

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Processo nº 350/08.8TYLSB.L1

Acordam, em Audiência, no Tribunal da Relação de Lisboa.

I-Relatório.

1. Nos presentes autos de recurso de Contra-Ordenação, do 1º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, com o número supra identificado, em que são recorrentes **ABBOTT -LABORATÓRIOS, Lda**, **MENARINI DIAGNÓSTICOS, Lda**, e **JOHNSON & JOHNSON, Lda** (J&J), melhor identificadas nos autos, foi proferida sentença datada de 7.01.2010 que, concedendo parcial provimento ao recurso de contra-ordenação, manteve parcialmente a decisão Administrativa do Conselho da Autoridade da Concorrência datada de 10.01.2008, **condenando** as arguidas, nos seguintes termos:

A) A arguida ABBOTT-LABORATÓRIOS-Lda:

a) Pela prática de 27 (vinte e sete) contra-ordenações previstas no artigo 2º, nº 1, alínea a), do Dec.-Lei n.º nº 371/93, de 29 de Outubro, nas coimas individuais de 100.000,00 (cem mil euros);

b) Pela prática de 8 (oito) contra-ordenações previstas no artigo 4º, nº 1, alínea a), da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, nas coimas individuais de 150.000,00 (cento e cinquenta mil euros);

c) Na **coima única de €3.000.000,00 (três milhões de euros)**, em cúmulo jurídico das referidas coimas.

B) arguida MENARINI DIAGNÓSTICOS, Lda:

a) Pela prática de 23 (vinte e três) contra-ordenações previstas no artigo 2º, nº 1, alínea a), do Dec.-Lei n.º nº 371/93, de 29 de Outubro, nas coimas individuais de 100.000,00 (cem mil euros);

b) Pela prática de 4 (quatro) contra-ordenações previstas no artigo 4º, nº 1, alínea a), da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, nas coimas individuais de 110.000,00 (cento e dez mil euros);

c) Na **coima única de €2.000.000,00 (dois milhões de euros)**, em cúmulo jurídico das referidas coimas.

C) A arguida JOHNSON & JOHNSON, Lda: na coima de €70.000,00 (setenta mil euros) pela prática de 1 (uma) contra-ordenação prevista no artigo 2º, nº 1, alínea a), do Dec.-Lei n.º nº 371/93, de 29 de Outubro.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

D) Manter a **sanção acessória** aplicada ao abrigo do artigo 45º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, ordenando a todas as arguidas que façam publicar na II.ª Série do Diário da República e num jornal de expansão nacional, no prazo de 20 dias úteis contados da notificação da decisão, um extracto da mesma e bem ainda a parte decisória, nos termos e conforme cópia que lhes será comunicada.

2. Nessa peça processual o Tribunal considerou **provados** os seguintes factos:

"1. A decisão administrativa de que ora se recorre, proferida em 10/01/2008, agrupa duas outras decisões:

a) A decisão proferida em 28/12/2004 no PRC n.º 06/03, que condenou cada uma das arguidas (e ainda a Roche e Bayer) pela prática individual de uma contra-ordenação p. e p. no art. 4º, n.º 1, da lei n.º 18/2003 - da qual todas interpuseram recurso que correu termos sob o n.º 406/05. A Roche retirou o recurso e procedeu ao pagamento voluntário da coima.

*b) A decisão proferida em 06/10/2005 no PRC n.º 04/05, que condenou cada uma das arguidas (e ainda a Roche e Bayer) pela prática de outras infracções jus-concorrenciais (a **Abbott** em 26 infracções ao disposto no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93 e 8 infracções ao disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003); a **Menarini**, em 22 infracções ao disposto no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93 e 4 infracções ao disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003; a **J&J** em 30 infracções ao disposto no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93 e 6 infracções ao disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003; a **Roche**, em 27 infracções ao disposto no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93 e 7 infracções ao disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 e a **Bayer** em 24 infracções ao disposto no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93 e 2 infracções ao disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 – decisão essa da qual a Abbott, Menarini e Bayer interpuseram recurso, que correu termos sob o n.º 1697/05. A J&J e Roche pagaram voluntariamente a coima;*

2. Após a primeira decisão, e de forma livre e espontânea, a J&J entregou à AdC, em 28/01/2005, diversa documentação relativa aos concursos hospitalares (junta a fls. 4-22 e 24-218).

3. Foi nessa sequência que, em 10/02/2005, a AdC decidiu abrir o novo inquérito (PRC 04/05) que veio a culminar na referida decisão de 06/10/2005.

4. Em 06/03/2007 foi ordenada judicialmente a apensação do processo n.º 406/05 número ao processo n.º 1697/05.

5. Em 26/04/2007, após ter concluído que as arguidas não foram notificadas de elementos essenciais do tipo contra-ordenacional, foi ordenada a remessa dos autos à AdC a fim de ser suprida a apontada omissão.

6. Em 21/12/2007 a Bayer declarou conformar-se com a nota de ilicitude e, após prolação da referida decisão administrativa de 10/01/2008, procedeu ao pagamento voluntário da coima.

*

1.1. - HOSPITAL DE SANTA MARIA

7. O Hospital de Santa Maria, em Lisboa, procedeu à abertura de quatro concursos públicos com vista à aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue durante os anos de 2001 a 2004.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

*

8.No concurso público internacional n.º 199/2001 (posição 2, aberto para aquisição de 400.000 unidades de tiras reagentes (tiras-teste) em embalagens de 50 tiras (8.000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 24 de Janeiro de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 15 de Janeiro de 2001, de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.870\$00 (**€9,33**);
- b) a Menarini não apresentou proposta de fornecimento.
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 15 de Janeiro de 2001, de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (**€9,98**);
- d) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 16 de Janeiro de 2001, de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 3.500\$00 (**€17,46**);
- e) José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou uma proposta, com data de 10 de Janeiro de 2001, de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.945\$00 (**€9,70**);
- f) Kemia Científica, S.A. apresentou uma proposta, com data de 8 de Janeiro de 2001, de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 4.004\$00 (**€19,97**);
- g) a Roche apresentou uma proposta, datada de 16 de Janeiro de 2001, de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (**€9,98**);

9.O fornecimento foi adjudicado em partes iguais às concorrentes J&J e Roche.

*

10.No concurso público internacional n.º 199/2002 (posição 2), aberto para aquisição de 400.000 unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (8.000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 22 de Maio de 2002, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta, com data de 16 de Maio de 2002, de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€18,01** (dezoito euros e um cêntimo);
- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 16 de Março de 2002, de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€18,01** (dezoito euros e um cêntimo);
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou uma proposta, datada de 17 de Maio de 2002, de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€18,01** (dezoito euros e um cêntimo);
- d) a empresa Roche apresentou uma proposta de fornecimento, com data de 20 de Maio de 2002, de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€18,01** (dezoito euros e um cêntimo);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- e) a empresa José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou uma proposta, com data de 16 de Maio de 2002, de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €16,64 (dezasseis euros e sessenta e quatro cêntimos);
- f) a Bayer não apresentou proposta de fornecimento de tiras reagentes em tal concurso.

11.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 5% (cinco por cento) à arguida Abbott; 5% (cinco por cento) à arguida Menarini; 40% (quarenta por cento) à J&J e 40% (quarenta por cento) à empresa Roche.

12.Segundo as regras estabelecidas para o concurso, foram estes os seguintes critérios de adjudicação: qualidade (50%), preço (45%) e prazo de entrega (5%).

13.A Abbott já tinha usado o preço de €18,01 na consulta prévia nº 40/2002-A aberta pela Sub-Região de Saúde de Évora, conforme proposta apresentada em 03/04/2002.

*

14.No concurso público n.º 199/2003 (posição 1) aberto para aquisição de 400.000 (quatrocentas mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (8.000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 23 de Janeiro de 2003, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 15 de Janeiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- b) a arguida **Menarini** apresentou, com data de 15 de Janeiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem sem IVA €20,00 (vinte euros);
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou uma proposta, datada de 14 de Janeiro de 2003, de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- d) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 15 de Janeiro de 2003, de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- e) a Roche apresentou, com data de 9 de Janeiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros).

15.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 5% (cinco por cento) à arguida Abbott; 5% (cinco por cento) à arguida Bayer; 45% (quarenta e cinco por cento) à arguida J&J; 5% (cinco por cento) à arguida Menarini; e 40% (quarenta por cento) à empresa Roche.

16.Constavam do programa, como critérios de adjudicação, a qualidade (50%), o preço (45%) e o prazo de entrega (5%).

17.A Abbott já havia apresentado antes, em outros concursos hospitalares, o preço de €20,00.

*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

18.No concurso público n.º 199/2004 (posição 1) aberto para aquisição de 400.000 (quatrocentas mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (8.000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 17 de Outubro de 2003, à abertura das propostas apresentadas:

- a) a Abbott apresentou, com data de 7 de Outubro de 2003, uma proposta de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,90 (treze euros e noventa cêntimos);
- b) a Menarini apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 7 de Outubro de 2003, de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem sem IVA €14,00 (catorze euros);
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou, com data de 9 de Outubro de 2003, uma proposta de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- d) a Bayer apresentou uma proposta, datada de 9 de Outubro de 2003, de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros);
- e) a empresa Roche apresentou, com data de 10 de Outubro de 2003, uma proposta de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €17,00 (dezassete euros).
- f) a empresa José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 19 de Setembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 8.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €10,00 (dez euros);

19.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 5% (cinco por cento) à Abbott; 5% (cinco por cento) à Bayer; 30% (trinta por cento) à J&J; 5% (cinco por cento) à Menarini; e 55% (cinquenta e cinco por cento) à Roche.

*

1.2. - CENTRO HOSPITALAR DE CASCAIS

20.O Centro Hospitalar de Cascais procedeu à abertura de quatro concursos limitados com vista à aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue durante os anos de 2001 a 2003, sendo que relativamente ao ano de 2004 a aquisição de tais tiras reagentes efectuou-se com recurso ao procedimento de ajuste directo.

*

21.No concurso limitado n.º 3/2001 (posição 3), aberto para aquisição de 1.500 embalagens de 50 tiras cada, no total de 75.000 tiras reagentes, o Júri do concurso procedeu, em 13 de Março de 2001, à abertura das seguintes propostas apresentadas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 9 de Março de 2001, uma proposta de fornecimento de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.950\$00 (mil novecentos e cinquenta escudos);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 7 de Março de 2001, uma proposta de fornecimento de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.200\$00 (dois mil e duzentos escudos);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 9 de Março de 2001, de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (dois mil escudos);
- d) a Bayer apresentou, com data de 12 de Março de 2001, uma proposta de fornecimento de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 3.000\$00 (três mil escudos);
- e) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 9 de Março de 2001, de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.980\$00 (mil novecentos e oitenta escudos).

22.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 80% (oitenta por cento) à J&J e 20% (vinte por cento) à arguida Abbott.

*

23.No concurso limitado n.º 2/10001/2002, aberto para aquisição de 1.500 embalagens com 50 tiras cada, no total de 75.000 unidades de tiras reagentes, o Júri do concurso procedeu, em 8 de Janeiro de 2002, à abertura das seguintes propostas apresentadas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 4 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);
- b) a arguida **Menarini** apresentou, com data de 21 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);
- c) a **J&J**, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou, com data de 2 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);
- d) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 3 de Janeiro de 2002, de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);
- e) a empresa José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 7 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€12,47** (doze euros e quarenta e sete cêntimos);
- f) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 4 de Janeiro de 2002, de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros).

24.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 100% (cem por cento) à J&J.

25.Foram usados como critérios de adjudicação a qualidade dos produtos e o preço.

26.A arguida Abbott já antes havia apresentado a proposta de €15,00:

- a) Na consulta prévia nº 7/2002 aberta pelo Hospital de Santa Cruz, cuja proposta foi apresentada em 21/12/2001;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- b) No concurso público nº 20012/2002 aberto pelo Hospital de São Francisco Xavier, cuja proposta foi apresentada em 28/12/2001;
- c) No concurso público internacional nº 1/2002 do Hospital Dr. José Maria Grande, cuja proposta foi apresentada em 03/01/2002.

*

27.No concurso limitado n.º 2/10003/2003 (posição 3), aberto para aquisição de 1.500 embalagens de 50 tiras cada, no total de 75.000 tiras reagentes, o Júri do concurso procedeu, em 19 de Dezembro de 2002, à abertura das seguintes propostas apresentadas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 16 de Dezembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- b) a arguida **Menarini** apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 16 de Dezembro de 2002, de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou, com data de 16 de Dezembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- d) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 13 de Dezembro de 2002, de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- e) a empresa José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 3 de Dezembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€10,65** (dez euros e sessenta e cinco cêntimos);
- f) a empresa Roche apresentou, com data de 17 de Dezembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1.500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros).

28.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 10% (dez por cento) à arguida Abbott; 90% (noventa por cento) à arguida J&J.

29.Constavam do programa, como critérios de adjudicação, a qualidade (60%) e o preço (40%).

30.A Abbott já havia apresentado antes, em outros concursos hospitalares, o preço de €20,00.

*

31.No ajuste directo n.º 410343/2004 para aquisição de 50.000 (cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1.000 embalagens):

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 4 de Fevereiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 1.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€16,00** (dezasseis euros);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

b) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou uma proposta, datada de 3 de Fevereiro de 2004, de fornecimento de 1.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€16,00** (dezasseeis euros);

c) nenhuma outra arguida apresentou propostas de fornecimento.

32.O fornecimento foi adjudicado na íntegra à J&J.

33.O preço de €16,00 já havia sido apresentado antes em outros concursos hospitalares.

*

1.3. - HOSPITAL DE S. JOÃO - PORTO

34.O Hospital de S. João, na cidade do Porto, procedeu à abertura de três concursos públicos com vista à aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue durante os anos de 2002 a 2004, ambos inclusive.

35.No concurso público n.º 410004/2002 (posição 3) aberto para aquisição de 435.000 (quatrocentas e trinta e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (8.700 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 6 de Novembro de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a Abbott apresentou, com data de 30 de Outubro de 2001, uma proposta de fornecimento de 8.700 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.560\$00 (**€12,77**);
- b) a Menarini apresentou, com data de 29 de Outubro de 2001, uma proposta de fornecimento de 8.700 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.560\$00 (**€12,77**);
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou, com data de 31 de Outubro de 2001, uma proposta de fornecimento de 8.700 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.560\$00 (**€12,77**);
- d) a Roche apresentou, com data de 31 de Outubro de 2001, uma proposta de fornecimento de 8.700 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.560\$00 (**€12,77**);
- e) a Bayer apresentou, com data de 31 de Outubro de 2001, uma proposta de fornecimento de 8.700 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.800\$00 (**€13,97**);
- f) a empresa José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 31 de Outubro de 2001, de 8.700 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.895\$00 (**€9,45**).

36.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 45% (quarenta e cinco por cento) à Abbott; 45% (quarenta e cinco por cento) à J&J; e 10% (dez por cento) à Menarini.

*

37.No concurso público n.º 410002/2003 (posição 3), aberto para aquisição de 450.000 (quatrocentas e cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (9.000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 11 de Dezembro de 2002, à abertura das seguintes propostas:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- a) a arguida **Abbott** apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 6 de Dezembro de 2002, de 9.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- b) a arguida **Menarini** apresentou, com data de 2 de Dezembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 9.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou, com data de 6 de Dezembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 9.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 6 de Dezembro de 2002, de 9.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- e) a Bayer não apresentou proposta de fornecimento.

38.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 45% (quarenta e cinco por cento) à arguida Abbott; 45% (quarenta e cinco por cento) à J&J e 10% (dez por cento) à arguida Menarini.

39.Constavam do programa, como critérios de adjudicação, que os produtos deveriam ser considerados adequados, sendo essa adequação aferida pela qualidade/carácter funcional.

40.A Abbott já havia apresentado anteriormente, em outros concursos hospitalares, o preço de €20,00.

*

41.No concurso público n.º 410002/2004 (posição 1), aberto para aquisição de 500.000 (quinhentas mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (10.000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 4 de Março de 2004, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 1 de Março de 2004, de 10.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€13,50** (treze euros e cinquenta cêntimos);
- b) a arguida **Menarini** apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 26 de Fevereiro de 2004, de 10.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€13,60** (treze euros e sessenta cêntimos);
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 1 de Março de 2004, de 10.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€13,00** (treze euros);
- d) a Bayer apresentou, com data de 1 de Março de 2004, uma proposta de fornecimento de 10.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);
- e) a Roche apresentou, com data de 2 de Março de 2004, uma proposta de fornecimento de 10.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€13,20** (treze euros e vinte cêntimos);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- f) a empresa José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 9 de Fevereiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 10.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€13,00** (treze euros);
- g) a Prestifarma, Lda. apresentou, com data de 27 de Fevereiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 10.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, neste caso contendo 25 unidades, sem IVA de **€9,00** (nove euros).

