentes na acusação e que nela levou em conta os argumentos apresentados pela PTC na sua defesa escrita. Admitir este procedimento equivale a permitir à AdC usar a nota de



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

ilicitude para ganhar conhecimento da defesa da PTC e esvaziá-la na fase de instrução. Conclui que a emissão de duas notas de ilicitude viola os padrões de boa fé que aqui se impõem. ---

Para apreciar esta questão é de considerar a seguinte facticidade: ---

1 – O presente processo teve início em 20 de Junho de 2003 com apresentação de uma denúncia pela Tvtel (fls. 2). ---

2 – A AdC efectuou várias diligências e notificou a PTC em por carta registada enviada a 13 de Dezembro de 2004 e recebida pela arguida em 14 de Setembro de 2004 da nota de ilicitude, que aqui se dá por reproduzida (fls. 1839 e 1858). ---

3 – No dia 10 de Novembro de 2004 deu entrada na AdC a uma denúncia apresentada pela Cabovisão (fls. 1893). ---

4 – No dia 11 de Novembro de 2004 a PTC apresentou a sua defesa escrita relativa à nota de ilicitude referida em 2). ---

5 – No dia 5 de Julho de 2005 foi a PTC notificada de nova nota de ilicitude, que aqui se dá por reproduzida (fls. 3297). ---

6 – No dia 26 de Setembro de 2005 a PTC apresentou a sua defesa escrita relativa à nota de ilicitude referida em 5) (fls. 3897). ---

7 – Na referida resposta a PTC não suscitou qualquer vício resultante da dedução pela AdC de duas notas de ilicitude (fls. 3897). ---

*

Antes de mais há que apurar se a arguição desta nulidade em sede de recurso da decisão final é admissível. ---

A AdC goza dos mesmos direitos, faculdades e deveres dos órgãos de polícia criminal e, no exercício dos seus poderes sancionatórios, tem, conforme já explanado, competência para instruir processos de contra-ordenação por violação das regras da concorrência e aplicar as respectivas coimas e sanções acessórias (arts. 17º, 22º a 28º da Lei 18/2003 e 7º, nº 2, al. a), dos seus Estatutos, aprovados pelo Dec.lei 10/2003 de 18 de Janeiro). ---

Quando no exercício destas suas funções a Autoridade pratica actos decisórios, actos esses que afectam ou são susceptíveis de afectar direitos, importa apurar qual o modo de reacção possível por quem se sentir afectado. ---

A regra geral em qualquer ramo do direito é a de que só os despachos (que não de mero expediente) e as sentenças podem ser objecto de recurso. Tal faz todo o sentido uma vez que só estes configuram actos decisórios e, por conseguinte, só estes podem afectar direitos das partes. ---

Querendo um arguido questionar a validade de actos praticados pela Autoridade, terá que começar por o fazer perante a própria Autoridade, i.e., a Autoridade é a primeira entidade que vai conhecer dos vícios suscitados. E tal faz todo o sentido dado que a autora do acto é quem está mais bem posicionada para apreciar, num primeiro momento, da sua validade, podendo considerar assistir razão à parte e, consequentemente, diligenciar de imediato pela sanção do vício que estiver em causa. Assim se procedendo, não só a reposição da legalidade do acto é mais eficaz e célere, como se evita o recurso desnecessário a Tribunal. ---

Neste sentido se pronunciou o Ac. RL de 16-01-07 nos seguintes termos: "Acrescentar-se-á que a regra geral em matéria de nulidades, incluindo em processo penal, é a de que elas são sempre suscitadas perante a entidade que as cometeu e por esta conhecidas e reparadas, se reconhecida a sua existência. Só da decisão que as não reconhece é que o



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

interessado pode recorrer para outra entidade ou tribunal, pois até aí não há decisão recorrível sobre essa matéria. Só as nulidades da sentença é que deverão ser arguidas em recurso, nos termos do art. 379º, n.º 2, do CCP." (Proc. 5807/2006-5). Note-se que o próprio Assento 1/2003 o referia expressamente no parágrafo IV do ponto 13 da respectiva fundamentação. —

Temos, pois, um requerimento dirigido à Autoridade e um despacho desta a conhecer o ou os vícios que tiverem sido suscitados. Se o despacho da Autoridade julgar improcedentes os vícios invocados, caberá então, e só então, recorrer judicialmente desta decisão, ao abrigo do disposto no art. 55º do RGCO. No caso das contra-ordenações da concorrência, a possibilidade de recurso deste despacho está prevista no art. 50º, n.º 2, da Lei 18/2003, que atribui competência para conhecer do mesmo ao Tribunal do Comércio de Lisboa. —

Nos casos em que a AdC opta por conhecer das nulidades invocadas na nota de ilicitude na decisão final, então o recurso dessa decisão deverá ser feito no próprio recurso de impugnação judicial da decisão final. —

Para além de não fazer qualquer sentido obrigar a arguida a interpor dois recursos paralelos de uma mesma decisão, um relativo à parte que julgou improcedentes as invalidades suscitadas e outro relativo à parte que a condenou pela prática de uma infracção, não é legalmente admissível interpor dois recursos de uma mesma decisão, e é indiscutível que no caso estamos perante uma decisão una. Recorde-se que a propósito da oportunidade de arguição da nulidade por violação do art. 50º do RGCO, o Assento 1/2003 determina como jurisprudência obrigatória, que a mesma pode ser arguida "pelo interessado/notificado, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria administração, ou, judicialmente, no acto de impugnação da subsequente decisão/acusação administrativa". Por paralelismo de situações, entende-se que qualquer outra nulidade que a AdC só conheça na decisão final pode ser suscitada no recurso de impugnação. —

No caso dos autos a PTC, notificada da segunda nota de ilicitude apresentou resposta/defesa escrita, na qual se pronuncia sobre os factos que naquela lhe são imputados e sobre o respectivo enquadramento jurídico, não fazendo qualquer alusão à inadmissibilidade da segunda nota de ilicitude. Nem nessa resposta (que consta de 126 páginas, 531 artigos) nem em qualquer outro momento, excepto no presente recurso, a PTC pôs em causa a existência das duas notas de ilicitude ou invocou que por terem sido emitidas duas notas de ilicitude o seu direito de audiência e defesa foi posto em causa. —