42.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 45% (quarenta e cinco por cento) à arguida Abbott e 55% (cinquenta e cinco por cento) à J&J.

*

1.4 - HOSPITAL GERAL DE SANTO ANTÓNIO

43.O Hospital Geral de Santo António, na cidade do Porto, procedeu, durante os anos de 2001 a 2003, ambos inclusive, à abertura de três concursos públicos com vista à aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue.

*

44.No concurso público n.º 58/01 (posição 20), aberto para aquisição de 100.000 (cem mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2.000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 17 de Julho de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 10 de Julho de 2001, de 2.000 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.280\$00 (**€11,37**), correspondente ao preço unitário por tira de 45\$60 (quarenta e cinco escudos e sessenta centavos);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 5 de Julho de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.280\$00 (**€11,37**);
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 11 de Julho de 2001, de 2.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.290\$00 (**€11,42**);
- d) a empresa Roche apresentou, com data de 13 de Julho de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.285\$00 (**€11,40**);
- e) a Bayer apresentou, com data de 9 de Julho de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.000 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 3.000\$00 (**€14,96**), correspondente ao preço unitário por tira de 60\$00 (sessenta escudos);

45.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 50% (cinquenta por cento) à arguida Abbott e 50% (cinquenta por cento) à arguida Menarini.

*

46.No concurso público n.º 110010/2002 (posição 21), aberto para aquisição de 150.000 (cento e cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3.000



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 3 de Abril de 2002, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 26 de Março de 2002, uma proposta de fornecimento de 3.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,01** (quinze euros e um cêntimo);
- b) a arguida **Menarini** apresentou, com data de 26 de Março de 2002, uma proposta de fornecimento de 3.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,01** (quinze euros e um cêntimo);
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou, com data de 25 de Março de 2002, uma proposta de fornecimento de 3.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,01** (quinze euros e um cêntimo);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 1 de Abril de 2002, de 3.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,01** (quinze euros e um cêntimo).
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 1 de Abril de 2002, de 3.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,02** (quinze euros e dois cêntimos);

47.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 50% (cinquenta por cento) à arguida Abbott e 50% (cinquenta por cento) à arguida Menarini.

48.Segundo as regras deste concurso, eram os seguintes os critérios de adjudicação: qualidade, mérito técnico, características estéticas e funcionais, assistência técnica, prazo de entrega ou de execução e preço.

49.As arguidas Bayer e Roche já antes tinham apresentado o preço de €15,01 e 15,02, especificamente no concurso nº 2-1-0241/02 do Hospital de Santo António dos Capuchos, cujas propostas foram abertas em 04/02/2002.

*

50.No **concurso público n.º 110031/2003** (posição 6), aberto para aquisição de 100.000 (cem mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2.000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 20 de Fevereiro de 2003, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 14 de Fevereiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 2.000 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€18,00** (dezoito euros), que corresponde ao preço unitário por tira de € 0,36 (trinta e seis cêntimos);
- b) a arguida **Menarini** apresentou, com data de 14 de Fevereiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 2.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou, com data de 14 de Fevereiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 2.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- d) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 17 de Fevereiro de 2003, de 2.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- e) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 12 de Fevereiro de 2003, de 2.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€18,49** (dezoito euros e quarenta e nove cêntimos).

51.O fornecimento das foi adjudicado da seguinte forma: 50% (cinquenta por cento) à arguida Abbott e 50% (cinquenta por cento) à Roche.

*

1.5. - CENTRO HOSPITALAR DAS CALDAS DA RAINHA

52.O Centro Hospitalar das Caldas da Rainha procedeu, em 2002 e 2003, à abertura de concursos com vista à aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue.

53.A consulta prévia n.º 31/2002 (posição 32) foi destinada à aquisição de 850 embalagens de 50 tiras cada, no total de 42.500 unidades.

54.No seu âmbito, foram apresentadas as seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou uma proposta, datada de 22 de Janeiro de 2002, de fornecimento de 850 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);
- b) a arguida Menarini não apresentou proposta de fornecimento;
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou uma proposta, datada de 18 de Janeiro de 2002, de fornecimento de 850 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,60** (quinze euros e sessenta cêntimos);
- d) a Bayer apresentou, com data de 21 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 850 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);
- e) a Roche apresentou, com data de 21 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 850 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);

55.Este procedimento de aquisição não foi concluído.

56.As regras do concurso obedeciam aos seguintes critérios de adjudicação: apreciação da Bioequivalência para os medicamentos em que esta característica é fundamental, apresentação mais adequada à manipulação, administração, armazenagem e conservação após a abertura do recipiente e/ou reconstituição do medicamento quando necessário, experiência anterior quanto ao medicamento e/ou quanto ao fornecedor e binómio qualidade/preço.

57.A arguida Abbott já antes havia apresentado a proposta de €15,00, designadamente:

- a) Na consulta prévia n.º 7/2002 aberta pelo Hospital de Santa Cruz, cuja proposta foi apresentada em 21/12/2001;
- b) No concurso público n.º 810010/2002 aberto pelo Hospital de Santa Luzia de Viana do Castelo, cuja proposta foi apresentada em 21/12/2001;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- c) No concurso público nº 20012/2002 aberto pelo Hospital de São Francisco Xavier, cuja proposta foi apresentada em 28/12/2001;
- d) No concurso público internacional nº 1/2002 do Hospital Dr. José Maria Grande, cuja proposta foi apresentada em 03/01/2002.
- a) No concurso limitado nº 2/10001/2002 do Centro Hospitalar de Cascais, cuja proposta foi apresentada em 04/01/2002.

*

58. Quanto ao concurso limitado n.º 200015/2003 (posição 37) para aquisição de 1.000 embalagens de 50 tiras cada, no total de 50.000 tiras reagentes, foram apresentadas as seguintes propostas:

as arguidas Abbott e Menarini não apresentaram propostas de fornecimento.

a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 17 de Janeiro de 2003, de 1.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €22,00 (vinte e dois euros);

a Bayer apresentou, com data de 20 de Janeiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);

a Roche apresentou, com data de 21 de Janeiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 1.000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);

59. Este procedimento de aquisição não foi concluído.

*

60. Desde 2002, o aprovisionamento de medicamentos e de meios de diagnóstico no Centro Hospitalar das Caldas da Rainha foi feito através de ajustes directos, os quais foram sempre adjudicados à empresa Roche e com os preços seguintes:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2000	2001	2002	2003	2004	2005
11,67 €	11,67 €	15,00 €	20,00 €	14,00 €	13,50 €
11,67 €	11,67 €	15,00 €	20,00 €	14,00 €	
		15,00 €	20,00 €	14,00 €	
		15,00 €	20,00 €	14,00 €	
		15,00 €	20,00 €		
		18,01 €	20,00 €		
		20,00 €			
		20,00 €			
		20,00 €			

*

- HOSPITAL DE SÃO FRANCISCO XAVIER – LISBOA

61.O Hospital São Francisco de Xavier, em Lisboa, procedeu à abertura de concursos entre os anos de 2001 e 2003 com vista à aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue.

*

62.No que respeita ao **Concurso Público Internacional n.º 10001/2001** (posição 252), para aquisição de 120.000 (cento e vinte mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2400 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 20 de Março de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a arguida Abbott apresentou, com data de 16 de Março de 2001, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.990\$00 (**€9,93**);
- a arguida Menarini apresentou, com data de 14 de Março de 2001, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.900\$00 (**€9,48**);
- a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou, com data de 19 de Março de 2001, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.950\$00 (**€9,73**);
- a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 28 de Fevereiro de 2001, de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.980\$00 (**€9,88**);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

a Bayer apresentou uma proposta, datada de 16 de Março de 2001, de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.800\$00 (**€13,97**);

63.O fornecimento foi adjudicado na íntegra à J&J.

*

64.No **Concurso Público n.º 20012/2002** (posição 54), para aquisição de 120.000 (cento e vinte mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2400 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 4 de Janeiro de 2002, à abertura das seguintes propostas apresentadas:

a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 28 de Dezembro de 2001, de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);

a arguida Menarini apresentou, entre 5 de Dezembro de 2001 e 3 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);

a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou, entre 5 de Dezembro de 2001 e 3 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);

a Roche apresentou, com data de 27 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros).

a Bayer não apresentou proposta de fornecimento;

65.O fornecimento foi adjudicado na íntegra à J&J.

*

66.No **Concurso Público Internacional n.º 30003/2003** (posição 108), para aquisição de 140.000 (cento e quarenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2800 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 17 de Dezembro de 2002, à abertura das seguintes propostas:

a arguida **Abbott** apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 13 de Dezembro de 2002, de 2800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);

a arguida **Menarini** apresentou, entre 6 de Novembro de 2002 e 15 de Dezembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);

a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou, com data de 13 de Dezembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);

a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 9 de Dezembro de 2002, de 2800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros).

a Bayer não apresentou proposta de fornecimento;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

67. Foi proposto pelo júri do concurso que o fornecimento fosse adjudicado na íntegra à J&J.

68. No entanto, a adjudicação não chegou a efectuar-se e, em sua substituição, procedeu-se ao ajuste directo ao fornecedor de 2002.

69. Constavam do programa, como critérios de adjudicação, a observância das especificações constantes das cláusulas especiais (31%), apresentação mais adequada à manipulação, administração, armazenagem e conservação após abertura do recipiente e/ou reconstituição do medicamento quando necessário (20%), concordância com o artigo 8º das cláusulas especiais (19%), evidência (15%), prazo de entrega (10%) e preço (5%).

70. A Abbott já havia apresentado antes, em outros concursos hospitalares, o preço de €20,00.

*

1.7. - HOSPITAL DE SANTO ANTÓNIO DOS CAPUCHOS

71. No Hospital de Santo António dos Capuchos, a aquisição de tiras reagentes nos anos de 2001 a 2004 efectuou-se com recurso a concursos limitados.

*

72. No **concurso n.º 2-1-0060/01** (posição 2), para aquisição de 175.000 (cento e setenta e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3500 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 20 de Abril de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 17 de Abril de 2001, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.850\$00 (€9,23);
- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 10 de Abril de 2001, de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.950\$00 (€9,73);
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou, com data de 16 de Abril de 2001, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.980\$00 (€9,88);
- d) a Roche apresentou, com data de 18 de Abril de 2001, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.980\$00 (€9,88).
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 17 de Abril de 2001, de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.800\$00 (€13,97);
- f) a empresa José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 11 de Abril de 2001, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 3.018\$00 (€15,05);

73. O fornecimento das 175.000 (cento e setenta e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3500 embalagens) foi adjudicado na íntegra à J&J.

*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

74.No concurso n.º 2-1-0241/02 (posição 3), para aquisição de 175.000 (cento e setenta e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3500 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 4 de Fevereiro de 2002, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott não apresentou proposta;
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 29 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,58 (quinze euros e cinquenta e oito cêntimos);
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou, com data de 29 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,03 (quinze euros e três cêntimos);
- d) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 30 de Janeiro de 2002, de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,01 (quinze euros e um cêntimo);
- e) a Roche apresentou, com data de 31 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,02 (quinze euros e dois cêntimos).

75.O fornecimento foi adjudicado na íntegra à J&J.

*

76.No concurso n.º 2-1-0021/03 (posição 3), para aquisição de 175.000 (cento e setenta e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3500 embalagens), no respectivo acto de abertura das propostas que teve lugar em de Novembro de 2002 constatou-se que:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 31 de Outubro de 2002, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 30 de Outubro de 2002, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 4 de Novembro de 2002, de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- d) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 4 de Novembro de 2002, de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- e) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 4 de Novembro de 2002, de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- f) a empresa José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 30 de Outubro de 2002, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €16,64 (dezassexes euros e sessenta e quatro cêntimos).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

77.O fornecimento foi adjudicado em 75% (setenta e cinco por cento) à J&J e 25% (vinte e cinco por cento) à Abbott.

78.Serviram como critérios de adjudicação a segurança (40%), preço (40%) e apoio técnico (20%).

79.O preço de €20,00 já tinha sido usado pela Abbott em propostas anteriores.

*

80.No concurso n.º 2-1-0011/04 (posição 3), para aquisição de 175.000 (cento e setenta e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3500 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 6 de Outubro de 2003, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 1 de Outubro de 2003, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 25 de Setembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €17,80 (dezassete euros e oitenta cêntimos);
- c) a J&J, através de uma sua divisão denominada LifeScan, apresentou uma proposta base de fornecimento, datada de 1 de Outubro de 2003, de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- d) a Roche apresentou, com data de 29 de Setembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €18,50 (dezoito euros e cinquenta cêntimos);
- e) a Bayer apresentou, com data de 30 de Setembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €16,00 (dezasseis euros);
- f) a empresa José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 29 de Setembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €12,00 (doze euros);

81.O fornecimento foi adjudicado em 75% (setenta e cinco por cento) à J&J e 25% (vinte e cinco por cento) à Abbott.

*

1.8. - HOSPITAL DOUTOR JOSÉ MARIA GRANDE

82.O Hospital Doutor José Maria Grande, na cidade de Portalegre, procedeu à abertura de quatro concursos públicos internacionais entre os anos de 2001 a 2004, ambos inclusive, para aquisição de tiras reagentes.

*

83.No concurso público internacional n.º 2/2001 (posição 1), aberto para aquisição de 40.000 (quarenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (800 embalagens), o Júri do concurso, em 20 de Dezembro de 2000, verificou a existência das seguintes propostas:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 18 de Dezembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.990\$00 (€9,93);
- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 14 de Dezembro de 2000, de 800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.890\$00 (€9,43);
- c) a J&J não apresentou proposta;
- d) a Roche apresentou, com data de 6 de Dezembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.980\$00 (€9,88);
- e) a Bayer apresentou, com data de 15 de Dezembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.500\$00 (€12,47).

84.O fornecimento foi adjudicado na íntegra à arguida Menarini.

*

85.No concurso público internacional n.º 1/2002 (posição 1), aberto para aquisição de 25.000 (vinte e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (500 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 8 de Janeiro de 2002, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 3 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 20 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros) – fls. 1506 a 1507;
- c) a J&J apresentou, com data de 4 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,00 (treze euros);
- d) a Roche apresentou, com data de 26 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros);
- e) a Bayer apresentou, com data de 3 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €14,96 (catorze euros e noventa e seis cêntimos);

86.O fornecimento foi adjudicado na totalidade à J&J.

87.O programa do concurso previa os seguintes critérios de adjudicação: apresentação mais apropriada à dose unitária (35%), apresentação mais apropriada à manipulação, administração, armazenagem e conservação após abertura do recipiente e/ou reconstituição do medicamento quando necessário (30%), preço (25%) e prazo de entrega (10%).

88.A arguida Abbott já antes havia apresentado a proposta de €15,00, designadamente na consulta prévia nº 7/2002 aberta pelo Hospital de Santa Cruz, cuja proposta foi apresentada em



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

21/12/2001, e no concurso público nº 20012/2002 aberto pelo Hospital de São Francisco Xavier, cuja proposta foi apresentada em 28/12/2001.

*

89.No concurso público n.º 3/2003 (posição 1), aberto para aquisição de 25.000 (vinte e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (500 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 24 de Novembro de 2002, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 21 de Novembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- b) a arguida **Menarini** apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 19 de Novembro de 2002, de 500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento de 500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- d) a Roche apresentou, com data de 11 de Novembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros).
- e) a Bayer apresentou, com data de 21 de Novembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- f) a empresa José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 20 de Novembro de 2002, de 500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€7,50** (sete euros e cinquenta cêntimos);

90.O fornecimento foi adjudicado na totalidade à J&J.

91.Faziam parte dos critérios de adjudicação a apresentação mais apropriada à D.U. (35%), apresentação mais adequada à manipulação, administração, armazenagem e conservação após abertura do recipiente e/ou reconstituição do medicamento quando necessário (30%), preço (25%) e prazo de entrega (10%).

92.A Abbott já havia concorrido anteriormente ao preço de €20,00.

*

93.No concurso público internacional n.º 1/2004 (posição 1), aberto para aquisição de 45.000 (quarenta e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (900 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 11 de Dezembro de 2003, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 5 de Dezembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€14,50** (catorze euros e cinquenta cêntimos);
- b) a arguida **Menarini** apresentou, com data de 28 de Novembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€14,00** (catorze euros);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- c) a J&J apresentou, com data de 4 de Dezembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 5 de Dezembro de 2003, de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€13,99** (treze euros e noventa e nove cêntimos);
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 2 de Dezembro de 2003, de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€16,00** (dezasseis euros).