Não pode, pois, a PTC vir agora e em sede de recurso, invocar a dita nulidade resultante da existência de duas notas de ilicitude. A existir alguma nulidade a arguida dela teve conhecimento no momento em que foi notificada da segunda nota de ilicitude pelo que a deveria ter suscitado perante a AdC no prazo de 10 dias e, só do despacho por esta proferido sobre a arguição, é que poderia ser interposto recurso para tribunal. —

Mas, mesmo que assim não se entendesse, o certo é que a pretensão da arguida nunca poderia proceder. —

A PTC entende que a simples existência de duas notas de ilicitude viola o seu direito de defesa, direito esse que também se manifesta no princípio da concentração da acusação. —

A violação do direito de defesa do arguido em processo contra-ordenacional tem o conteúdo que supra se delimitou e que essencialmente se resume ao princípio de que não pode ser aplicada qualquer sanção por violação de uma norma contra-ordenacional sem que ao arguido seja dada a possibilidade de sobre ela se pronunciar, ou seja, sem que ao arguido seja dada a possibilidade de "discutir, contestar e valorar". —



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

No entender do tribunal este direito pode ser violado e tal violação tanto pode enquadrar-se numa nulidade insanável como numa nulidade sanável. Vejamos. —

Vigora entre nós, no que concerne às nulidades, o princípio da tipicidade, princípio esse que tem duas vertentes: um acto só é nulo quando a nulidade for expressamente cominada na lei (art. 118º, n.º 1 do Cod. Proc. Penal) e a nulidade só é insanável se a lei a cominar como tal (art. 119º do Cod. Proc. Penal). —

Se estivermos perante um caso em que não há uma intervenção processual do arguido por não lhe ter sido formulada, como devia, a comunicação de elementos integrantes do processo e considerados relevantes para a imputação que lhe é feita, a fim de tomar posição sobre os factos que lhe são imputados (situação que tanto pode ocorrer por não lhe ser de todo comunicada a nota de ilicitude como por não lhe serem dados a conhecer aspectos essenciais do processo), o caso é equiparável à ausência processual do arguido e, nessa medida, passível de enquadramento no art. 119º, al. c), do Cod. Proc. Penal, ou seja, de ser considerado uma nulidade insanável. —

Se a situação não for a de ausência processual do arguido mas estivermos perante um caso em que ao arguido não é dada a possibilidade de exercer a sua defesa por a comunicação que lhe é feita padecer de um qualquer vício enquadável no art. 283º, n.º 3, do Cod. Proc. Penal, está em causa uma nulidade sanável (assento 1/03), expressamente enunciada no citado art. 283º. —

No caso em apreciação trata-se de apurar se a dedução de duas notas de ilicitude constitui uma nulidade. —

Ora se é certo que, como diz a arguida, não há nenhuma regra que permita que uma autoridade administrativa, após uma primeira nota de ilicitude, a subsequente produção de prova e apresentação de defesa pela arguida, emita uma segunda nota de ilicitude, não é menos certo que não há nenhuma disposição que o proíba nem, muito menos, que determine que a dedução de duas notas de ilicitude constitui uma nulidade. - Logo, por força do princípio da tipicidade, a simples dedução de duas notas de ilicitude não constitui, por si só, uma nulidade.

A nulidade poderá existir se verificada uma das duas situações acima referenciadas, ou seja, se nem sequer for notificada à arguida ou se ocorrer outro vício equiparável à ausência processual do arguido, caso em que se estará perante uma nulidade insanável, ou se não respeitar o conteúdo previsto no art. 283º, n.º 3, do Cod. Proc. Penal, caso em que se estará perante uma nulidade sanável. —

No presente caso nenhuma das duas situações se verifica. A AdC após deduzir a segunda nota de ilicitude notificou a PTC para exercer o seu direito de defesa, respeitando esta segunda nota de ilicitude o disposto no art. 283º, n.º 3, do Cod. Proc. Penal, tendo a arguida exercido plenamente essa defesa. Ou seja, nem estamos perante uma situação de falta de comunicação dos elementos relevantes à arguida nem perante uma situação de comunicação deficiente ou parcial dos elementos relevantes. —

Por conseguinte, da dedução de duas notas de ilicitude não resultou qualquer violação ao direito de defesa da arguida susceptível de ser enquadrado como nulidade. —

Pretende a PTC que a actuação da AdC neste particular é atentatória dos princípios da boa fé na medida em que não só não houve qualquer alteração dos factos de que dispunha que o justificasse como aproveitou para colmatar as deficiências da primeira nota de ilicitude,



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

levar em consideração os argumentos apresentados na defesa escrita e esvaziar essa defesa na fase de instrução. ---

A PTC faz esta invocação mas escusa-se de alegar qualquer facto concreto, designadamente não indica quais os factos por si alegados na defesa que a AdC considerou na segunda nota de ilicitude, quais as concretas deficiências colmatadas, como, porquê e em que medida o seu direito de defesa foi esvaziado na fase de instrução. À arguida cabia concretizar e factualizar estas conclusões, o que não fez. ---

Já no que concerne à alegação de que não houve qualquer alteração de factos que justificasse a dedução da segunda nota de ilicitude, o tribunal julga que tal alegação se deve a lapso manifesto da arguida já que esta tem perfeito conhecimento de que após ser notificada da primeira nota de ilicitude deu entrada uma nova queixa na AdC, apresentada pela Cabovisão, na qual são imputados à arguida factos em tudo semelhantes aos que lhe eram imputados pela Tvtel e que originaram a abertura do processo. Tem, pois, a arguida pleno conhecimento de que houve uma alteração da matéria factual em apreciação e que essa alteração justifica a apresentação de uma segunda nota de ilicitude dado estar em causa, na perspectiva da AdC, o mesmo ilícito, praticado em período coincidente e sucessivo, e que por conseguinte justifica a existência de um único processo. ---

Em suma, no caso concreto a dedução de duas notas de ilicitude teve uma justificação objectiva (apresentação de nova denúncia pela prática do mesmo tipo de factos no mesmo espaço temporal) e em nada afectou o direito de defesa da arguida (dado ter a mesma sido novamente notificada para se pronunciar). ---

*"

Transparece destas duas decisões a admissibilidade, em abstracto da possibilidade de, em processo de contra-ordenação, serem deduzidas mais do que uma nota de ilicitude.

É defendido pelas arguidas que o objecto do processo fica circunscrito com a notificação prevista no art. 25º, al. b) da LdC e que nenhuma disposição legal permite à AdC inserir no mesmo processo novos factos inserir no mesmo processo novos factos que venha a descobrir na fase de instrução, por maioria de razão não se permitindo a inserção de novos factos que fossem já conhecidos da AdC antes da fase de instrução, como sucedeu nestes autos.

Mais é alegado que a interpretação defendida pela AdC, a admitir-se violaria o princípio da lealdade e do processo equitativo e consubstanciaria uma compressão intolerável dos direitos de defesa, uma vez que o arguido sempre estaria inibido de responder aos factos que lhe fossem imputados pois ao fazê-lo contribuiria para a sua condenação, sendo, assim, legalmente inadmissível por violação do princípio do acusatório, da vinculação temática e da proibição da *reformatio in pejus* a conduta da AdC de elaborar, no presente processo, uma nova nota de ilicitude, concentrando todos os factos que constavam da nota de ilicitude inicial e da nota de ilicitude complementar.

É também alegado que a LdC prevê claramente duas fases, de inquérito e de instrução, não permitindo o retorno à fase de inquérito ou reabertura da



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.ª Juíza

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1128/09.0TYLSB

instrução no mesmo processo, sendo a conduta em contrário um acto nulo por falta de fundamento legal.

Na mesma linha defende-se que admitir se complemente uma NI previamente deduzida e notificada ou se substitua a mesma seria defraudar o princípio do *ne bis in idem* permitindo à entidade acusatória desistir da acusação em fase de decisão, e recomeçar abonada com os meios de defesa entretanto deduzidos, havendo que assegurar a tutela da confiança dos investigados.

A AdC argumentou, por sua vez que a fase de inquérito, nos procedimentos sancionatórios por infracções jusconcorrenciais, prevista no art. 26.º n.º1 da LdC é uma fase de investigação preliminar de recolha de indícios suficientes de infracção, não sendo equivalente ao inquérito penal e que até à emissão da decisão final a AdC pode exercer todos os poderes de investigação que a lei lhe confere, desde que assegurando o direito de contraditório, uma vez que a lei admite expressamente a realização de diligências complementares de prova.

Em consequência, sempre que as respostas das arguidas ou o resultado das diligências complementares de prova revelem novos elementos que confirmam ao caso um novo enquadramento jurídico ou acrescentem novos factos ou meios de prova a AdC pode e deve dar a conhecer às arguidas esse novo enquadramento para que tenham oportunidade de se pronunciarem.

A emissão de uma nota de ilicitude complementar ou revogatória é, em muitos casos, não só legítima como necessária.

A emissão de nova nota de ilicitude foi já admitida pela jurisprudência nacional e é prática comum no direito comunitário da concorrência, sendo procedimento usado pela Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

É um verdadeiro dever da AdC alterar as imputações que preliminarmente tinha efectuado na nota de ilicitude em função de novos elementos trazidos ao processo através das respostas dos arguidos à nota de ilicitude, das diligências complementares de prova ou por qualquer outro meio lícito, se com isso alcançar uma melhor decisão da causa e um mais eficiente cumprimento da sua missão.

*

Argumenta a AdC que a emissão de notas de ilicitude substitutiva ou complementar é comum no direito comunitário da concorrência, aí denominada de “comunicação de objecções” e prevista no art. 10.º do Regulamento CE no 773/2004 da Comissão de 07/04/04 sendo prática assente e aceite pelo TJCE.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax. 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

Há, porém, que perspectivar as diferenças estruturais dos sistemas jurídicos em análise. No nosso ordenamento jurídico o primado da lei sobre a jurisprudência é, precisamente uma das características diferenciadoras relativamente aos sistemas anglo-saxónicos. Nestes "...a falta de um sistema jurídico codificado é compensada pelo relevo atribuído aos precedentes jurisprudenciais que ponto a ponto vão tecendo a malha da ordem jurídica. Já entre nós, a tradição jurídica privilegia um sistema codificado ou assente em diplomas avulsos a que os tribunais devem obediência, com pretensões de abarcar, em abstracto, todas as situações da vida real, reservando-se para a jurisprudência a função de fonte mediata do direito, na sua vertente interpretativa." – cfr. António Santos Abrantes Gerales *in* Recursos em Processo Civil – Novo Regime, pg. 24.

E, precisamente, como escreve este autor (loc. cit., nota 23) "A aproximação dos sistemas de direito continental à metodologia própria dos sistemas anglo-saxónicos verifica-se actualmente no âmbito do direito comunitário, onde a jurisprudência emanada do Tribunal Europeu de Justiça vai suprimindo a incompleta normativização, a divergência de conceitos ou de institutos dos diversos sistemas jurídicos abarcados pela área de jurisdição desse tribunal e a necessidade de encontrar soluções que melhor se adaptem às circunstâncias."

É impossível desligar o historial da defesa da concorrência em Portugal do direito comunitário principal e derivado, até porque a primeira legislação surge precisamente na sequência da nossa adesão à então CEE.

No plano estritamente substantivo, os preceitos fundamentais que se foram sucedendo nestes diplomas têm transcrito, no essencial, os actuais arts. 101º e 102º do Tratado (antes arts. 85º e 86º e 81º e 82º), o que torna o recurso ao longo labor das instituições comunitárias imprescindível por parte do intérprete/aplicador em sede de procedimentos nacionais, quer nos casos de aplicação directa dos arts. 101º e 102º do Tratado, quer nos casos estritamente nacionais.