94.O fornecimento foi adjudicado na totalidade à empresa Roche.

*

1.9. - CENTRO HOSPITALAR DE VILA NOVA DE GAIA

95.O Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia procedeu à abertura de quatro concursos públicos por tal entidade nos anos de 2001 a 2004, ambos inclusive, para aquisição de tiras reagentes.

*

96.No **concurso público internacional n.º 01-73/01** (posição 42), aberto para aquisição de 131.500 (cento e trinta e um mil e quinhentas) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2.630 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 11 de Junho de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 5 de Junho de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.630 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (**€9,98**), correspondente ao preço unitário por tira de 40\$00 (quarenta escudos);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 28 de Maio de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.630 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.920\$00 (€9,58);
- c) a J&J apresentou, com data de 6 de Junho de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.630 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (**€9,98**);
- d) a Roche apresentou, com data de 7 de Junho de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.630 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.980\$00 (€9,88);
- e) a Bayer apresentou, com data de 1 de Junho de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.630 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.700\$00 (€13,47) correspondente ao preço unitário por tira de 54\$00 (cinquenta e quatro escudos);
- f) a empresa José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 31 de Maio de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.630 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.895\$00 (€9,45).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

97.O fornecimento foi adjudicado em 60% (sessenta por cento) à Bayer; em 10% (dez por cento) à arguida Menarini e em 30% (trinta por cento) à Roche.

*

98.No concurso público internacional n.º 01-34/02 (posição 39), aberto para aquisição de 141.000 (cento e quarenta e um mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2.820 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 15 de Novembro de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 13 de Novembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.820 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.606\$00 (**€13,00**), correspondente ao preço unitário por tira de 52\$13 (cinquenta e dois escudos e treze centavos);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 8 de Novembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.820 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.606\$00 (**€13,00**);
- c) a J&J apresentou, com data de 9 de Novembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.820 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.606\$00 (**€13,00**);
- d) a Roche apresentou, com data de 13 de Novembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.820 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.606\$00 (**€13,00**);
- e) a Bayer apresentou, com data de 9 de Novembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.820 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.850\$00 (€14,22) correspondente ao preço unitário por tira de 57\$00 (cinquenta e sete escudos);
- f) José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 5 de Novembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2.820 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.500\$00 (€12,47).

99.O fornecimento foi adjudicado em 20% (vinte por cento) à arguida Abbott, em 20% (vinte por cento) à J&J; em 30% (trinta por cento) à arguida Menarini e em 30% (trinta por cento) à Roche.

*

100.No concurso público internacional n.º 01-23/03 (posição 41), aberto para aquisição de 160.000 (cento e sessenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3200 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 10 de Outubro de 2002, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 4 de Outubro de 2002, uma proposta de fornecimento de 3200 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros), correspondente ao preço unitário por tira de €0,40 (quarenta cêntimos);
- b) a arguida **Menarini** apresentou, com data de 2 de Outubro de 2002, uma proposta de fornecimento de 3200 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros), correspondente ao preço unitário por tira de €0,40 (quarenta cêntimos);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- c) a J&J apresentou, com data de 7 de Outubro de 2002, uma proposta de fornecimento de 3200 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros), correspondente ao preço unitário por tira de €0,40 (quarenta cêntimos);
- d) a Roche apresentou, com data de 4 de Outubro de 2002, uma proposta de fornecimento de 3200 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,01 (vinte euros e um cêntimo), sendo o preço unitário por tira de €0,40 (quarenta cêntimos);
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 7 de Outubro de 2002, de 3200 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,02 (vinte euros e dois cêntimos), com o preço unitário por tira de €0,40 (quarenta cêntimos);
- f) José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 27 de Setembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 3200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €10,45 (dez euros e quarenta e cinco cêntimos);

101.O fornecimento foi adjudicado em 20% (vinte por cento) à arguida Abbott, em 20% (vinte por cento) à Bayer; em 20% (vinte por cento) à J&J; em 20% (vinte por cento) à arguida Menarini; e em 20% (vinte por cento) à Roche.

102.Foram usados os seguintes critérios de adjudicação: qualidade (40%), características funcionais/adequação às especificações técnicas (25%), preço (20%) e prazo de entrega (15%).

*

103.No concurso público internacional n.º 01-37/04 (posição 32), aberto para aquisição de 175.000 (cento e setenta e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3500 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 27 de Outubro de 2003, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 21 de Outubro de 2003, uma proposta base de fornecimento de 3500 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €14,00 (catorze euros) correspondente ao preço unitário por tira de €0,28 (vinte e oito cêntimos);
- b) a arguida **Menarini** apresentou, com data de 21 de Outubro de 2003, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €14,00 (catorze euros);
- c) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 22 de Outubro de 2003, de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,90 (treze euros e noventa cêntimos);
- d) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 17 de Outubro de 2003, de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €14,90 (catorze euros e noventa cêntimos);
- e) a J&J apresentou, com data de 17 de Outubro de 2003, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros) correspondente ao preço unitário por tira de €0,40 (quarenta cêntimos);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- f) José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 15 de Outubro de 2003, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,00 (treze euros);

104.O fornecimento foi adjudicado em 50% (cinquenta por cento) à arguida Menarini e em 50% (cinquenta por cento) à Roche.

105.Constavam do programa, como critérios de adjudicação, a qualidade (40%), as características funcionais/adequação e especificações técnicas (25%), o preço (20%) e o prazo de entrega (15%).

106.O preço de €14,00 já havia apresentado antes, em outros concursos hospitalares por diversas concorrentes.

*

1.10. - CENTRO HOSPITALAR PÓVOA DE VARZIM / VILA DO CONDE

107.O Centro Hospitalar Póvoa de Varzim / Vila do Conde abriu três concursos públicos nos anos de 2001 a 2004, ambos inclusive, para aquisição de tiras reagentes.

*

108.No concurso público n.º 4/2001 (posição 65), aberto para aquisição de 45.000 (quarenta e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (900 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 15 de Fevereiro de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 12 de Fevereiro de 2001, uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.950\$00 (€9,73);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 8 de Fevereiro de 2001 uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (€9,98);
- c) a J&J apresentou, com data de 8 de Fevereiro de 2001, uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.100\$00 (€10,47);
- d) a Roche apresentou, com data de 13 de Fevereiro de 2001, uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.980\$00 (€9,88);
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 12 de Fevereiro de 2001, de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 3.000\$00 (€14,96);

109.O fornecimento das 45.000 (quarenta e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (900 embalagens) foi adjudicado na totalidade à arguida Abbott.

*

110.No concurso público n.º 110006/2003 (posição 19), aberto para aquisição de 50.000 (cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1000 embalagens), o Júri do concurso, em 16 de Janeiro de 2003, verificou a existência das seguintes propostas:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 15 de Janeiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- b) a arguida Menarini não apresentou proposta de fornecimento;
- c) a J&J apresentou, com data de 13 de Janeiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- d) a Roche apresentou, com data de 9 de Janeiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- e) a Bayer apresentou, com data de 13 de Janeiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros).

111.O fornecimento foi adjudicado na totalidade à J&J.

112.Constavam do programa, como critérios de adjudicação, o preço, a qualidade, o prazo de entrega e as condições de pagamento.

113.A Abbott já havia apresentado antes, em outros concursos hospitalares, o preço de €20,00.

*

114.No **concurso público n.º 110004/2004** (posição 20), aberto para aquisição de 50.000 (cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 27 de Janeiro de 2004, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 23 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 21 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €16,50 (dezasseis euros e cinquenta cêntimos);
- c) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 23 de Janeiro de 2004, de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €17,00 (dezassete euros);
- d) a J&J apresentou, com data de 19 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., €20,00 e, caso a quantidade adjudicada fosse superior a 500 embalagens, o preço de **€15,00** (quinze euros);
- e) a Roche apresentou, com data de 23 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 13,90 (treze euros noventa cêntimos).
- f) José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 21 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 13,00 (treze euros);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

115.O fornecimento foi adjudicado na totalidade à J&J.

116.Constavam do programa, como critérios de adjudicação, o preço, a qualidade, o prazo de entrega e as condições de pagamento.

117.O preço de €15,00 já havia sido apresentado antes em outros concursos hospitalares, designadamente pela Abbott.

*

1.11. - INSTITUTO PORTUGUÊS DE ONCOLOGIA FRANCISCO GENTIL

118.O Instituto Português de Oncologia Francisco Gentil, em Lisboa, procedeu à abertura de concursos públicos, nos anos de 2001 a 2004, ambos inclusive, para aquisição de tiras reagentes.

*

119.No concurso público n.º 19/2001 (posição 7), aberto para aquisição de 50.000 (cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 11 de Dezembro de 2000, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 5 de Dezembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.990\$00 (€9,93);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 5 de Dezembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (€9,98);
- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 4 de Dezembro de 2000, de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.250\$00 (€11,22);
- d) a Roche apresentou, com data de 6 de Dezembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.980\$00 (€9,88).
- e) a Bayer apresentou, com data de 5 de Dezembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.500\$00 (€12,47);

120.O fornecimento foi adjudicado na totalidade à Roche.

*

121.No concurso público n.º 27/2002 (posição 3), aberto para aquisição de 50.000 (cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1000 embalagens), o Júri do concurso, em 10 de Janeiro de 2002, verificou a existência das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 8 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 27 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- c) a J&J apresentou, com data de 4 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 8 de Janeiro de 2002, de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros);
- e) a Bayer não apresentou proposta de fornecimento.

122.O fornecimento foi adjudicado na totalidade à Roche.

123.Foram usados neste concurso, como critérios de adjudicação, a qualidade dos produtos (50%), o preço (30%), as condições de pagamento (10%) e o prazo de entrega (10%).

124.A arguida Abbott já antes havia apresentado a proposta de €15,00, designadamente:

- e) Na consulta prévia nº 7/2002 aberta pelo Hospital de Santa Cruz, cuja proposta foi apresentada em 21/12/2001;
- f) No concurso público nº 810010/2002 aberto pelo Hospital de Santa Luzia de Viana do Castelo, cuja proposta foi apresentada em 21/12/2001;
- g) No concurso público nº 20012/2002 aberto pelo Hospital de São Francisco Xavier, cuja proposta foi apresentada em 28/12/2001;
- h) No concurso público internacional nº 1/2002 do Hospital Dr. José Maria Grande, cuja proposta foi apresentada em 03/01/2002.

*

125.No concurso público n.º 126/2003 (posição 2), aberto para aquisição de 50.000 (cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 3 de Janeiro de 2003, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 26 de Dezembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 18 de Dezembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- c) a J&J apresentou, com data de 23 de Dezembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 30 de Dezembro de 2002, de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- e) a Bayer apresentou, com data de 17 de Dezembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros).

126.A referida posição 2 em tal concurso foi anulada.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

127. Constavam do programa, como critérios de adjudicação, a qualidade (50%), o preço (30%), as condições de pagamento (10%) e o prazo de entrega (10%).

128. A Abbott já havia apresentado antes, em outros concursos hospitalares, o preço de €20,00.

*

129. No concurso / consulta n.º 103/2004 (posição 3), para aquisição de 50.000 (cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1000 embalagens), das propostas apresentadas que contemplam uma proposta de fornecimento resulta que:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 4 de Novembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €17,00 (dezassete euros);
- b) a arguida **Menarini** apresentou, com data de 4 de Novembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,90 (treze euros e noventa centimos);
- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 4 de Novembro de 2003, de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 20,00 (vinte euros);
- d) a Roche apresentou, com data de 5 de Novembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,99 (treze euros e noventa e nove centimos);
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 4 de Novembro de 2003, de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 15,00 (quinze euros).

130. O fornecimento das 50.000 (cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1000 embalagens) foi adjudicado na totalidade à arguida Menarini.

*

1.12. - HOSPITAL PULIDO VALENTE

131. O Hospital Pulido Valente, em Lisboa, procedeu, para aquisição de tiras reagentes, à abertura de concursos públicos entre os anos de 2001 a 2003, bem como procedeu a um ajuste directo no ano de 2004.

*

132. No concurso público n.º 16.S4/2001 (posição 1), aberto para aquisição de 87.500 (oitenta e sete mil e quinhentas) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1750 embalagens), o Júri do concurso verificou, em 3 de Janeiro de 2001, a existência das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 27 de Dezembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 1750 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.950\$00 (€9,73), correspondente ao preço unitário por tira de 39\$00 (trinta e nove escudos);
- b) a Bayer não apresentou proposta de fornecimento;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

- c) a J&J apresentou, com data de 26 de Dezembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 1750 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.150\$00 (€10,72);
- d) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 28 de Dezembro de 2000, de 1750 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.890\$00 (€9,43);
- e) a Roche apresentou, com data de 28 de Dezembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 1750 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.980\$00 (€9,88);

133.O fornecimento foi adjudicado na totalidade à arguida Abbott.

*

134.No concurso limitado n.º 04.S4/2002 (posição 1), aberto para aquisição de 100.000 (cem mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2000 embalagens), o Júri do concurso verificou, em 19 de Dezembro de 2001, a existência das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 14 de Dezembro de 2001, de 2000 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,00 (treze euros) correspondente ao preço unitário por tira de € 0,26 (vinte e seis cêntimos);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 12 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,00 (treze euros);
- c) a J&J não apresentou proposta de fornecimento;
- d) a Roche apresentou, com data de 18 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,00 (treze euros);
- e) a Bayer apresentou, com data de 17 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €14,96 (catorze euros e noventa e seis cêntimos);
- f) José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 12 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €12,46 (doze euros e quarenta e seis cêntimos).

135.O fornecimento foi adjudicado na totalidade à arguida Abbott.

*

136.No concurso limitado n.º 03.S4/2003 (também designado na decisão como concurso limitado n.º 24000303), posição 1, aberto para aquisição de 100.000 (cem mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 25 de Novembro de 2002, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 18 de Novembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros) correspondente ao preço unitário por tira de €0,40 (quarenta cêntimos);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- b) a arguida **Menarini** apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 18 de Novembro de 2002, de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- c) a J&J apresentou, com data de 19 de Novembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- d) a Roche apresentou, com data de 21 de Novembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros).
- e) a Bayer apresentou, com data de 21 de Novembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- f) José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 13 de Novembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €10,00 (dez euros);

137.O fornecimento foi adjudicado na totalidade à arguida Abbott.

138.Constavam do programa, como critérios de adjudicação, a qualidade técnica (60%), o preço (30%) e o prazo de entrega (10%).

139.O preço de €20,00 já antes havia sido usado pela Abbott em outros concursos hospitalares.

*

140.No ajuste directo n.º 440007/2004 (posição nº 1) para aquisição de 100.000 (cem mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2000 embalagens), das propostas apresentadas que contemplam uma proposta de fornecimento resulta que:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 12 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros) correspondente ao preço unitário por tira de €0,30 (trinta cêntimos);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 14 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,70 (treze euros e setenta cêntimos);
- c) a J&J apresentou, com data de 13 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- d) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 13 de Janeiro de 2004, de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);
- e) a Roche apresentou, com data de 14 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 13,90 (treze euros e noventa cêntimos);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- f) José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 12 de Janeiro de 2004, de 1000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 13,00 (treze euros);

141.O fornecimento das 100.000 (cem mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2000 embalagens) foi adjudicado na totalidade à arguida Abbott.

142.No convite efectuado, a entidade adjudicante fez constar que ponderaria, na escolha da proposta, "todos os factores que considere atendíveis".

143.O preço de €15,00 já havia sido apresentado antes em outros concursos hospitalares.

*

1.13. - HOSPITAL DISTRITAL DA FIGUEIRA DA FOZ

144.O Hospital Distrital da Figueira da Foz realizou concursos públicos anuais para o aprovisionamento de medicamentos e de meios de diagnóstico em 2001, 2002 e 2003, tendo, em 2004, procedido a aquisições por ajuste directo.

*

145.No concurso público n.º 110023/2001 (posição 100), aberto para aquisição de 45.000 (quarenta e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (900 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 14 de Dezembro de 2000, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 7 de Dezembro de 2000, de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.990\$00 (€9,93);
- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 7 de Dezembro de 2000, de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (€9,98);
- c) a J&J apresentou, com data de 11 de Dezembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.100\$00 (€10,47);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (€9,98);
- e) a Bayer apresentou, com data de 11 de Dezembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.498\$00 (€12,46).

146.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 20% (vinte por cento) à arguida Abbott; 30% (trinta por cento) à J&J e 50% (cinquenta por cento) à Roche.

*

147.No concurso público n.º 110016/2002 (posição 105), aberto para aquisição de 45.000 (quarenta e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (900 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 31 de Outubro de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 29 de Outubro de 2001, de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.560\$00 (€12,77);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- b) a arguida Menarini apresentou, em 30 de Outubro de 2001, uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.560\$00 (€12,77);
- c) a J&J apresentou, com data de 26 de Outubro de 2001, uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.566\$00 (12,80);
- d) a Roche apresentou, com data de 18 de Outubro de 2001, uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.560\$00 (€12,77);
- e) a Bayer apresentou, com data de 29 de Outubro de 2001, uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 3.100\$00 (15,46);
- f) José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 15 de Outubro de 2001, uma proposta de fornecimento de 900 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.500\$00 (€12,47).

148.O fornecimento foi adjudicado, em partes iguais, às concorrentes Abbott, J&J e Roche.

*

149.No concurso limitado n.º 120003/2003 (posição 1), aberto para aquisição de 60.000 (sessenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1200 embalagens), foram apresentadas as seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 28 de Novembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 27 de Novembro de 2002, de 1200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- c) a J&J apresentou, com data de 27 de Novembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- d) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 26 de Novembro de 2002, de 1200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- e) a Roche apresentou, com data de 28 de Novembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 1200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros).

150.O fornecimento não foi adjudicado.

151.Constavam do programa, como critérios de adjudicação, as condições para troca findo o prazo de validade, a embalagem devidamente identificada, a indicação dos parâmetros de cada tira-teste, a rapidez de entrega e o preço.

152.A Abbott já antes havia apresentado a proposta de €20,00 em outros concursos hospitalares.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

*

153. No que respeita ao ano de 2004, as aquisições de tiras reagentes pelo Hospital Distrital da Figueira da Foz foram efectuadas com recurso ao procedimento de ajuste directo, as quais foram todas adjudicadas à empresa Roche pelo preço de €16,50 (dezasseis euros e cinquenta cêntimos).

*

1.14. - HOSPITAIS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

154. Os Hospitais da Universidade de Coimbra procederam, nos anos de 2001 a 2005, ambos inclusive, à abertura de um concurso público por ano.

*

155. No concurso público n.º 110009/2001 (posição 2), aberto para aquisição de 350.000 (trezentas e cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (7000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 22 de Novembro de 2000, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 20 de Novembro de 2000, de 7000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.970\$00 (€9,83);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 15 de Novembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 7000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (€9,98);
- c) a J&J apresentou, com data de 17 de Novembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 7000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (€9,98);
- d) a Roche apresentou, em 21 de Novembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 7000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.980\$00 (€9,88);
- e) a Bayer apresentou, com data de 17 de Novembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 7000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.490\$00 (€12,42).

156. O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 50% (cinquenta por cento) à arguida Abbott; 25% (vinte e cinco por cento) à J&J; e 25% (vinte e cinco por cento) à Roche.

*

157. No concurso público n.º 110009/2002 (posição 2), aberto para aquisição de 350.000 (trezentas e cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (7000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 18 e 23 de Julho de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 11 de Julho de 2001, uma proposta de fornecimento de 7000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.280\$00 (€11,37);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 2 de Julho de 2001, uma proposta de fornecimento de 7000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.280\$00 (€11,37);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 11 de Julho de 2001, de 7000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.285\$00 (**€11,40**);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento de 7000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.283\$00 (**€11,39**);
- e) a Bayer apresentou, com data de 9 de Julho de 2001, uma proposta de fornecimento de 7000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 3.000\$00 (€14,96);
- f) a José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 10 de Julho de 2001, uma proposta de fornecimento de 7000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.100\$00 (€10,47);

158.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 45% (quarenta e cinco por cento) à arguida Abbott; 25% (vinte e cinco por cento) à J&J; e 30% (trinta por cento) à Roche.

*

159.No concurso público n.º 110009/2003 (posição 2), aberto para aquisição de 400.000 (quatrocentas mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (8000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 14 e 17 de Outubro de 2002, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 9 de Outubro de 2002, uma proposta de fornecimento de 8000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- b) a arguida **Menarini** apresentou uma proposta de fornecimento de 8000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- c) a J&J. apresentou, com data de 7 de Outubro de 2002, uma proposta de fornecimento de 8000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento de 8000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- e) a Bayer apresentou, com data de 9 de Outubro de 2002, uma proposta de fornecimento de 8000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros).

160.Foram considerados critérios de adjudicação as características funcionais (50%), o mérito técnico (40%) e o preço (**10%**).

161.Os Hospitais da Universidade de Coimbra, após análise da evolução das propostas nos anos de 2002 e 2003 e do verificado aumento de cerca de 75%, consideraram "a proposta inaceitável face ao preço apresentado" e, com base em tal fundamento, não autorizaram a respectiva adjudicação.

162.A Abbott já havia apresentado proposta de €20,00 em concurso anterior, designadamente em 04/10/2002 no Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia.

*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

163. No concurso limitado n.º 210002/2003 (posição 1), aberto na decorrência da anulação do concurso público n.º 110009/2003, para aquisição de 160.000 (cento e sessenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3200 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 9 de Setembro de 2003, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 3 de Setembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 3200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €18,00 (dezoito euros);
- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento de 3200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €17,90 (dezassete euros e noventa centimos);
- c) a J&J apresentou, com data de 4 de Setembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 3200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros), sujeito a desconto de 13%;
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento de 3200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 20,00 (vinte euros);
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 3 de Setembro de 2003, de 3200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €17,00 (dezassete euros);
- f) José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 29 de Agosto de 2003, uma proposta de fornecimento de 3200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €10,00 (dez euros).

164. O fornecimento das 160.000 (cento e sessenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3200 embalagens) não foi adjudicado.

*

165. Na sequência da não adjudicação nos dois concurso anteriores, os Hospitais da Universidade de Coimbra adoptaram, para o ano de 2003, procedimentos de consulta prévia.

166. Em tais procedimentos de consulta prévia abertos durante o ano de 2003, os preços constantes das propostas de fornecimento foram os seguintes:

Cons. 610319/02	Concorrentes	Proposta	Preços	Classific.	Adjudic.
	Abbott	26/08/2002	18,01€	---	1000
	Johnson	23/08/2002	18,02€		500
	Roche	23/08/2002	18,01€		1000
	Menarini	19/08/2002	18,01€		
	Bayer	26/08/2002	18,00€		



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Cons. 610158/03	Concorrentes	Proposta	Preços	Classific.	Adjudic.
	Johnson	14/02/2003	20,00 €	1º	1200
	Menarini	17/02/2003	20,00 €	2º	0
	JMVazPereira		12,00 €	3º	0
Cons. 610183/03	Concorrentes	Proposta	Preços	Classific.	Adjudic.
	Abbott	12/02/2003	20,00 €	1º	400
	Johnson	13/02/2003	20,00 €	1º	400
	Roche	13/02/2003	20,00 €	1º	400
	Bayer	14/02/2003	20,00 €	3º	0
	JMVPereira		12,00€	2º	0
Cons. 610473/03	Concorrentes	Proposta	Preços	Classific.	Adjudic.
	Abbott	09/05/2003	20,00 €	1º	400
	Johnson	08/05/2003	20,00 €	1º	400
	Roche	09/05/2003	20,00 €	1º	400
	Menarini	09/05/2003	17,90 €	3º	0
	JMVazPereira		9,00 €	2º	0
Cons. 610513/03	Concorrentes	Proposta	Preços	Classific.	Adjudic.
	Abbott	18/06/2003	20,00 €	1º	400
	Johnson	26/06/2003	20,00 €	1º	400
	Roche	25/06/2003	20,00 €	1º	400
	Bayer	23/06/2003	17,00 €	-	0
	Menarini	25/06/2003	17,90 €	-	0
	JMVazPereira		13,00 €	-	0



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

Cons. 610566/03	Concorrentes	Proposta	Preços	Classific.	Adjudic.
	Abbott	01/08/2003	20,00 €	1º	400
	Johnson	05/08/2003	20,00 €	1º	400
	Roche	01/08/2003	20,00 €	1º	400
	Bayer	01/08/2003	17,00 €	3º	0
	Menarini		17,90 €	2º	0
	JMVPereira		13,00 €		
Cons. 610598/03	Concorrentes	Proposta	Preços	Classific.	Adjudic.
	Abbott	01/09/2003	18,00 €	1º	490
	Johnson	01/09/2003	20,00 €	1º	310
	Roche	02/09/2003	20,00 €	1º	400
	Menarini	02/09/2003	17,90 €	3º	0
	Bayer	01/09/2003	17,00 €	2º	0
	JMVazPereira		10,00 €	--	0
Cons. 610661/03	Concorrentes	Proposta	Preços	Classific.	Adjudic.
	Abbott	3/12/2003	18,00 €	-	0
	Johnson	2/12/2003	15,40 €	-	500
	Roche	4/12/2003	16,00 €	-	100
	Menarini	3/12/2003	17,90 €	-	0
	JMVazPereira		13,00 €	-	0

167. Nas consultas prévias nº 610319/02, 610183/03, 610473/03, 610513/03 e 610566/03 foram estes os critérios de adjudicação: características funcionais (50%), mérito técnico (40%) e preço (10%).

168. A Abbott já havia apresentado antes, em concursos hospitalares, os preços de €18,01 e de €20,00.

*

169. No concurso público n.º 110009/2004 (posição 9), aberto para aquisição de 450.000 (quatrocentas e cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (9000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 13 de Outubro de 2003, à abertura das seguintes propostas:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

- a) a arguida **Abbott** apresentou uma proposta de fornecimento de 9000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);
- b) - a arguida **Menarini** apresentou uma proposta de fornecimento de 9000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€14,00** (catorze euros);
- c) a J&J apresentou uma proposta base de fornecimento de 9000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €14,60 (catorze euros e sessenta cêntimos);
- d) a Roche apresentou uma proposta base de fornecimento de 9000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€14,00** (catorze euros), para o caso de lhe serem adjudicadas mais de 4.500 embalagens.
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento de 9000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);

170. O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 1500 embalagens à arguida Abbott, 3000 embalagens à arguida Menarini e 4500 embalagens à Roche.

171. Vigoraram, neste concurso, os seguintes critérios de adjudicação: características funcionais (50%), mérito técnico (40%) e preço (**10%**).

172. A Abbott já havia apresentado antes, em outros concursos hospitalares, o preço de €15,00.

*

173. No concurso público n.º 110009/2005 (posição 6), aberto para aquisição de 584.500 (quinhentas e oitenta e quatro mil e quinhentas) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (11690 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 11 e 17 de Agosto de 2004, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, em 4 de Agosto de 2005, uma proposta de fornecimento de 11690 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €12,80 (doze euros e oitenta cêntimos);
- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento de 11690 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 12,50 (doze euros e cinquenta cêntimos);
- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento de 11690 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €12,00 (doze euros);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento de 11690 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €12,90 (doze euros e noventa cêntimos);
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento de 11690 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros);
- f) a Bioportugal apresentou uma proposta de fornecimento de 11690 embalagens de tiras reagentes, contendo 100 tiras cada embalagem, ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €19,00 (dezanove euros).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

174.O fornecimento foi adjudicado à arguida Abbott e à J&J.

*

1.15. - SUB-REGIÃO DE SAÚDE DE BRAGA

175.A Sub-Região de Saúde de Braga procedeu à abertura de um concurso limitado, no ano de 2003, para aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue.

*

176.No concurso limitado n.º 1/2003 (posição 1), aberto para aquisição de 137.750 (cento e trinta e sete mil setecentas e cinquenta) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2755 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 10 de Março de 2003, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 27 de Fevereiro de 2003, de 2755 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €18,00 (dezoito euros);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 24 de Fevereiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 2755 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,01 (quinze euros e um cêntimo);
- c) a J&J apresentou, com data de 28 de Fevereiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 2755 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 28 de Fevereiro de 2003, de 2755 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €18,49 (dezoito euros e quarenta e nove cêntimos);
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 24 de Fevereiro de 2003, de 2755 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);

177.O fornecimento foi adjudicado à arguida Menarini.

*

1.16. - HOSPITAL DE S. MARCOS

178.O Hospital de S. Marcos, igualmente na cidade de Braga, procedeu à abertura de concursos nos anos de 2001 a 2004, ambos inclusive, para aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue.

*

179.No concurso público n.º 22/2001 (posição 3), aberto para aquisição de 120.000 (cento e vinte mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2400 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 4 de Janeiro de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 28 de Dezembro de 2000, de 2400 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.960\$00 (€9,78) correspondente ao preço unitário por tira de 39\$20 (trinta e nove escudos e vinte centavos);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 3 de Janeiro de 2001, de 2400 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.970\$00 (€9,83), correspondente ao preço unitário por tira de 39\$40 (trinta e nove escudos e quarenta centavos);
- c) a J&J apresentou, com data de 2 de Janeiro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.150\$00 (€10,72);
- d) a Roche apresentou, com data de 2 de Janeiro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.980\$00 (€9,88);
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.490\$00 (€12,42);
- f) a José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 28 de Dezembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.500\$00 (€12,47);
- g) a Bioportugal Químico, Farmacêutica, Lda., apresentou, com data de 27 de Dezembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 7.000\$00 (€34,92).

180.O fornecimento foi adjudicado às concorrentes Abbott, Menarini e Bayer.

*

181.No concurso público n.º 200021 (ano de 2002), posição 2, aberto para aquisição de 120.000 (cento e vinte mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2400 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 24 de Dezembro de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 21 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.606\$00 (€13,00), correspondente ao preço unitário por tira de 52\$12 (cinquenta e dois escudos e doze centavos);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 13 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.606\$00 (€13,00);
- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 20 de Dezembro de 2001, de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.606\$00 (€13,00);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 20 de Dezembro de 2001, de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.606\$00 (€13,00);
- e) a Bayer apresentou, com data de 21 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 3.000\$00 (€14,96).

182.O fornecimento foi adjudicado à empresa Roche.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

*

183.No concurso público n.º 300002 (ano de 2003), posição 2, aberto para aquisição de 120.000 (cento e vinte mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2400 embalagens), o Júri do concurso verificou, em 5 de Novembro de 2002, as seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 29 de Outubro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros) correspondente ao preço unitário por tira de €0,40 (quarenta cêntimos);
- b) a arguida **Menarini** apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 29 de Outubro de 2002, de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- c) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 30 de Outubro de 2002, de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- d) a J&J apresentou, com data de 29 de Outubro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros);
- e) a Roche não apresentou proposta de fornecimento.

184. O fornecimento foi adjudicado à arguida J&J.

185.Foram anunciados os seguintes critérios de adjudicação: qualidade (45%), preço (**40%**) e prazo de entrega (15%).

186.O preço de €20,00 já tinha sido apresentado pela Abbott em concursos anteriores, designadamente no Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia e no Centro Hospitalar de Coimbra.

*

187.No concurso público n.º 400002 (ano de 2004), posição 2, aberto para aquisição de 130.000 (cento e trinta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2600 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 4 de Fevereiro de 2004, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 28 de Janeiro de 2004, de 2600 embalagens de 50 tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros) correspondente ao preço unitário por tira de €0,30 (trinta cêntimos);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 29 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 2600 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,65 (treze euros e sessenta e cinco cêntimos);
- c) a J&J apresentou, com data de 29 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 2600 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 17,00 (dezassete euros) que, após desconto comercial proposto, se quedava em €13,60 (treze euros e sessenta cêntimos);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 30 de Janeiro de 2004, de 2600 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,90 (treze euros e noventa cêntimos);
- e) a Bayer apresentou, com data de 29 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 2600 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €17,00 (dezassete euros).

188.O fornecimento foi adjudicado à J&J.

*

1.17. - HOSPITAL DE SOUSA MARTINS

189.O Hospital de Sousa Martins, na cidade da Guarda, e relativamente ao aprovisionamento de meios de diagnóstico, recorreu ao procedimento de consulta prévia nos anos de 2001, 2002 e 2004, e procedeu à abertura de um concurso limitado no ano de 2003.

*

190.Na consulta prévia n.º 170034/01, aberta para aquisição de 60.000 (sessenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1200 embalagens), das propostas que contemplam o fornecimento quanto à posição 6 em tal consulta resulta que:

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 15 de Março de 2001, de 1200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.950\$00 (**€9,73**);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 15 de Março de 2001, uma proposta de fornecimento de 1200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.950\$00 (**€9,73**);
- c) a J&J não apresentou proposta de fornecimento;
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 19 de Março de 2001, de 1200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (**€9,98**);
- e) a Bayer apresentou, com data de 13 de Março de 2001, uma proposta de fornecimento de 1200 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.800\$00 (**€13,97**).