Tal realidade e o longo percurso que a ordem jurídica comunitária já percorreu em matéria de defesa da concorrência fazem com que a referência a esta (em sentido lato) abranja também muitas outras questões e aspectos, nomeadamente processuais.

Os procedimentos, nomeadamente os procedimentos sancionatórios de concorrência, são crescentemente complexos e vêm envolvendo a discussão e decisão de questões que, sendo novas no ordenamento nacional, foram já muito tratadas a nível comunitário e objecto de múltiplas decisões quer da Comissão,

**Tribunal do Comércio de Lisboa****3º Juízo**Av. D. João I I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

quer dos tribunais comunitários. Tal torna “natural” que os envolvidos (não só a AdC, mas também os tribunais nacionais, o Ministério Público quando é chamado a intervir e as empresas objecto de procedimentos) olhem e apelem às decisões das instâncias comunitárias, muitas vezes importando para os procedimentos nacionais conceitos, noções e princípios desenvolvidos a nível comunitário.

Esta referência, absolutamente indispensável, às noções, conceitos e correntes de pensamento do quadro comunitário tem, porém, que ser efectuada com as devidas cautelas e adaptações.

Desde logo há que ter bem presente que é essencial determinar as condições de aplicabilidade da lei nacional e das regras comunitárias. Por outras palavras, é fundamental, no âmbito dos procedimentos sancionatórios saber quando é que uma prática infringe a Lei da Concorrência e quando é que infringe também o art. 81º ou o art. 82º do Tratado CE.

Tendo esta distinção perfeitamente presente e definida, nos casos em que nos situamos no âmbito estritamente nacional, há que, logo à partida, considerar que, no nosso ordenamento jurídico, a defesa da concorrência não está, nem nunca esteve ao serviço de objectivos como a integração ou o estabelecimento de um mercado único supra-nacional, objectivos que nortearam os primeiros tempos de definição de políticas de concorrência a nível comunitário. Embora política de concorrência e defesa da concorrência surjam, por assim dizer, dispostas numa relação vertical, sem que a primeira afecte os conceitos jurídicos, esta é uma realidade que convém manter em mente quando transpomos construções “comunitárias” para o nosso ordenamento jurídico.

O que convém também manter em mente é a diferente natureza dos ilícitos em causa numa e noutra ordem jurídicas: no direito nacional as infracções básicas têm a natureza de contra-ordenações, enquanto que no direito comunitário estamos ante ilícitos administrativos. Embora a discussão doutrinária sobre a intrínseca natureza dos ilícitos a nível comunitário seja antiga – com alguns autores a cominarem-lhe uma natureza quase-penal – juridicamente existe uma diferença assinalável.

Consequência da diferente natureza dos ilícitos e também fonte de cautelas por parte do intérprete aplicador de direito é o facto de os procedimentos terem diversa natureza e diferentes regimes: procedimento contra-ordenacional a nível nacional e procedimento administrativo a nível comunitário.

Esta diferente natureza dos procedimentos e dos ilícitos tem amplas consequências, quer a nível da solução de questões procedimentais a considerar

**Tribunal do Comércio de Lisboa**

3º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

num e noutro ordenamento, quer a níveis mais substantivos como, por exemplo, em matéria de prova. Exemplificativa é a problemática que rodeia a questão do ónus da prova quanto às causas de justificação (art. 5º da Lei da Concorrência) nos procedimentos sancionatórios nacionais, tudo aliado ao carácter supranacional do direito comunitário e à sua específica génese.

E no caso concreto foi proferida uma decisão aplicando às arguidas coimas pela prática concertada de infracção ao disposto no art. 4º nº1 da Lei nº18/2003, ou seja, foi investigada, instruída e punida uma infracção à lei nacional da concorrência.

Trata-se pois de um procedimento nacional por infracção à lei portuguesa, nos quadros substantivo e processual da mesma lei.

Não há, pois, que chamar à colação práticas por muito sedimentadas que sejam, do direito comunitário da concorrência, em especial práticas processuais, quando nos movemos em quadros procedimentais de natureza radicalmente diversa como supra assinalado, havendo sim que buscar no estrito quadro legal nacional o enquadramento da questão.

*

Efectivamente, e como aponta a AdC nas suas alegações não se pode fazer um total paralelismo entre o processo penal e o processo contra-ordenacional.

O processo crime tem início com a abertura de um inquérito na sequência da notícia de um crime (art. 241º e 262º, ambos do CPP). No decurso do inquérito são praticados os actos de investigação reputados de necessários com vista à decisão sobre a acusação (citado art. 262º). Terminada a investigação e concluindo o titular da acção penal (Ministério Público) que há fortes indícios da prática de um crime e do seu autor, deduz a respectiva acusação contra o mesmo (art. 283º nº1 do CPP). Neste caso pode o arguido, se não se conformar com a acusação, requerer, no prazo de 20 dias contados da sua notificação, a abertura de instrução (art. 287º do mesmo diploma).

O processo contra-ordenacional inicia-se com a participação elaborada pelas autoridades policiais ou agentes de fiscalização ou por particulares, participação essa que é depois remetida para a autoridade administrativa responsável (art. 54º nº1 do RGCO). Aberto um processo contra-ordenacional são praticados os actos de investigação reputados de necessários com vista à decisão final (citado art. 54º nº2). Terminada a investigação e concluindo o titular do processo (autoridade administrativa) que há fortes indícios da prática de uma contra-ordenação e do seu autor, profere uma decisão, designada de nota de ilicitude, na qual identifica o arguido e os factos praticados, subsumindo-os ao direito aplicável e indicando as sanções em que o mesmo incorre (art. 50º do



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

RGCOG). Tal decisão tem de ser notificada ao arguido a quem tem de ser dada a possibilidade de sobre ela se pronunciar em tempo razoável (citado art. 50º).

Neste caso pode o arguido, se não se conformar com a nota de ilicitude, exercer o seu direito de defesa, que passa não só pela resposta aos factos que lhe são imputados e respectivo enquadramento jurídico, como pela apresentação da prova que entender necessária ou pelo requerimento de realização de diligências. Trata-se aqui de dar corpo ao direito constitucionalmente consagrado de defesa (art. 30º, nº 10, da Lei Fundamental), direito esse que tem o mesmo conteúdo material do direito de defesa conferido no processo crime.

Exercido o direito de defesa e realizadas as provas que a autoridade reputar de necessárias, será proferida decisão final que tanto poderá ser de arquivamento do processo como de aplicação de uma sanção (art. 54º nº2 do RGCOG). Sendo proferida uma decisão condenatória pode o arguido interpor recurso judicial da mesma, junto da entidade recorrida, que, se não revogar a decisão, enviará os autos ao Ministério Público junto do Tribunal competente (art. 59º e 62º do RGCOG).

Caberá então ao Ministério Público apresentar os autos a juízo, valendo este acto como acusação (art. 62º nº2 do mesmo diploma).

A Lei da Concorrência pormenorizou o art. 54º do RGCOG em vários preceitos:

- art. 24º quanto à abertura do inquérito consagrando o dever de dar início ao processo por parte da AdC sempre que tome conhecimento, por qualquer via, de eventuais práticas proibidas;

- art. 25º quanto à decisão do inquérito, consagrando duas decisões possíveis, o arquivamento, caso se entenda não existirem indícios suficientes da prática da infracção, ou o início da instrução do processo, notificando os arguidos sempre que conclua pela existência de indícios suficientes de uma prática restritiva.

A notificação prevista no art. 25º nº1, al. b) da lei da Concorrência mais não é que uma concretização do art. 50º do RGCOG, iniciando-se então o que a lei denomina de instrução, regulada pelo art. 26º.

É precisamente no art. 26º que reside uma outra diferença relativamente ao Regime Geral das Contra-Ordenações que inculca bem a intenção do legislador de pormenorizar este regime para o procedimento contra-ordenacional relativo a infracções anti-concorrenciais.

Não há, no Regime Geral qualquer previsão semelhante ao disposto no art. 26º nº4 da LdC que prevê que a AdC pode ordenar oficiosamente a



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisbon
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

realização de diligências complementares de prova mesmo após o exercício da defesa desde que assegure o direito ao contraditório.

Isto implica uma consequência imediata – de acordo com o percurso que acima traçámos o primeiro local onde temos que buscar as regras é a própria LdC, não havendo que aplicar o direito subsidiário se a questão estiver suficientemente regulamentada neste diploma – a AdC pode realizar diligências de prova após a notificação prevista no art. 25º nº1, al. b) da LdC e não está limitada às diligências de prova requeridas pelos arguidos no exercício do seu direito de defesa, sendo esse o sentido útil da expressão “oficiosamente”.

E sendo assim cabe perguntar qual a utilidade desta previsão se a AdC não puder utilizar novos factos a cujo conhecimento chegue por esta via no âmbito do processo que está a instruir?

A resposta quanto a nós impõe-se: pode e deve utilizar tais factos e, se para cumprir cabalmente os seus deveres no tocante à defesa do arguido tiver que formular e notificar nova nota de ilicitude pode e deve fazê-lo.

É que assegurar o contraditório relativamente às próprias diligências de prova pode não chegar, havendo que ter em atenção a jurisprudência obrigatória do Assento 1/2003.

Aqui chegados e concluindo pela admissibilidade legal da dedução de várias notas de ilicitude.

É certo que já por várias vezes se concluiu neste tribunal que a peça processual que equivale à acusação é a nota de ilicitude e daí se extraíram várias conclusões.

Poderemos daí partir para a aplicação das regras que conformam a acusação como fixando o objecto do processo em processo penal e verter integralmente aqui as regras processuais penais relativas à alteração dos factos?

Analizando agora sob a perspectiva estrita do direito de defesa, a verdade é que a equiparação entre a acusação e a nota de ilicitude não é total.

À acusação, em processo penal pode ou não seguir-se uma fase facultativa, de instrução, que visa confirmação (ou não) judicial da decisão do Ministério Público de deduzir acusação ou de arquivar os autos.

A acusação fecha a fase de inquérito e toda a prova que eventualmente seja produzida na fase de instrução visa apenas a confirmação ou negação da acusação.

Quando o processo é remetido para julgamento é da acusação que o arguido se defende ou da sua confirmação em instrução.

Já em processo contra-ordenacional de concorrência, à fase de inquérito que “fecha” com a nota de ilicitude, segue-se obrigatoriamente a fase



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1125/09.0TYLSB

denominada instrução na qual como vimos a AdC pode ainda oficiosamente efectuar diligências complementares de prova.

Se vier a ser proferida decisão condenatória a arguida pode novamente exercer em pleno o seu direito de defesa da forma mais ampla impugnando judicialmente a decisão.

Ou seja, a nota de ilicitude e a resposta a ela apresentada não são diferentemente do que sucede no processo penal com a acusação, a única e central oportunidade de defesa do arguido nos autos.

O arguido pode defender-se respondendo à nota de ilicitude e pode ainda questionar, quer os elementos de facto, quer os elementos de direito, da decisão condenatória que venha a ser proferida.

Tal, quanto a nós, possibilita o entendimento defendido pela AdC de que, em abstracto, pode haver mais do que uma nota de ilicitude em processo sancionatório por infracção às regras concorrenciais.

Tal não significa, porém, que se trate de um direito ou privilégio da Autoridade que esta possa usar sem limites e como estratégia processual, matéria que analisaremos a propósito das invocadas violações do direito a um processo equitativo.

Significa apenas que a possibilidade existe e que, em casos concretos em que se justifique, como os tratados nos processos 1050/06 e 1065/07 pode e deve ser usada.

*

1.3.4. Incompetência das instrutoras do processo para a adopção da NNI

As arguidas Cerealis vieram alegar que a NNI foi adoptada por duas instrutoras da AdC e não pelo Conselho, sendo que o Conselho da AdC é o órgão da mesma que tem competência para adoptar a decisão prevista no art. 25º nº1, al. b) da LdC, ou seja a Nota de Ilcitude, nos termos do art. 17º nº1, al. a) dos respectivos Estatutos, o que não sucedeu no caso concreto, não sendo permitida a delegação de poderes para a prática deste acto.