191.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 20% (vinte por cento) à arguida Abbott (240 embalagens); 40% (quarenta por cento) à arguida Menarini (480 embalagens); e 40% (quarenta por cento) à Roche (480 embalagens).

*

192.Na consulta prévia n.º 170075/02 (posição 3), aberta para aquisição de 80.000 (oitenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1600 embalagens), foram apresentadas as seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 19 de Abril de 2002, uma proposta de fornecimento de 1600 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€18,20** (dezoito euros e vinte cêntimos);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- b) a arguida **Menarini** apresentou, com data de 19 de Abril de 2002, uma proposta de fornecimento de 1600 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€18,01** (dezoito euros e um cêntimo);
- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 22 de Abril de 2002, de 1600 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€18,20** (dezoito euros e vinte cêntimos);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 24 de Abril de 2002, de 1600 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€18,01** (dezoito euros e um cêntimo).

193. A Bayer não apresentou proposta de fornecimento.

194. O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 500 (quinhentas) embalagens à arguida Menarini e 500 (quinhentas) embalagens à empresa Roche.

195. Segundo as regras do concurso, foram estes os critérios de adjudicação: qualidade, preço, apresentação, características funcionais, experiência anterior quanto ao medicamento/fornecedor e prazo de entrega.

196. A Abbott já tinha usado o preço de €18,01 na consulta prévia nº 40/2002-A aberta pela Sub-Região de Saúde de Évora, conforme proposta apresentada em 03/04/2002.

*

197. No concurso limitado n.º 120008/2003 (posição 3), aberto para aquisição de 90.000 (noventa mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1800 embalagens), o Júri do concurso verificou, em 10 de Março de 2003, as seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 27 de Fevereiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 1800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €19,00 (dezanove euros);
- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento de 1800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 6 de Março de 2003, de 1800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 21,00 (vinte e um euros);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 28 de Fevereiro de 2003, de 1800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 18,20 (dezoito euros e vinte cêntimos);
- e) a Bayer não apresentou proposta de fornecimento.

198. O fornecimento foi adjudicado à empresa Roche.

*

199. Na consulta prévia n.º 170012/2004 (posição 2), aberta para aquisição de 90.000 (noventa mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1800 embalagens), o Júri verificou, em 16 de Janeiro de 2004, as seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott não apresentou proposta de fornecimento;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 13 de Janeiro de 2004, de 1800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,70 (treze euros e setenta cêntimos);
- c) a J&J apresentou, com data de 13 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 1800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros) que, após desconto comercial proposto, se quedava em €17,00 (dezassete euros);
- d) a Roche apresentou, com data de 14 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 1800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €14,00 (catorze euros);
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 14 de Janeiro de 2004, de 1800 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros).

200.O fornecimento foi adjudicado da seguinte forma: 60% (sessenta por cento) à arguida Menarini (1050 embalagens) e 40% (quarenta por cento) à Roche (750 embalagens).

*

1.18. - HOSPITAL DE SÃO TEOTÓNIO

201.O Hospital de São Teotónio, na cidade de Viseu, procedeu à abertura de concursos nos anos de 2001 a 2004, ambos inclusive, para aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue.

*

202.No concurso público n.º 1/021/1/1/2001 (posição 17), aberto para aquisição de 150.000 (cento e cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 3 de Abril de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 29 de Março de 2001, de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.950\$00 (€9,73);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 28 de Março de 2001, uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.950\$00 (€9,73);
- c) a J&J não apresentou proposta de fornecimento;
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 2 de Abril de 2001, de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.980\$00 (€9,88).
- e) a Bayer apresentou, com data de 23 de Março de 2001, uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 3.000\$00 (€14,96);
- f) a Imunoreage, Lda. apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.000\$00 (€4,99).

203.O fornecimento foi adjudicado à empresa Roche.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

*

204.No concurso público n.º 1/026/1/1/2002 (posição 82), aberto para aquisição de 150.000 (cento e cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3000 embalagens), o Júri do concurso verificou, em 14 de Janeiro de 2002, as seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 10 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);
- b) a arguida **Menarini** apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 3 de Janeiro de 2002, de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);
- c) a J&J apresentou, com data de 8 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros);
- d) a Roche apresentou, com data de 26 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€15,00** (quinze euros).
- e) a Bayer não apresentou proposta de fornecimento

205.O fornecimento foi adjudicado à empresa Roche.

206.Foram usados neste concurso, como critérios de adjudicação, a qualidade farmacêutica, o prazo de entrega, o preço e condições de pagamento.

207.A arguida Abbott já antes havia apresentado a proposta de €15,00, designadamente:

- a) Na consulta prévia nº 7/2002 aberta pelo Hospital de Santa Cruz, cuja proposta foi apresentada em 21/12/2001;
- b) No concurso público nº 810010/2002 aberto pelo Hospital de Santa Luzia de Viana do Castelo, cuja proposta foi apresentada em 21/12/2001;
- c) No concurso público nº 20012/2002 aberto pelo Hospital de São Francisco Xavier, cuja proposta foi apresentada em 28/12/2001;
- d) No concurso público internacional nº 1/2002 do Hospital Dr. José Maria Grande, cuja proposta foi apresentada em 03/01/2002;
- e) No concurso limitado nº 2/10001/2002 aberto pelo Centro Hospitalar de Cascais, cuja proposta foi apresentada em 04/01/2002.

*

208.No concurso público n.º 1/026/1/1/2003, posição 40, aberto para aquisição de 200.000 (duzentas mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (4000 embalagens), o Júri do concurso verificou, em 31 de Janeiro de 2003, as seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 29 de Janeiro de 2003, de 4000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,15 (vinte euros e quinze cêntimos);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 29 de Janeiro de 2003, de 4000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- c) a J&J não apresentou proposta de fornecimento;
- d) a Roche apresentou, com data de 27 de Janeiro de 2003, uma proposta de fornecimento de 4000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €18,00 (dezoito euros);
- e) a Bayer não apresentou proposta de fornecimento.

209.O fornecimento foi adjudicado à empresa Roche.

*

210.No concurso público n.º 3/005/1/1/2004 (posição 14), aberto para aquisição de 175.000 (cento e setenta e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3500 embalagens), o Júri do concurso verificou, em 12 de Janeiro de 2004, as seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 7 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 5 de Janeiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,50 (treze euros e cinquenta cêntimos);
- c) a J&J não apresentou proposta de fornecimento;
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 7 de Janeiro de 2004, de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,90 (treze euros e noventa cêntimos);
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 29 de Dezembro de 2003, de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €17,00 (dezassete euros);
- f) José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 29 de Dezembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 3500 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €13,00 (treze euros);

211.O fornecimento das 175.000 (cento e setenta e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3500 embalagens) foi adjudicado à empresa Roche.

*

1.19. - HOSPITAL DA SENHORA DA OLIVEIRA

212.O Hospital da Senhora da Oliveira, na cidade de Guimarães, procedeu à abertura de concursos nos anos de 2001 a 2003, ambos inclusivé, bem como realizou um procedimento de ajuste directo no ano de 2004, para aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue.

*

213.No concurso público n.º 9/2001 (posição 3), aberto para aquisição de 98.000 (noventa e oito mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1960 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 9 de Agosto e 6 de Setembro de 2001, à abertura das seguintes propostas:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 3 de Agosto de 2000, de 1960 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.195\$00 (**€10,95**);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 28 de Julho de 2000, uma proposta de fornecimento de 1960 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.200\$00 (**€10,97**);
- c) a J&J apresentou a sua proposta, mas foi excluída por não conter a nota justificativa do preço.
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 7 de Agosto de 2000, de 1960 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.200\$00 (**€10,97**);
- e) a Bayer apresentou, com data de 4 de Agosto de 2000, uma proposta de fornecimento de 1960 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.495\$00 (**€12,45**).

214. O fornecimento foi adjudicado à Menarini, Roche e Bayer.

*

215. No concurso público n.º 21/2002 (posição 3), aberto para aquisição de 120.000 (cento e vinte mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2400 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 28 de Dezembro de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 21 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.606\$00 (**€13,00**);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 18 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.606\$00 (**€13,00**);
- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 21 de Dezembro de 2001, de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.606\$00 (**€13,00**);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 20 de Dezembro de 2001, de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.606\$00 (**€13,00**);
- e) a Bayer apresentou, com data de 21 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 3.000\$00 (**€14,96**).

216. O fornecimento foi adjudicado à Menarini, Roche e Bayer.

*

217. No concurso público n.º 10/2003 (posição 3), aberto para aquisição de 139.000 (cento e trinta e nove mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2780 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 7 de Outubro de 2002, à abertura das seguintes propostas:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- a) a arguida **Abbott** apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 2 de Outubro de 2002, de 2780 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,05** (vinte euros e cinco cêntimos);
- b) a arguida **Menarini** apresentou, com data de 25 de Setembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2780 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,01** (vinte euros e um cêntimo);
- c) a J&J apresentou, com data de 30 de Setembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2780 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,02** (vinte euros e dois cêntimos);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 2 de Outubro de 2002, de 2780 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,01** (vinte euros e um cêntimo).
- e) a Bayer apresentou, com data de 2 de Outubro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2780 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,02** (vinte euros e dois cêntimos).

218. O referido concurso foi **anulado**.

219. Através do ajuste directo nº 6/2003, as empresas Menarini e Roche aceitaram continuar a fornecer as tiras reagentes durante todo o ano de 2003, mantendo os preços constantes das suas propostas apresentadas no concurso público nº 21/2002.

220. No referido concurso anulado foram usados os seguintes critérios de adjudicação: qualidade (40 pontos), parecer dos utilizadores (20 pontos), preço (**18 pontos**), assistência pós-venda (12 pontos) e prazo de entrega (10 pontos).

*

221. No procedimento de **ajuste directo nº 34/2004** verificou-se a mesma situação, isto é, as arguidas Menarini e Roche aceitaram continuar a fornecer ao Hospital da Senhora da Oliveira as tiras reagentes durante todo o ano de 2004 mantendo os preços constantes das suas propostas apresentadas no concurso público nº 21/2002.

222. (Foi eliminado por despacho proferido a fls. 17189-17190, em 10.03.2010 -artº380º, nº1, al. b), do CPP.).

*

1.20. - HOSPITAL DE SANTA LUZIA

(actual CENTRO HOSPITALAR DO ALTO MINHO, S.A.)

223. O Hospital de Santa Luzia, em Viana do Castelo (actual Centro Hospitalar do Alto Minho, S.A.), procedeu à abertura, nos anos de 2001 e de 2002, de dois concursos para aquisição de tiras reagentes de determinação de glicose no sangue.

*

224. No **concurso limitado nº 800014/2001** (posição 3), aberto para aquisição de 100.000 (cem mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 9 de Janeiro de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 5 de Janeiro de 2001, de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.900\$00 (€9,48);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 5 de Janeiro de 2001, de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (€9,98);
- c) a J&J apresentou, com data de 2 de Janeiro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (€9,98);
- d) a empresa Roche apresentou uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.980\$00 (€9,88).
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 4 de Janeiro de 2001, de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.490\$00 (€12,42);
- f) a empresa Matos Mendonça Lda. apresentou, com data de 4 de Janeiro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.790\$00 (€8,93);

225.O fornecimento foi adjudicado em 90% à arguida Abbott e 10% à Roche.

*

226.No concurso limitado n.º 810010/2002 (posição 2), aberto para aquisição de 100.000 (cem mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 8 de Janeiro de 2002, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 21 de Dezembro de 2001, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros);
- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros);
- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 2 de Janeiro de 2002, de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 4 de Janeiro de 2002, de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros);
- e) a Bayer apresentou, com data de 3 de Janeiro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,00 (quinze euros).

227.O fornecimento foi adjudicado em 50% (cinquenta por cento) à arguida Abbott e 50% (cinquenta por cento) à empresa Roche.

*

1.21. - HOSPITAL DO ESPÍRITO SANTO (ÉVORA)



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

228.O Hospital de Espírito Santo, em Évora, procedeu, nos anos de 2001 a 2004, à abertura de dois procedimentos de consulta prévia e dois concursos públicos para aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue.

229.O Hospital declarou não localizar os elementos de uma das consultas prévias (nº 910010/2002).

*

230.Na consulta prévia n.º 910009/2001 (posição 1) para aquisição de 91.000 (noventa e uma mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1820 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 15 de Novembro de 2000, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 3 de Novembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 1820 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (€9,98);
- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 10 de Novembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 1820 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (€9,98);
- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 10 de Novembro de 2000, de 1820 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.100\$00 (€10,47);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento de 1820 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (€9,98);
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 13 de Novembro de 2000, de 1820 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.500\$00 (€12,47);
- f) a empresa José M. Vaz Pereira, Lda. apresentou, com data de 3 de Novembro de 2000, uma proposta de fornecimento de 1820 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.400\$00 (€11,97).

231.O fornecimento de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (1820 embalagens) foi adjudicado em 800 (oitocentas) embalagens à arguida J&J e 1100 (mil e cem) embalagens à empresa Roche.

*

232.No concurso público n.º 110013/2003 (posição 288), para aquisição de 100.000 (cem mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2000 embalagens), e posteriormente alargado para aquisição de 2300 embalagens, o Júri do concurso verificou, em 17 de Dezembro de 2002, as seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott não apresentou proposta de fornecimento;
- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- c) a J&J apresentou, com data de 12 de Dezembro de 2002, uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento de 2000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,00** (vinte euros).
- e) a Bayer não apresentou proposta de fornecimento.

*

233. O fornecimento foi adjudicado em 50% (cinquenta por cento) à J&J e 50% (cinquenta por cento) à Roche.

*

234. No concurso público internacional n.º 110013/2004 (posição 86), para aquisição de 120.000 (cento e vinte mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (2400 embalagens) e posteriormente alargado para aquisição de 2800 embalagens, cujo anúncio foi publicado em 25 de Setembro de 2003, o Júri do concurso procedeu, em 11 de Novembro de 2003, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 5 de Novembro de 2003, uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€14,00** (catorze euros);
- b) a arguida **Menarini** apresentou uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€14,00** (catorze euros);
- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 5 de Novembro de 2003, de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento de 2400 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€14,00** (catorze euros).

235. A Bayer não apresentou proposta de fornecimento.

236. O fornecimento foi adjudicado em 50% (cinquenta por cento) à arguida Abbott e 50% (cinquenta por cento) à empresa Roche.

237. Constavam do programa, como critérios de adjudicação, o preço e o prazo de entrega.

238. O preço de 14,00 já havia sido apresentado antes em outros concursos hospitalares.

*

1.22. - HOSPITAL DISTRITAL DE FARO

239. O Hospital Distrital de Faro procedeu à abertura de quatro concursos para aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue nos anos de 2001 a 2004, ambos inclusive.

*

240. No concurso público n.º 11/2001 (posição 5), para aquisição de 150.000 (cento e cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 7 de Novembro de 2000, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 2 de Novembro de 2000, de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.990\$00 (€9,93);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- b) a arguida Menarini apresentou, com data de 31 de Outubro de 2000, uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (€9,98);
- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 26 de Outubro de 2000, de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.000\$00 (€9,98);
- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.150\$00 (€10,72).
- e) a Bayer apresentou, com data de 25 de Outubro de 2000, uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.498\$00 (€12,46).

241.O fornecimento foi adjudicado em 15% (quinze por cento) à arguida Abbott, 40% (quarenta por cento) à arguida Menarini, 40% (quarenta por cento) à J&J e 5% (cinco por cento) à Roche.

*

242.No concurso limitado n.º 1/2002 (posição 6), aberto para aquisição de 150.000 (cento e cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 16 de Outubro de 2001, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida Abbott apresentou, com data de 9 de Outubro de 2001, uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.560\$00 (€12,77);
- b) a arguida Menarini apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.560\$00 (€12,77);
- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 12 de Outubro de 2001, de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.565\$00 (€12,79);
- d) a empresa Roche apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.560\$00 (€12,77);
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.850\$00 (€14,22);
- f) José M. Vaz Pereira apresentou duas propostas de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes, uma destas ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 1.895\$00 (€9,45) e uma outra ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de 2.450\$00 (€12,22);

243.O fornecimento foi adjudicado em 25% (vinte e cinco por cento) à arguida Abbott; 25% (vinte e cinco por cento) à J&J; 25% (vinte e cinco por cento) à arguida Menarini; 20% (vinte por cento) à Roche e 5% (cinco por cento) à Bayer.