Mais apontou tratar-se de vício tempestivamente arguido, na resposta à 3ª Nota de Ilcitude caso não se entenda tratar-se de nulidade e sim de irregularidade.

Reclamou desde logo que a interpretação conjugada dos arts. 25º nº1, al. b) da LdC e 11º do Decreto Lei nº 10/2003 no sentido de que as instrutoras do processo podem, sem que tais poderes lhe tenham sido expressamente conferidos pelo Conselho da AdC, e sem identificação da norma que habilita os membros do Conselho a conferirem tais poderes, adoptar uma decisão nos

**Tribunal do Comércio de Lisboa****3º Juízo**Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

termos do art. 25º nº1, al. b) da LdC, sem qualquer menção nesta de delegação de poderes, é inconstitucional por violação dos arts. 1º, 2º, 20º nº4, 266º e 268º da CRP.

Mais alegou que na resposta da AdC foi mencionada a existência nos autos de elementos (fls. 8518-A a 8518-A1) que comprovam o conhecimento e aprovação da Nota de Ilicitude pelo Conselho, elementos esses que não constavam nos autos quando as arguidas consultaram o processo com vista à resposta à 3ª Nota de Ilicitude, igualmente não constando das cópias do processo que então pediram e lhes viram concedidas.

Tais elementos apenas foram juntos ao processo após a arguição pelas arguidas da falta de competência das instrutoras, sem que tal junção tenha sido dada a conhecer. Esta conduta da AdC afecta a fé pública do processado. As arguidas requereram que a AdC renumerasse as folhas de acordo com a sua sequência temporal de junção, sob pena de violação do disposto nos arts. 50º do RGCO e 32º nº10 da CRP, o que não veio a suceder, e o que viola o direito a um processo justo e equitativo.

A AdC veio responder, pedindo a improcedência da arguição e alegando que o Conselho da AdC é o seu órgão máximo, que dirige os respectivos serviços e tem as competências previstas no art. 17º da LdC.

O Conselho abre os inquéritos e nomeia o técnico ou técnicos responsáveis por toda a fase processual que corre termos na Autoridade, os quais ficam legalmente habilitados, por deliberação do Conselho a praticar todos os actos necessários à condução do processo que não estejam reservados pelos Estatutos ao Conselho.

Os estatutos não reservam ao Conselho competência exclusiva para a emissão e notificação de notas de ilicitude, ao contrário do que sucede com a abertura do inquérito e da decisão final.

Assim sendo as instrutoras nomeadas no despacho do Conselho de abertura do inquérito estavam habilitadas a praticar todos os actos necessários à condução do processo, incluindo a elaboração e notificação da nota de ilicitude, a qual foi aliás aprovada pelo Conselho, conforme fls. 8518-F a 8518-A1 dos autos.

O art. 25º da LdC prescreve apenas que, findo o inquérito a Autoridade decidirá proceder ao arquivamento ou dar início à instrução do processo, através de notificação dirigida às empresas ou associações de empresas arguidas sempre que conclua pela existência de indícios suficientes de infracção às regras da concorrência.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

Para determinar exactamente quem, na Autoridade, pode proferir estas decisões, há que analisar os Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto Lei nº 10/2003 de 18/01, dedicando-se o respectivo Capítulo II à sua organização interna.

Prescreve o art. 11º que o Conselho é o órgão máximo da Autoridade, responsável pela aplicação da legislação de promoção e defesa da concorrência, bem como pela direcção dos serviços.

O art. 17º discrimina as competências do Conselho, relevando no nº1, no tocante a competências não relacionadas com o funcionamento da própria autoridade, a sua alínea a) onde se estatui:

«1. Compete ao conselho:

a) Ordenar a abertura e decidir os processos relativos às práticas restritivas da concorrência, aplicando as coimas previstas na lei e adoptando as medidas cautelares que se revelarem necessárias, no quadro da legislação nacional e comunitária;»

Resulta claramente do preceito transcrito que, em matéria de procedimentos sancionatórios, ao Conselho da AdC estão reservadas as decisões de abertura de procedimentos, a adopção de medidas cautelares e as decisões finais, ou seja, as decisões de arquivamento previstas na al. a) do nº1 do art. 25º, as medidas cautelares previstas no art. 27º e as decisões previstas nas alíneas a) a d) do nº1 do art. 28º, todos da LdC.

Não se inclui neste elenco, claramente, a passagem à fase de instrução mediante a elaboração e notificação de nota de ilicitude.

Como refere Miguel Mendes Pereira (*in* Lei da Concorrência Anotada, Coimbra Editora, 2009, pgs. 279 e 280) “A decisão de dar início à instrução não é uma decisão final mas tão somente um acto preparatório de uma decisão final.”

E não sendo uma decisão final, a competência para a proferir não está, nos termos do art. 17º nº1 dos Estatutos da AdC *a contrario*, reservada ao Conselho, nada impedindo que seja proferida pelas instrutoras do processo – regularmente aberto por decisão do Conselho, na qual foram igualmente nomeadas as referidas instrutoras.

Não se verifica, assim, a invocada incompetência, não sendo necessária a delegação de poderes do Conselho por se tratar de um acto que cabia na competência das instrutoras do processo regularmente nomeadas.

A conjugação dos arts. 25º, nº1, al. b) da LdC e 17º nº1, al. a) dos Estatutos da Autoridade não violam, por qualquer forma qualquer dos arts. 1º, 2º, 20º nº4, 266º e 268º da CRP.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

Finalmente não releva para a aferição da competência funcional das instrutoras do processo a aprovação do Conselho e a introdução “posterior” dos documentos que a atestam nos autos (factos esses que poderão, eventualmente ter algum relevo mas em sede diversa da que aqui tratamos).

*

1.3.5. Violação do caso julgado/trânsito em julgado – em geral não acatamento da decisão judicial de 12/02/08.

A AdC protestou, quer na própria NNI, quer na decisão final proferida quer ainda nas alegações proferidas, ter dado cumprimento ao despacho de 12/02/08.

Várias arguidas apontaram à NNI o vício de desrespeito pela decisão proferida, considerando que ao voltar a integrar numa nova nota de ilicitude os factos cuja inclusão havia sido censurada pelo tribunal, a AdC violou o caso julgado formal formado nos autos.

A decisão de 12/02/08 apenas formou caso julgado formal no tocante à decisão efectivamente proferida, ou seja, a declaração de nulidade da Nota de Ilcitude complementar, sendo o mais que ali consta a motivação da decisão proferida.

A AdC respeitou o caso julgado formal, já que a Nota de Ilcitude declarada nula não teve mais qualquer eficácia.

As questões apontadas pelas arguidas prendem-se, não com a violação do caso julgado formal mas sim com a conduta da AdC e voltar a usar os mesmos meios de prova e persistir em “acusar” as arguidas por factos relativamente aos quais o tribunal então considerou haver clara violação do direito a um processo equitativo e justo assente em igualdade de armas, o que será objecto de análise em separado.

*

1.3.6. Violação do princípio *non bis in idem*

Várias arguidas, ainda na temática da admissibilidade e regularidade da NNI invocam também a violação do princípio *ne bis in idem*, essencialmente considerando ter ficado, com a decisão de 12/02/08, precluída a possibilidade de a AdC voltar lançar mão dos factos alargados cuja inclusão foi censurada pelo tribunal.

Nos termos do disposto no art. 29.º n.º5 da CRP «Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.»

Trata-se da consagração constitucional do princípio *non bis in idem*, o qual como ensinam os Ilustres Constitucionalistas Gomes Canotilho e Vital Moreira (in Constituição da República Portuguesa Anotada, I vol., Coimbra



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 2116360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

Editora, 2007, pg. 497) comporta duas vertentes: a de direito subjectivo fundamental que garante ao cidadão o direito de não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto e lhe dá a possibilidade de se defender de actos estaduais violadores deste direito; e a de obrigação do legislador processual à conformação do direito processual e do caso julgado material, por forma a impedir vários julgamentos pelo mesmo facto.

No caso *sub judice* como já supra se assinalou, a questão não se coloca nestes termos. A decisão em causa teve por conteúdo decisório anular a NIC e, em consequência a decisão condenatória que havia sido subsequentemente proferida foi também anulada. O que significa que perdeu qualquer efeito a condenação anterior e esta, a decisão de que ora se recorre, é a única decisão proferida, não havendo julgamento pelos mesmos factos.

O cerne da questão coloca-se, sim, como também já referido, em determinar se a NNI incorreu nos mesmos vícios da NIC e se tal afecta a sua validade.

Não há, assim, violação do princípio *non bis in idem*.

*

1.3.7. Violação das garantias de defesa – direito a um processo equitativo, igualdade de armas, boa-fé e lealdade processual

Praticamente todas as arguidas imputam à NNI os mesmos vícios já sancionados na decisão de 12/02/08, cominando-lhe violação dos direitos de defesa, do direito ao processo equitativo e de igualdade de armas.

A primeira indagação a fazer é a de se a solução achada pela AdC, de substituir integralmente a 1.ª NI (ao invés de como antes fez a complementar) altera os dados da situação.

A resposta é claramente negativa.

A AdC defende ser diferente a situação e que cumpriu integralmente a decisão de 12/02/08 concentrando numa única nota de ilicitude todos os factos colhidos contra as arguidas quer na investigação quer na instrução (fase em que se entrou independentemente de posteriormente ter sido revogada a 1.ª NI).

No entanto não é assim. O que a AdC fez agora é absolutamente similar ao que havia feito antes. Pode ter optado por complementar a 1.ª NI na NIC revogada, mas a verdade é que os factos relativamente aos quais deduziu a 1.ª NI foram contemplados na NIC.

Na 1.ª NI foram imputados à arguida os seguintes factos: cada uma das ali arguidas, enviou aos respectivos clientes uma circular comunicando um aumento extraordinário do preço das diversas farinhas por elas comercializadas (milho



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1 08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

trigo e centeio) de € 20 por tonelada com efeitos a partir de 1 ou 2 de Dezembro de 2003.

Na NIC foram imputados às arguidas, entre outros factos, a circunstância de todas as arguidas terem procedido ao aumento do preço da farinha uniformemente em € 20,00 por tonelada, em Dezembro de 2003.

Ou seja, a NIC ao “complementar” a 1.ª NI englobou os mesmos factos.

Na NNI a AdC volta a englobar este mesmo aumento de Dezembro de 2003, defendendo que só agora revogou a 1.ª NI e englobou, concentrando, todos os factos imputados às arguidas.

Claramente e independentemente de se denominar uma de “complementar” e outra de “nova” nota de ilicitude, o que foi feito, na realidade e para todos os efeitos jurídicos foi a mesma coisa.

E assim sendo nada de relevante se alterou entre a NIC e a NNI que justifique uma alteração da posição do tribunal.

O direito ao processo equitativo encontra consagração no art. 20.º n.º 4 da CRP e tem sido densificado (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, loc. Cit., pgs. 415 e 416) através de outros princípios:

- o direito à igualdade de armas ou de posições no processo, proibindo-se todas as discriminações ou diferenças de tratamento arbitrárias;
- o direito de defesa e o direito ao contraditório;
- o direito a prazos razoáveis de acção e de recurso;
- direito à fundamentação das decisões;
- direito à decisão em tempo razoável;
- direito ao conhecimento dos dados processuais;
- direito à prova;
- direito a um processo orientado para a justiça material.

Verifica-se que, mais uma vez a AdC elaborou uma Nova Nota de Ilcitude, usando elementos que já constavam dos autos aquando da prolação da 1.ª NI e que então não referiu.

Voltou também a utilizar para conformar os novos factos (em relação à 1.ª NI) as respostas a pedidos de informação que se verifica nada explicar porque foram formulados após a 1.ª NI, quando claramente o deveriam ter sido antes.