*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

244. No concurso público n.º 5/2003 (posição 6), aberto para aquisição de 150.000 (cento e cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3000 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 29 de Agosto de 2002, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 26 de Agosto de 2002, uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,01** (vinte euros e um cêntimo);
- b) a arguida **Menarini** apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,01** (vinte euros e um cêntimo);
- c) a **J&J** apresentou, com data de 20 de Agosto de 2002, uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,01** (vinte euros e um cêntimo);
- d) a **Roche** apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,01** (vinte euros e um cêntimo).
- e) a **Bayer** apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 26 de Agosto de 2002, de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de **€20,01** (vinte euros e um cêntimo);
- f) **José M. Vaz Pereira** apresentou, com data de 16 de Agosto de 2002, uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €9,45 (nove euros e quarenta e cinco cêntimos).

245. O fornecimento foi adjudicado em 19% (dezanove por cento) à arguida **Abbott** (570 embalagens); 19% (dezanove por cento) à **J&J** (570 embalagens); 19% (dezanove por cento) à arguida **Menarini** (570 embalagens); 19% (dezanove por cento) à **Roche** (570 embalagens); 19% (dezanove por cento) à **Bayer** (570 embalagens); e 5% (cinco por cento) à empresa **JM Vaz Pereira** (150 embalagens).

246. Foram anunciados para este concurso os seguintes critérios de adjudicação: parecer dos utilizadores (35%), concordância com as especificações técnicas (30%), preço (**25%**) e prazo de entrega (10%).

*

247. No concurso público n.º 9/2004 (posição 5), aberto para aquisição de 180.000 (cento e oitenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3600 embalagens), o Júri do concurso procedeu, em 15 de Outubro de 2003, à abertura das seguintes propostas:

- a) a arguida **Abbott** apresentou, com data de 10 de Outubro de 2003, uma proposta de fornecimento de 3600 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,50 (quinze euros e cinquenta cêntimos);
- b) a arguida **Menarini** apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €14,00 (catorze euros);
- c) a **J&J** apresentou uma proposta de fornecimento de 3600 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €20,00 (vinte euros);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- d) a Roche apresentou uma proposta de fornecimento de 3600 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €16,00 (dezasseis euros).
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento de 3600 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €15,80 (quinze euros e oitenta cêntimos);
- f) José M. Vaz Pereira apresentou uma proposta de fornecimento de 3600 embalagens de tiras reagentes ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de €12,00 (doze euros);

248.O fornecimento foi adjudicado em 50% (cinquenta por cento) à arguida Abbott e 50% (cinquenta por cento) à arguida Menarini.

*

1.23. - CENTRO HOSPITALAR DE COIMBRA

(PRC 06/03)

249.O Centro Hospitalar de Coimbra procedeu à abertura de dois concursos para aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue.

*

250.No Concurso Limitado n.º 210004/2002, aberto para a aquisição de 3.700 embalagens de 50 unidades de tiras reagentes para determinação da glicose no sangue, também designadas por "tiras teste", o júri do concurso procedeu, em 10 de Dezembro de 2001, à análise das propostas e elaboração do respectivo mapa comparativo, tendo resultado que:

- a) a Abbott apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 13 de Agosto de 2001, para 3.700 embalagens de tiras reagentes, ao preço unitário, sem IVA de 2.280\$00 (€11,37);
- b) a Menarini apresentou uma proposta, datada de 27 de Julho de 2001, para 3.700 embalagens de tiras reagentes, ao preço unitário, sem IVA de 2.280\$00 (€11,37);
- c) a J&J apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 3 de Agosto de 2001, para 3.700 embalagens de tiras reagentes, ao preço unitário, sem IVA de 2.295\$00 (€11,45);
- d) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 13 de Agosto de 2001, para 3.700 embalagens de tiras reagentes, ao preço unitário, sem IVA de 3.000\$00 (€14,96);

251.De acordo com a decisão do júri a adjudicação deste Concurso foi efectuada, em termos percentuais, às seguintes empresas concorrentes: - Abbott (35%), J&J (30%) e Menarini (35%).

*

252.No Concurso Limitado n.º 210001/2003, aberto em 14 de Agosto de 2002, para a aquisição de 4.000 embalagens de tiras reagentes para determinação da glicose no sangue, o júri do concurso procedeu, em 13 de Novembro de 2002, à análise das propostas e elaboração do mapa comparativo das mesmas, tendo resultado que:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- a) a arguida **Abbott** apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 15 de Outubro de 2002, para 4.000 embalagens de tiras reagentes, ao preço unitário, sem IVA de **€20,00**;
- b) a arguida **Menarini** apresentou uma proposta, datada de 9 de Outubro de 2002, para 4.000 embalagens de tiras reagentes, ao preço unitário, sem IVA de **€20,00**;
- c) a arguida **J&J** apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 16 de Outubro de 2002, para 4.000 embalagens de 50 tiras reagentes, ao preço unitário, sem IVA, de **€20,00**;
- d) a Roche apresentou uma proposta, datada de 18 de Outubro de 2002, para 4.000 embalagens de tiras reagentes, ao preço unitário, sem IVA de **€20,00**;
- e) a Bayer apresentou uma proposta de fornecimento, datada de 16 de Outubro de 2002, para 4.000 embalagens de tiras reagentes, ao preço unitário, sem IVA de **€20,00**.

253.O júri do concurso propôs a não adjudicação e a retirada da posição com os seguintes fundamentos:

- "por considerar inaceitáveis as propostas apresentadas por todos os concorrentes (exceptuando a Roche, firma à qual o produto não foi adjudicado no ano transacto), dado envolverem aumentos nos preços unitários que oscilam entre os 33,65% e os 75,9% (por comparação com os preços propostos em 2002);
- por parecer prefigurar-se conluio entre os concorrentes"

254.Mais propôs que, uma vez retirada a posição, e porque os bens em causa continuavam a ser necessários, se procedesse à respectiva aquisição, nas quantidades previstas, mediante procedimento por negociação e sem publicação prévia de anúncios.

255.O Centro Hospitalar, procedendo em conformidade, iniciou o procedimento por negociação nº 810001/2003, no qual veio a comprar os produtos pelo preço de €20,00.

*

256.A Abbott já havia apresentado, em concursos anteriores, o preço de €20,00.

*

1.24. - HOSPITAL DE SANTO ESPÍRITO

257.O Hospital de Santo Espírito, em Angra do Heroísmo, Açores, procedeu à abertura de quatro concursos para aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue nos anos de 2001 a 2004, ambos inclusive.

258.Nenhuma das aqui arguidas apresentou propostas de fornecimento em tais concursos.

*

1.25. - SERVIÇO REGIONAL DE SAÚDE DA REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA.

259.O Serviço Regional de Saúde da Região Autónoma da Madeira procedeu à abertura de um concurso público, no ano de 2004, para aquisição de tiras reagentes para determinação de glicose no sangue.

*

260.No concurso público n.º 20040013, aberto para aquisição de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 195.000 (cento e noventa e cinco mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3900 embalagens) quanto à posição 8,
- 150.000 (cento e cinquenta mil) unidades de tiras reagentes em embalagens de 50 tiras (3000 embalagens), quanto à posição 9,

foram apresentadas as seguintes propostas:

- a) a J&J apresentou, com data de 27 de Fevereiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 3900 embalagens de tiras reagentes (posição 8) ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 15,00 (quinze euros) e apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes (posição 9) ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 20,00 (vinte euros);
- b) a Bayer apresentou, com data de 20 de Fevereiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 3900 embalagens de tiras reagentes (posição 8) ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 13,00 (treze euros) e apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes (posição 9) ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 13,00 (treze euros);
- c) a Atom Científica – Produtos para Laboratório, Lda. apresentou uma proposta de fornecimento de 3900 embalagens (posição 8), com 100 tiras reagentes cada, ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 11,00 (onze euros) e apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens (posição 9), com 100 tiras reagentes cada, ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 11,00 (onze euros);
- d) a empresa Centro Comercial Farmacêutico da Madeira, Lda., apresentou, com data de 2 de Março de 2004, uma proposta de fornecimento de 3900 embalagens de tiras reagentes (posição 8) ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 15,00 (quinze euros) e apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes (posição 9) ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 14,00 (catorze euros);
- e) a empresa C.J. Sousa Andrade & Cª S.A., apresentou, com data de 27 de Fevereiro de 2004, uma proposta de fornecimento de 3900 embalagens de tiras reagentes (posição 8) ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 13,50 (treze euros e cinquenta cêntimos) e apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes (posição 9) ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 13,50 (treze euros e cinquenta cêntimos);
- f) a Medimadeira Farmacêutica, Lda. apresentou uma proposta de fornecimento de 3900 embalagens de tiras reagentes (posição 8) ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 14,90 (catorze euros e noventa cêntimos) e apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens de tiras reagentes (posição 9) ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 14,90 (catorze euros e noventa cêntimos);
- g) a Prestifarma, Lda., apresentou uma proposta de fornecimento de 3900 embalagens (posição 8), com 25 tiras reagentes cada, ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 9,00 (nove euros) e apresentou uma proposta de fornecimento de 3000 embalagens (posição 9), com 25 tiras reagentes cada, ao preço unitário por embalagem, sem I.V.A., de € 9,00 (nove euros).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

*

261.O fornecimento das 195.000 unidades de tiras reagentes quanto à posição 8 em tal concurso foi adjudicado em 55% à Bayer e em 45% à empresa C.J. Sousa Andrade.

262.O fornecimento das 150.000 unidades de tiras reagentes quanto à posição 9 em tal concurso foi adjudicado em 55% à Bayer e em 45% à empresa C.J. Sousa Andrade .

Com relevância, mais se provou que:

263.Através das suas condutas, as arguidas pretenderam obter directamente uma subida dos preços do Reagente de Determinação de Glicose no Sangue praticado no âmbito dos concursos hospitalares de forma a reduzirem a discrepância entre o preço do referido Reagente no sector hospitalar e aquele que vinha sendo praticado no sector farmacêutico, com o que visavam também diminuir as probabilidades de o Ministério da Saúde rever em baixa os preços destes últimos.

264.Ao agirem pelo modo supra descrito, as arguidas agiram sempre de forma livre, consciente e voluntária, conhecedoras de que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

*

265.Ao longo do tempo, as arguidas foram justificando os seus preços junto das entidades hospitalares, em particular quando interpeladas para o efeito pelas respectivas entidades adjudicantes.

266.Assim sucedeu junto do Hospital Doutor José Maria Grande, no concurso público nº 2/2001:

- a) Em 20/12/2000, a Abbott justificou o valor Esc. 1.990\$00 como o "resultado do somatório do custo do produto na origem, transporte, seguro e margem de comercialização";
- b) Em 13/12/2000, a Menarini justificou o valor Esc. 1.890\$00 como o resultado da "tecnologia totalmente inovadora, sujeita aos mais rigorosos processos de controlo de qualidade, quer à saída da linha de produção, quer das matérias-primas. Sendo produtos importados, o acondicionamento no transporte é importante, para além de ser efectuado um controlo aquando da recepção dos produtos para armazenamento".

267.Como também junto do Hospital de Santo António dos Capuchos (Subgrupo Hospitalar dos Capuchos e Desterro), no concurso limitado nº 2-1-0060/01:

- a) Em 10/04/2001, a Menarini justificou o valor Esc. 1.950\$00 como o resultado da "tecnologia totalmente inovadora, sujeita aos mais rigorosos processos de controlo de qualidade, quer à saída da linha de produção, quer das matérias-primas. Sendo produtos importados, o acondicionamento no transporte é importante, para além de ser efectuado um controlo aquando da recepção dos produtos para armazenamento".

268.Junto do mesmo Hospital, no concurso nº 2-1-0241/02:

Instada directamente pelo Hospital para justificar um aumento de 52,2% relativamente à proposta anteriormente apresentada, a J&J respondeu, em 11/03/2002, que a produção seria realizada "num país do continente Americano" e que "devido aos acontecimentos recentes nos EUA"



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(no que parece ser uma referência aos acontecimentos de 11 de Setembro de 2001), "os custos de importação e transporte do referido produto sujeito a concurso sofreram um agravamento significativo. Adicionado a este factor tivemos que uniformizar os preços do produto dentro da União Europeia, o que levou a alguns reajustes".

269. Junto do Hospital de São Teotónio, no concurso público nº 1/026/1/1/2002

- a) Em 10/01/2002, a Abbott justificou o valor €15,00 como o "resultado do somatório do preço do produto na origem, mais os impostos, mais a margem de comercialização".
- b) Em 02/01/2002, a Menarini justificou o valor €15,00 como o resultado da "tecnologia totalmente inovadora, sujeita aos mais rigorosos processos de controlo de qualidade, quer à saída da linha de produção, quer das matérias-primas. Sendo produtos importados, o acondicionamento no transporte é importante, para além de ser efectuado um controlo aquando da recepção dos produtos para armazenamento".
- c) Em 08/01/2002, a J&J justificou o valor €15,00 afirmando que o mesmo "inclui os preços intercompanhia dos produtos à taxa cambial vigente no momento da importação, acrescido dos valores alfandegários, fretes e seguros".

270. Junto do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia, no concurso público nº 01-23/03

Em 07/10/2002, a J&J justificou o valor €20,00 afirmando que o mesmo calculado com base nos seguintes elementos: "

- divisa de comercialização: Dólar – 0,9565 / Libra – 0,6290;
- despesas de importação, transporte e outras: 15%;
- margem de comercialização: 20%.

271. Junto do Hospital de Santo António dos Capuchos (Subgrupo Hospitalar dos Capuchos e Desterro), no concurso limitado nº 2-1-0021/03:

Instada directamente pelo Hospital para justificar um aumento de 33,1% relativamente à proposta anteriormente apresentada, a J&J respondeu, em 06/12/2002, que o preço era o resultado da "recente adopção de uma política de uniformização de preços na União Europeia, acrescentada ao facto de se ter iniciado a centralização do Armazenamento e Distribuição em Beerse (Bélgica) - o que veio agravar significativamente os custos de importação e transporte (...)".

272. Junto do Instituto Português de Oncologia de Francisco Gentil, no concurso público nº 126/2003:

Em 18/12/2002, a Menarini justificou o valor €20,00 como o resultado da "tecnologia totalmente inovadora, sujeita aos mais rigorosos processos de controlo de qualidade, quer à saída da linha de produção, quer das matérias-primas. Sendo produtos importados, o acondicionamento no transporte é importante, para além de ser efectuado um controlo aquando da recepção dos produtos para armazenamento".

273. Junto do Hospital de São Teotónio, no concurso público nº 1/026/1/1/2003:

- a) Em 29/01/2003, a Abbott justificou o valor €20,15 como o "resultado do somatório do preço do produto na origem, mais os impostos, mais a margem de comercialização".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- b) Em 29/01/2003, a Menarini justificou o valor €15,00 afirmando que "os produtos propostos fazem uso de uma tecnologia totalmente inovadora, tendo sido sujeitos aos mais rigorosos processos de controlo de qualidade, não só do produto final à saída da linha de fabricação, como também, das matérias primas. Tratando-se de produtos importados, o acondicionamento no transporte é outro dos aspectos que a Menarini cuida particularmente, além de efectuar um controlo aquando da recepção dos produtos para armazenamento".

274. Junto do Hospital de Santo António dos Capuchos (Subgrupo Hospitalar dos Capuchos e Desterro), no concurso limitado nº 2-1-11/04:

- a) Em 01/10/2003, a Abbott justificou o valor €15,00 como o "resultado do somatório do preço do produto na origem, mais os impostos, mais a margem de comercialização".
- b) Em 26/09/2003, a Menarini justificou o valor €17,80 afirmando que "os produtos propostos fazem uso de uma tecnologia totalmente inovadora, tendo sido sujeitos aos mais rigorosos processos de controlo de qualidade, não só do produto final à saída da linha de fabricação, como também, das matérias primas. Tratando-se de produtos importados, o acondicionamento no transporte é outro dos aspectos que a Menarini cuida particularmente, além de efectuar um controlo aquando da recepção dos produtos para armazenamento".

275. Junto do Hospital de São Teotónio, no concurso público nº 3/005/1/1/2004:

- a) Em 07/01/2004, a Abbott justificou o valor €15,00 como o "resultado do somatório do preço do produto na origem, mais os impostos, mais a margem de comercialização".
- b) Em 05/01/2004, a Menarini justificou o valor €13,50 afirmando que "os produtos propostos fazem uso de uma tecnologia totalmente inovadora, tendo sido sujeitos aos mais rigorosos processos de controlo de qualidade, não só do produto final à saída da linha de fabricação, como também, das matérias primas. Tratando-se de produtos importados, o acondicionamento no transporte é outro dos aspectos que a Menarini cuida particularmente, além de efectuar um controlo aquando da recepção dos produtos para armazenamento".