Como já antes assinalado por este tribunal esta é uma conduta processual que nada tem de justo ou equitativo. Esvazia o direito de defesa a uma formalidade que tem que ser exercida com cautela para não fornecer elementos que possam vir a ser usados contra si em Novas notas de ilicitude, criando uma efectiva desigualdade entre as partes, no caso as arguidas e a AdC.

**Tribunal do Comércio de Lisboa****3º Juízo**Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1126/09.0TYLSB

Ou seja, e terminando o raciocínio supra explanado a propósito da admissibilidade em abstracto de dedução de múltiplas notas de ilicitude: é legalmente admissível em abstracto mas, no concreto, tem que respeitar nomeadamente as garantias de defesa e o direito a um processo justo e equitativo.

No concreto não respeita tais princípios quando a prolação de uma nova nota de ilicitude é exercida após a apresentação da defesa pelos arguidos e se destina, claramente, apenas a “blindar” a acusação relativamente a factos que já eram objecto dos autos por referência a elementos que já ali constavam antes e a alargar o âmbito temporal da imputação mediante o resultado de actividade de investigação que é iniciada apenas após a dedução da nota de ilicitude, sem que haja qualquer razão palpável ou patente nos autos que explique o início tardio de tal actividade.

Os factos e argumentos que já podiam ser utilizados antes da emissão da 1ª nota de ilicitude não são legitimadores do funcionamento da excepção.

De igual forma não legitimam o recurso, que se frisa dever ser excepcional, à formulação de uma nova NI os factos resultantes das respostas a pedidos de informação que poderiam e deveriam ter sido formulados antes da 1ª NI. Ou seja, nada justificando a posterior elaboração de pedidos de informação, as deficiências da fase de inquérito imputáveis à própria AdC não podem ser supridos mediante uma extensão dessa fase após o legítimo exercício do direito de defesa pelas arguidas.

Por segurança a regra é esta: em obediência ao princípio do processo equitativo e igualdade de armas apenas deve haver uma nota de ilicitude relativamente à qual possa ser deduzida toda a defesa. Quando as circunstâncias o aconselhem e tal não prejudique ou comprima o direito de defesa dos arguidos pode ser emitida nova NI sendo exemplos disso os casos analisados nos processos 1050/06 e 1065/07: no 1º caso estavam em causa os mesmos factos com um enquadramento jurídico diverso; no segundo caso novos factos que apenas surgiram após a prolação da 1ª NI pelo aporte de um terceiro (logo fora do controlo temporal da Autoridade).

O que certamente não se encontra correcto e não pode ser sequer enunciado como abstractamente aceitável em obediência ao fundamental princípio do direito a um processo equitativo é que sejam considerados como legitimadores de uma nova NI os argumentos apresentados pela defesa no exercício do direito previsto no art. 50º do RGCOG – o que abstractamente é repetido várias vezes pela AdC ao longo das suas alegações.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João I 1, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
 Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.N.º 1126/09.0TYLSB

Procedem, pois as alegações das arguidas neste particular: a NNI incorreu no mesmo vício da NIC, sendo nula por violação do direito a um processo justo e equitativo, o que compete declarar.

*

Não poderá o tribunal terminar a sua apreciação sem notar, e reconhecendo a importância e dignidade constitucional da missão prosseguida pela AdC, que essa missão tem que ser exercida no quadro legal e constitucional vigente que é um dos pilares fundamentais do estado de direito.

Não compete, finalmente, ao tribunal censurar condutas quer da AdC quer dos demais sujeitos processuais. Apenas lhe compete conhecer das questões que lhe são colocadas e decidir as mesmas. Também não pode emitir directivas para serem seguidas numa fase que não se encontra sob a sua direcção, neste particular apenas podendo clarificar conceitos legais e interpretação dos mesmos. Assim apenas compete a este tribunal, tal como na decisão de 12/02/08, concluir pela nulidade da NIC e anular a mesma enunciando como o fez qual, na sua perspectiva, é a melhor interpretação dos preceitos legais e constitucionais aplicáveis.

Anulando a NIC os autos regressarão à fase administrativa, sob a égide e direcção da AdC a quem competirá decidir o seu destino e processado subsequente: anulando a nota de ilicitude o processo volta à fase administrativa, a qual flui na exclusiva competência da AdC – cfr. arts. 24.º a 28.º da LdC.

*

Esclarece-se, finalmente, que a presente decisão não contém qualquer apreciação relativamente a qualquer meio de prova obtido nos autos, independentemente da respectiva fase. A questão aqui analisada prende-se com os factos que podem ou não ser objecto de imputação e não com os respectivos meios de prova, sendo prematura a preocupação, também revelada pela AdC com a validade dos meios de prova, que assentam em pressupostos diversos das várias questões aqui analisadas.

Atingindo-se a conclusão pela procedência de uma das questões suscitadas pelas arguidas fica precludido o conhecimento das demais questões suscitadas, incluindo a prescrição do procedimento contra-ordenacional, que dependerá do enquadramento (fático e processual) que a AdC, na sequência desta decisão e no exercício das suas atribuições dará ao objecto dos autos.

*

1.4. Decisão:

Pelo exposto, julgando procedente a arguida nulidade da Nota de Ilicidade de 25/11/08, por violação do princípio constitucional do direito a um processo



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I 1, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 1126/09.0TYLSB

equitativo e justo, declaro a nulidade de todo o processo a partir da nota de ilicitude de 25/11/08 (inclusive) e determino a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência a fim de ser sanada a nulidade em conformidade com o supra exposto.

Sem tributação.

Proceda ao depósito da presente decisão.

Notifique e comunique nos termos do disposto no art. 70º n.º4 do Decreto Lei n.º 433/82 de 27/10.

*

Oportunamente remeta os autos à Autoridade da Concorrência.

*

Lisboa, 21/02/11 (gr. ac. serviço com processos de natureza urgente)
Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo(a) signatário(a).

*

O/A Juiz de Direito,

Dr(a). Maria de Fátima dos Reis Silva