276. Junto do Hospital Pulido Valente, no ajuste directo nº 440007/2004

Em 05/01/2004, a J&J justificou os preços (€20,00) afirmando que os mesmos "incluem os preços intercompanhia, dos produtos à taxa cambial vigente no momento da importação, acrescido dos valores alfandegários, fretes e seguros".

277. Os representantes das arguidas encontravam-se com regularidade no seio da **APIFARMA** e, ocasionalmente, nas suas próprias instalações.

278. Tais reuniões ocorriam, essencialmente, no âmbito dos seguintes grupos instituídos pela APIFARMA:

- a) Grupo de Trabalho do Protocolo da Diabetes Mellitus,
- b) Comissão Especializada de Meios de Diagnóstico (CEMD) e
- c) Comissão Especializada de Fornecimentos Hospitalares (CEFH).

279. As reuniões do Grupo de Trabalho tiveram lugar em datas não integralmente apuradas, mas pelo menos de Setembro de 2002 a Junho de 2004.

280. As reuniões da CEMD tiveram lugar em datas não integralmente apuradas, mas pelo menos de Janeiro de 2001 a Dezembro de 2004.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

281. As reuniões da CEFH tiveram lugar em datas não integralmente apuradas, mas pelo menos de Dezembro de 2001 a Janeiro de 2005.

282. Numa das referidas reuniões, que teve lugar nas instalações da APIFARMA no dia 04/06/2001, encontravam-se presentes os representantes da arguida Abbott (António Freitas), da arguida Menarini (José Teixeira), da J&J (Pedro Crispim), da Roche (Ana Carlota Agulheiro e António Melão) e da Bayer (Maria Teresa Marques).

283. Nessa altura encontrava-se em negociação a revisão do Protocolo de Colaboração celebrado em 14 de Outubro de 1998 entre o Ministério da Saúde e demais Parceiros para a gestão integrada do Programa de Controlo da Diabetes Mellitus.

284. Tal Protocolo definia os preços do reagente de determinação de glicose no sangue a praticar nas farmácias (venda ao público) – os quais eram fixados administrativamente através de Portaria Ministerial.

285. Durante a dita reunião foi discutida a discrepância entre os preços praticados no âmbito dos concursos hospitalares e os preços administrativamente fixados para tal reagente no sector farmacêutico / ambulatório.

286. Tendo em conta que os preços praticados no âmbito dos concursos hospitalares eram mais baixos do que os praticados no sector farmacêutico, discutiu-se inclusivamente o risco de os preços hospitalares puderem ser relevados como preços de referência no âmbito da referida revisão.

287. O que significava agir de forma a evitar o abaixamento dos preços no sector farmacêutico/ambulatório.

288. Este receio tinha por fundamento o facto de que já aquando da preparação do Protocolo de Colaboração de 1998 o Ministério da Saúde ter ponderado considerar os preços do Reagente de Determinação de Glicose no Sangue praticados no âmbito dos concursos hospitalares como preços de referência para o estabelecimento dos preços do mesmo Reagente no sector farmacêutico.

289. Para além da reunião de 04/06/2001, estes receios e modo de prevenir a baixa de preços no sector farmacêutico voltaram a ser discutidos entre os mesmos concorrentes em outras datas não concretamente apuradas, no período que decorreu entre 2001 e 2004.

290. Nesses contactos, acertavam os preços a praticar no âmbito dos concursos hospitalares.

291. As vendas do Reagente a estabelecimentos hospitalares correspondem a 15% a 20% das vendas globais de embalagens de 50 tiras de Reagente no território nacional.

292. As restantes vendas, entre 80% a 85%, são realizadas através de estabelecimentos farmacêuticos de venda ao público.

293. Segundo informação prestada pela EDMA (Associação Europeia de Meios de Diagnóstico), as vendas globais do Reagente no território nacional foram nos seguintes valores aproximados: Em 2001: €15.497.651 em 2001, €19.682.000 em 2002, €24.393.000 em 2003 e €30.471.000 em 2004.

294. Subsequentemente, as vendas a estabelecimentos hospitalares situar-se-ão:

a) Em 2001: entre €2.324.648,00 e €3.099.530,00;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

b) Em 2002: entre €2.952.300,00 e €3.936.400,00;

c) Em 2003: entre €3.658.950,00 e €4.878.600,00.

295. Das vendas globais supra referidas, foram as seguintes as efectuadas pela **Abbott** (arredondado a milhares de euros): €2.039.000,00 em 2001, €2.944.000,00 em 2002, €3.972.000,00 em 2003 e €5.343.000,00 em 2004.

296. Dos €2.039.000,00 de 2001:

a) €1.445.000,00 correspondem às vendas no segmento de retalho e

b) €594.000,00 correspondem às vendas nos restantes segmentos (hospitais públicos e privados, casas de saúde, clínicas de hemodiálise, bombeiros, etc.);

297. Dos €2.944.000,00 de 2002:

a) €2.535.000,00 correspondem às vendas no segmento de retalho e

b) €409.000,00 correspondem às vendas nos restantes segmentos (hospitais públicos e privados, casas de saúde, clínicas de hemodiálise, bombeiros, etc.);

298. Dos €3.972.000,00 de 2003:

a) €3.407.000,00 correspondem às vendas no segmento de retalho e

b) €565.000,00 correspondem às vendas nos restantes segmentos (hospitais públicos e privados, casas de saúde, clínicas de hemodiálise, bombeiros, etc.) e, destes, €562.448,47 às vendas aos hospitais públicos, centros de saúde e sub-regiões de saúde;

299. Dos €5.343.000,00 de 2004:

a) €4.415.000,00 correspondem às vendas no segmento de retalho e

b) €928.000,00 correspondem às vendas nos restantes segmentos (hospitais públicos e privados, casas de saúde, clínicas de hemodiálise, bombeiros, etc.) e, destes, €576.927,77 às vendas aos hospitais públicos, centros de saúde e sub-regiões de saúde.

*

300. Em 2004, a Abbott apresentou o seguinte volume global de negócios: **€111.322.177,00** (cento e onze milhões, trezentos e vinte e dois mil, cento e setenta e sete euros).

301. A Menarini apresentou os seguintes volumes globais de negócios:

a) em 2003 - **€11.747.689,34** (onze milhões, setecentos e quarenta e sete mil, seiscentos e oitenta e nove euros e trinta e quatro centimos);

b) em 2004 - **€14.060.111,18** (catorze milhões, sessenta mil, cento e onze euros e catorze centimos).

301. A J&J apresentou, em 2002, o seguinte volume global de negócios: **€99.708.428,40** (noventa e nove milhões, setecentos e oito mil, quatrocentos e vinte e oito euros e quarenta centimos).

*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

302.O Reagente de Determinação de Glicose no Sangue comercializado pelas arguidas é constituído por tiras reagentes que, associadas a um aparelho específico de medição, permitem a determinação do nível de glicose no sangue.

303.As tiras reagentes são específicas de cada marca e para cada aparelho de medição, pelo que cada empresa arguida possui um aparelho distinto dos das empresas concorrentes.

304.No ano de 2001, a Abbott lançou no mercado o medidor Precision Xtra (em substituição do Precision QID) que, para além de medir os níveis de glicose, calcula também os níveis de glicemia e de cetonemia.

305.Durante o segundo semestre de 2003, a Menarini lançou no mercado o equipamento Glucocard Gmater.

306.A determinação de glicose no sangue é algo que ocorre quando, porventura pela necessária e regular monitorização fundada em razões de saúde, um concreto consumidor/utilizador do Reagente de Determinação de Glicose no Sangue pretende conhecer o seu nível de glicose no sangue.

307.Para tanto, o consumidor/utilizador do Reagente poderá adquiri-lo junto de farmácias.

308.A necessidade de determinação de glicose no sangue ocorre, igualmente, no âmbito da administração de cuidados de saúde a pacientes por parte de entidades públicas e privadas.

309.Desde 1998, os preços do Reagente de Determinação de Glicose no Sangue encontravam-se fixados administrativamente para os actos de venda ao público em farmácias:

- a) se o adquirente do Reagente fosse utente do Serviço Nacional de Saúde (SNS) e apresentasse na farmácia a correspondente prescrição médica pagaria Esc. 4.410\$00 (€22,00), importando para as empresas farmacêuticas o valor máximo de €20,95;
- b) Nas restantes situações, o adquirente pagaria Esc. 6.125\$00 (€30,55), cabendo às empresas farmacêuticas, de igual modo, o valor de €20,95.

310.Em 13/05/2003, e no âmbito do processo de negociação relativamente ao Protocolo de Colaboração no Programa de Controlo da Diabetes Mellitus, a APIFARMA acordou dever negociar uma actualização de preços "que tenha em atenção a evolução da taxa de inflação dos últimos 4 anos".

311.Em 21/05/2003, A APIFARMA recebeu do Ministério da Saúde o Projecto de renovação do Protocolo da Diabetes Mellitus, enviado pelo Ministério da Saúde.

312.A partir de 01/07/2003, após a revisão administrativa dos referidos preços, os preços de venda ao público foram aumentados, respectivamente, para €24,31 e €32,08, cabendo às empresas farmacêuticas, também respectivamente, os valores máximos de €21,99 e €22,00.

*

Factos não provados:

Com relevância para a decisão da causa, não se provou:

1. O concreto benefício económico que as arguidas retiraram das suas condutas no âmbito do sector hospitalar.
2. O concreto prejuízo económico para o erário público resultante das condutas das arguidas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

3. Que os preços que vieram a ser fixados em 2003 para o sector farmacêutico tenham sido influenciados pelos preços que as arguidas apresentaram no sector hospitalar nos anos antecedentes.

4. Consequentemente, que o benefício económico obtido pelas arguidas na sequência das suas condutas se haja estendido às vendas em farmácias.

5. Consequentemente, que, no que respeita às vendas em farmácias, os ilícitos cometidos pelas arguidas produziram os seus efeitos a partir do momento em que entrou em vigor o novo regime de 2003, perdurando tais efeitos durante todo o tempo em que vigoraram os novos preços fixados.

*

3. Ao fundamentar esta decisão de facto, o Tribunal consignou o seguinte:

O Tribunal formou a sua convicção com base na análise crítica que fez dos documentos juntos e do teor dos depoimentos das testemunhas arroladas.

Em concreto, foram relevados, designadamente, os seguintes documentos:

⇒ Centro Hospitalar das Caldas da Rainha: docs. de fls. 255, 256, 1130, 1131, 1189-1191, 1215-1217, 1132-1185 e, relativamente a

- ❖ Consulta prévia nº 31/2002: 1193-1197, 1198-1201, 1206-1208 (proposta J&J), 1209-1214 (proposta Abbott), e 7994-8005;
- ❖ Concurso limitado nº 200015/2003: 1218-1220 (proposta J&J), 1227-1229 e 1230-1232.

⇒ Centro Hospitalar de Cascais: docs. de fls. 264, 265 e 639-795 e, relativamente a:

- ❖ Concurso limitado n.º 3/2001: 709-711, 712-714 (proposta Abbott), 715 e 716, 717-719 (proposta J&J), 720 (proposta Menarini), 721-723, 724-731, 732-738, 739-749, 750;
- ❖ Concurso limitado n.º 2/10001/2002: 751-754, 755-757 (proposta Abbott), 758 e 759, 760-762 (proposta J&J), 763, 764-765 (proposta Menarini), 766-768, 769-777, 778-789, 790 e 8063-8073;
- ❖ Concurso limitado n.º 2/10003/2003687 -, 641, 642, 660-664, 666-668 (proposta Abbott), 669-670, 671-673 (proposta J&J), 674-675, 676-677 (proposta Menarini), 678-680, 681-686, 697, 698-706 e 707;
- ❖ Ajuste directo n.º 410343/2004: - 645, 647, 648, 650-655 (proposta J&J), 656 e 657 (proposta Abbott) e 658.

⇒ Centro Hospitalar de Coimbra: os documentos do apenso A, designadamente fls. 74 e relativamente a

- ❖ Concurso limitado 210004/2002: 20-23 (proposta J&J) 35-40, 47 (proposta Abbott), 24, 25, 28, 29 (proposta Bayer), 30-32 (proposta Menarini), 34 (nota justificativa do preço Menarini), 27 (adjudicação), 27 e 33;
- ❖ Concurso limitado 210001/2003: 43-45 (proposta Abbott), 46, 48 e 49 (proposta Menarini) 50 e 51 (proposta Bayer), 52-57 (proposta J&J), 58-60 e 62 (proposta



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Roche), 42 (repetido a 715), 63, 64, 398-411 (repetidos a fls. 517-527 e 705-714), 688, 689, 693, 695, 697, 699, 701, 703, 15 e 413 – e, nos principais, 7273-7277, 7370, 9736 e 9739.

- ❖ Procedimento por negociação 810001/2003 – 515 e 516 (repete 726 e 727), 730, 743, 740, 741, 742, 744, 745 / 717, 718-724, 725, 728, 729, 731-734 / 716 / 548, 549 e 716.

⇒ Centro Hospitalar de Póvoa de Varzim / Vila do Conde – documentos de 231 e 232, 1731-1732 e, relativamente a:

- ❖ Concurso público n.º 4/2001 - 1732 e 1733, 1758-1779, 1734 a 1736, 1752 a 1754 (proposta Abbott), 1744 a 1745 (proposta Bayer), 1749 a 1751 (proposta J&J), 1755 a 1756 (proposta Menarini), 1746 a 1748 (proposta Roche) e 1737 a 1743 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 110006/2003 - 1822-1824, 1801-1821, 1799 a 1800, 1796 a 1798 (proposta Abbott), 1787 a 1788 (proposta Bayer), 1789 a 1795 (proposta J&J), 1784 a 1786 (proposta Roche) e 1780 a 1782 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 110004/2004 - 1868, 1869, 1847-1867, 1845 a 1846, 1832 a 1833 (proposta Abbott), 1834 a 1835 (proposta Bayer), 1840 a 1844 (proposta J&J), 1836 a 1837 (proposta José M. Vaz Pereira), 1838 a 1839 (proposta Menarini), 1829 a 1831 (proposta Roche) e 1825 a 1827 (adjudicação).

⇒ Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia – documentos de fls. 222, 223, 1572-1573 e, relativamente a:

- ❖ Concurso público n.º 01-73/01 - 1573-1578, 1598 a 1602, 1583 a 1585 (proposta Abbott), 1586 a 1587 (proposta Bayer), 1591 a 1593 (proposta J&J), 1594 a 1595 (proposta José M. Vaz Pereira), 1596 a 1597 (proposta Menarini), 1588 a 1590 (proposta Roche) e 1603 a 1607 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 01-34/02 - 1608-1612, 1638 a 1641, 1632 a 1634 (proposta Abbott), 1619 a 1620 (proposta Bayer), 6687 a 6689, 6749-6751 (proposta J&J), 6691 e 6753 (justificação do preço J&J), 1617 a 1618 (proposta José M. Vaz Pereira), 1621 a 1622 (proposta Menarini), 1635 a 1637 (proposta Roche) e 1616, 1642 a 1645 (adjudicação);
- ❖ Concurso público internacional n.º 01-23/03 - 1646-1650, 1686 a 1690, 1655 a 1658 (proposta Abbott), 1659 a 1660 (proposta Bayer), 1664 a 1670 (proposta J&J), 1671 (justificação do preço J&J), 1674 a 1677 (proposta José M. Vaz Pereira), 1672 a 1673 (proposta Menarini), 1661 a 1663 (proposta Roche), 1654 e 1691 a 1694 (adjudicação);
- ❖ Concurso público internacional n.º 01-37/04 – 1697, 1728 a 1730, 1721 a 1723 (proposta Abbott), 1702 a 1703 (proposta Bayer), 1713 a 1720 (proposta J&J), 1707 a 1709 (proposta José M. Vaz Pereira), 1704 a 1706 (proposta Menarini), 1710 a 1712 (proposta Roche), 1701 e 1724 a 1727 (adjudicação).

⇒ Hospital Distrital de Faro – documentos de fls. 278-279 e, relativamente a:

- ❖ Concurso público n.º 11/2001 - 3561 a 3578, designadamente 3561 a 3563, 3571 (proposta Abbott), 3570 (proposta Bayer), 3568 a 3569 (proposta J&J), 3567 (proposta Menarini), 3565 a 3566 (proposta Roche) e 3572-3578 (adjudicação);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



- ❖ Concurso limitado nº 1/2002 - 3579 a 3611, designadamente 3589 a 3591, 3596 (proposta Abbott), 3597 (proposta Bayer), 3598 a 3599 (proposta J&J), 3600 (proposta José M. Vaz Pereira), 3603 (proposta Menarini), 3601 e 3602 (proposta Roche) e 3604-3611 adjudicação);
- ❖ Concurso público nº 5/2003 - 3612 a 3633, designadamente 3613 a 3614, 3616 (proposta Abbott), 3617 a 3618 (proposta Bayer), 3619 a 3620 (proposta J&J), 3621 (proposta José M. Vaz Pereira), 3622 (proposta Menarini), 3623 a 3624 (proposta Roche) e 3625 a 3633 (adjudicação);
- ❖ Concurso público nº 9/2004 - 3634 a 3650, designadamente 3636, 3637, 3638 (proposta Abbott), 3639 (proposta Bayer), 3640 a 3641 (proposta J&J), 3642 (proposta José M. Vaz Pereira), 3643 (proposta Menarini), 3644 a 3645 (proposta Roche) e 3646 a 3650 (adjudicação).

⇒ Hospital Distrital da Figueira da Foz – documentos de fls. 252 e 253, 2065, 2106 (ajustes directos com adjudicação à Roche) e, relativamente a:

- ❖ Concurso público 110023/2001 – 2066, 2067, 6699 a 6700, 6702 (proposta Abbott), 6703 a 6704 (proposta Bayer), 6705 a 6707 (proposta J&J), 6708 a 6709 (proposta Menarini), 6710 (proposta Roche), 2069 e 6701 (adjudicação);
- ❖ Concurso público 110016/2002 – 2073, 7923-7942, 6712 a 6713, 2084 a 2085 (proposta Abbott), 2082 a 2083 (proposta Bayer), 2079 a 2081 (proposta J&J), 6715 a 6716 (proposta José M. Vaz Pereira), 2086 e 2073 (proposta Menarini), 6717 a 6724 (proposta Roche), 2074 a 2075 e 6714 (adjudicação);
- ❖ Concurso limitado 120003/2003 – 2087, 2092 a 2094 (proposta Abbott), 2095 a 2097 (proposta Bayer), 2098 a 2101 (proposta J&J), 2102 a 2103 (proposta Menarini), 2104 a 2105 (proposta Roche), 6697 e 6725 (não adjudicação);

⇒ Hospital Doutor José Maria Grande – documentos de fls. 249, 250, 1440 e, relativamente a:

- ❖ Concurso público internacional nº 2/2001 - 1456-1458, 1459-1462, 1447-1450 (proposta Abbott), 1450 (justificação de preço Abbott), 1444-1446 (proposta Bayer), 1446 (justificação de preço Bayer), 1441-1443 (proposta Menarini), 1443 (justificação de preço Menarini), 1451-1455 (proposta Roche) e 1472-1475 (adjudicação);
- ❖ Concurso público internacional n.º 1/2002 - 8051-8062, 1478-1480, 1481-1485, 1498-1500 (proposta Abbott), 1501-1502 (proposta Bayer), 1495-1497 (proposta J&J), 1506-1507 (proposta Menarini), 1503-1505 (proposta Roche), 1490-1494 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 3/2003 – 1514, 1508-1511, 1529-1531 (proposta Abbott), 1532-1533 (proposta Bayer), 6656-6658 (proposta J&J), 1526-1528 (proposta José M. Vaz Pereira), 1536-1537 (proposta Menarini), 1534-1535 (proposta Roche), 1520 -1525 e 6659-6663 (adjudicação);
- ❖ Concurso público internacional n.º 1/2004 – 1523, 1543, 1551-1554, 1566-1569 (proposta Abbott), 1564 -1565 (proposta Bayer), 1560 a 1563 (proposta J&J), 1555 a 1556 (proposta Menarini), 1557 a 1559 (proposta Roche) e 1545 a 1548 (adjudicação).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

⇒ Hospital do Espírito Santo (Évora) – documentos de fls. 270-271, 3518 e, relativamente a:

- ❖ Consulta prévia n.º 910009/2001 - 3519 a 3530, designadamente 3521, 3529 (proposta Abbott), 3525 (proposta Bayer), 3527 a 3528 (proposta J&J), 3526 (proposta José M. Vaz Pereira), 3523 (proposta Menarini), 3524 (proposta Roche) e 3530 (adjudicação);
- ❖ Consulta prévia n.º 910010/2002 - 3532-3538;
- ❖ Concurso público n.º 110013/2003 - 3540 a 3547, designadamente 3541, 3543 a 3544 (proposta J&J), 3546 (proposta Menarini), 3545 (proposta Roche) e 3542 e 3547 (adjudicação);
- ❖ Concurso público internacional n.º 110013/2004 - 3549 a 3558, designadamente 3550 a 3551, 3554 (proposta Abbott), 3556 (proposta J&J), 3553 (proposta Menarini), 3555 (proposta Roche) e 3552 e 3557 (adjudicação).

⇒ Hospital Geral de Santo António – docs. de fls. 234, 235, 999 e, relativamente a

- ❖ Concurso público n.º 58/01 - 1111 (abertura concurso), 1093 e 1094, 1095-11054, 1106-1110, 1117-1119 (proposta Abbott), 1120 e 1121 (proposta Bayer), 1122 e 1124 (proposta J&J), 1115 e 1116 (proposta Menarini), 1125-1127 (proposta Roche), 1092 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 110010/2002 - 3652-3661, 8094-8106, 1069, 1063-1065, 1070, 1071, 1060-1062, 1072-1074 (proposta Abbott), 1078 e 1079 (proposta Bayer), 1080-1082 (proposta J&J), 1075-1077 (proposta Menarini), 1083-1085 (proposta Roche), 1053-1059 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 110031/2003 - 1040-1050, 1052, 1009 e 1010, 1013-1018 (proposta Abbott), 1032-1033 (proposta Bayer), 1034-1036 (proposta J&J), 1011-1012 (proposta Menarini), 1037-1039 (proposta Roche), 1024-1031 (outras propostas) e 1000-1008 (adjudicação).

⇒ Hospital Pulido Valente, S.A. – documentos de fls. 275 e 276, 1970, 1971 e, relativamente a:

- ❖ Concurso público n.º 16.S4/2001 - 1980, 5387, 6645, 6755, 1982 a 1984 (proposta Abbott), 1988 a 1991 (proposta J&J), 1985 a 1987 (proposta Menarini), 1994 a 1997 (proposta Roche) e 2056 a 2060 (adjudicação);
- ❖ Concurso limitado n.º 04.S4/2002 - 7946-7964, 5388, 6646, 6756, 1998 a 1999 (proposta Abbott), 2002 a 2003 (proposta Bayer), 2004 a 2005 (proposta José M. Vaz Pereira), 2000 a 2001 (proposta Menarini), 2006 a 2008 (proposta Roche) e 2051 a 2053 (adjudicação);
- ❖ Concurso limitado n.º 03.S4/2003 - 8127-8128, 5389, 6647, 6757, 2009 a 2011 (proposta Abbott), 2015 a 2016 (proposta Bayer), 2017 a 2019 (proposta J&J), 2020 a 2023 (proposta José M. Vaz Pereira), 2012 a 2014 (proposta Menarini), 2014 (justificação do preço Menarini), 2024 a 2027 (proposta Roche) e 2049 a 2050 (adjudicação);
- ❖ Ajuste directo n.º 440007/2004 - 8161-8163, 2030 a 2031 (proposta Abbott), 2032 a 2033 (proposta Bayer), 2034 a 2037 (proposta J&J), 2037 (justificação do



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

preço J&J), 2038 a 2039 (proposta José M. Vaz Pereira), 2028 a 2029 (proposta Menarini), 2040 a 2042 (proposta Roche), 2044 a 2045 e 2047 (adjudicação).

⇒ **Hospital de Santa Luzia (Centro Hospitalar do Alto Minho, SA)** – documentos de fls. 243, 244, 3481, 3514-3517 e, relativamente a:

- ❖ Concurso limitado n.º 800014/2001 - 3482- a 3497, designadamente 3495 a 3496, 3494 (proposta Abbott), 3488 (proposta Bayer), 3485 e 3486 (proposta J&J), 3490 a 3492 (proposta Matos Mendonça), 3489 (proposta Menarini), 3487 (proposta Roche) e 3482 a 3484 (adjudicação);
- ❖ Concurso limitado n.º 810010/2002 - 3498 a 3513, designadamente 3511-3513, 3502 (proposta Abbott), 3507 e 3508 (proposta Bayer), 3509 e 3510 (proposta J&J), 3503 (proposta Menarini), 3504 a 3506 (proposta Roche) e 3499 a 3501 (adjudicação).

⇒ **Hospital de Santa Maria** – os documentos de fls. 272, 273, 315, 316 e, relativamente a:

- ❖ Concurso público internacional n.º 199/2001: 320, 321, 330-356, 357-359, 360 a 364 (proposta Abbott), 365-367 (proposta Bayer), 368-372 (proposta J&J), 373-374 (proposta José M. Vaz Pereira), 375-376 (proposta Kernia Científica), 377-378 (proposta Prestifarma), 379, 380 (proposta Redifarma), 381-383 (proposta Roche), 384-387 (adjudicado em partes iguais à J&J e Roche);
- ❖ Concurso público internacional n.º 199/2002: 400, 402, 403, 418, 404-413, 419-420, 421-423 (proposta Amerlab), 424-426 (proposta Abbott), 427-429 (proposta J&J), 430 (proposta José M. Vaz Pereira), 431-432 (proposta Menarini), 433-435 (proposta Prestifarma), 436-438 (proposta Roche), 439-440 (proposta empresa Redifarma), 441-450 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 199/2003 - 463-483, 489-492, 493-498 (proposta Abbott), 499-502 (proposta Bayer), 503-505 (proposta J&J), 506-509 (proposta Menarini), 514-517 (proposta Roche), 510, 511 (proposta Prestifarma), 512 (proposta Redifarma), 518-526 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 199/2004 - 533-582, 583-584, 587-590 (proposta Abbott), 591-593 (proposta Bayer), 594-596 (proposta J&J), 598-600 (proposta José M. Vaz Pereira), 605-608 (proposta Menarini), 604 (nota justificativa do preço Menarini), 613-618 (proposta Roche), 621-628 (adjudicação).

⇒ **Hospital de Santo António dos Capuchos (Subgrupo Hospitalar dos Capuchos e Desterro)** – documentos de fls. 267, 268, 1286-1287 e, relativamente a:

- ❖ Concurso limitado n.º 2-1-0060/01 - 1312-1316, 1290 e 1291, 1298-1300 (proposta Abbott), 1304-1306 (proposta Bayer e justificação de preço), 1292-1294 (proposta J&J), 1307 e 1308 (proposta José M. Vaz Pereira), 1295-1297 (proposta Menarini e justificação do preço), 1301-1303 (proposta Roche), 1288, 6760, 6783, 6786 (adjudicação);
- ❖ Concurso n.º 2-1-0241/02 - 1357-1361, 1363, 1344 e 1345, 1346-1348 (proposta J&J), 1339 e 1341 (justificação preço J&J), 1355 e 1356 (proposta Menarini), 1352-1354 (proposta Roche), 1330, 1332 e 1338 (justificação do preço Roche), 1349-1351 (proposta Bayer), 1342 e 1343 (adjudicado);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- ❖ Concurso limitado n.º 2-1-0021/03 - 1387, 1404, 1389-1393, 1368, 1374-1376 (proposta Abbott), 1377-1379 (proposta J&J), 1364 e 1365 (justificação do preço J&J), 1380 (proposta José M. Vaz Pereira), 1372 e 1373 (proposta Menarini), 1381-1383 (proposta Roche), 1382 (justificação do preço Roche), 1384-1386 (proposta Bayer) e 1370 (adjudicação);
- ❖ Concurso n.º 2-1-0011/04 - 1435-1439, 1434, 1409, 1411-1413 (proposta Abbott), 1413 (justificação do preço Abbott), 1416-1421 (proposta J&J), 1414 e 1415 (proposta José M. Vaz Pereira), 1427-1429 (proposta Menarini), 1429 (justificação do preço Menarini), 1430-1433 (proposta Bayer), 1422-1426 (proposta Roche), 1426 (justificação do preço Roche) e 1405 e 1406 (adjudicação).

⇒ Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo – documentos de fls. 288-289 e 3683 a 3733.

⇒ Hospital S. Francisco Xavier, S.A. – documentos de fls. 280, 281, 1233, 1234, 1278-1285 e, relativamente a:

- ❖ Concurso público internacional n.º 10001/2001 – 1246-1249, 1241 (proposta Abbott), 1237 (proposta Bayer), 1238-1240 (proposta J&J), 1236 (proposta Menarini), 1242 e 1243 (proposta Roche) e 1235, 1244 e 1245 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 20012/2002 - 1260-1262, 7920-8050, 1259, 1252 (proposta Abbott), 1253, 1260 e 1261 (proposta J&J), 1254, 1260 e 1261 (proposta Menarini), 1255, 1256 (proposta Roche) e 1251, 1257 e 1258 (adjudicação);
- ❖ Concurso público internacional n.º 30003/2003 - 1275 e 1276, 8129, 1271 e 1272, 1264 e 1265 (proposta Abbott), 1262-1267 (proposta J&J), 1270 (proposta Menarini), 1268 e 1269 (proposta Roche), 1263, 1273 e 1274, 6768 (proposta a adjudicação à J&J, mas não adjudicado) e 6768 (ajuste directo ao fornecedor de 2002).

⇒ Hospital de S. João - os documentos de fls. 225, 226, 796 e, relativamente a:

- ❖ Concurso público n.º 410004/2002 – 996, 973-992, 993-995, 965-967 (proposta Abbott), 955 e 956 (proposta Bayer), 968-970 (proposta J&J), 963 e 964 (proposta José M. Vaz Pereira), 971 e 972 (proposta Menarini), 960-962 (proposta Roche), 957-959 (outras propostas), 943-952 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 410002/2003 - 937-939, 914, 915, 917-936, 911-913 (proposta Abbott), 899-901 (proposta J&J), 895 e 896 (proposta Menarini), 902-908 (propostas Roche base e variante), 897, 898, 909, 910 (outras propostas), 886-894 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 410002/2004 – 882, 855-861, 862-880, 798-800, 850 e 851 (proposta Abbott), 847-849 (proposta Bayer), 204-206 834-839 (proposta J&J), 201-203 (proposta J&J LifeScan), 822 e 823 (proposta José M. Vaz Pereira), 830 e 831 (proposta Menarini), 832 e 833 (proposta Prestifarma), 840-843 (proposta base Roche), 844-846 (proposta variante), 824-829, 852-854 (outras propostas), 798-822 (adjudicação).

⇒ Hospital de São Marcos – documentos de fls. 228, 229, 2355 e, relativamente a:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

- ❖ Concurso público n.º 22/2001 - 2393-2412, 2359, 2370 a 2373 (proposta Abbott), 6745 e 6746 (proposta Bayer), 2362 e 2363 (proposta BioPortugal), 2374 a 2377 (proposta J&J), 2369 (proposta José M. Vaz Pereira), 2378 a 2380 (proposta Menarini), 2364 a 2368 (proposta Roche) e 2356 a 2358, 2361 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 200021 (ano de 2002) - 2434-2462, 2419 e 2420, 2431 a 2433 (proposta Abbott), 2426 a 2427 (proposta Bayer), 2423 a 2425 (proposta J&J), 2421 a 2422 (proposta Menarini), 2428 a 2430 (proposta Roche), 2413 a 2418 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 300002 (ano de 2003) - 2484-2486, 2488-2513, 2466, 2476 a 2479 (proposta Abbott), 2480 a 2483 (proposta Bayer), 2468 a 2471 (proposta J&J), 2472 a 2475 (proposta Menarini), 2463 a 2465 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 400002 (ano de 2004) - 2534-2561, 2519, 2529 a 2530 (proposta Abbott), 2520 a 2522 (proposta Bayer), 2531 a 2533 (proposta J&J), 2523 a 2524 (proposta Menarini), 2525 a 2528 (proposta Roche) e 2514 a 2518 (adjudicação).

⇒ Hospital de S. Teotónio – documentos de fls. 258, 259, 2654 e, relativamente a :

- ❖ Concurso público n.º 1/021/1/1/2001 – 2656 a 2862, designadamente 2848 a 2852, 2840 a 2843 (proposta Abbott), 2835 a 2839 (proposta Bayer), 2823 a 2826 (proposta Imunoreage), 2833 a 2834 (proposta Menarini), 2844 a 2847 (proposta Roche), 2847 e 2854 a 2862 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 1/026/1/1/2002 – 2863 a 3056 e 8089-8092, designadamente 3016 a 3020, 3011 a 3015 (proposta Abbott), 3006 a 3010 (proposta J&J), 3003 a 3005 (proposta Menarini), 2997 a 3002 (proposta Roche) e 3023 a 3055 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 1/026/1/1/2003 – 3057 a 3237, 7257-7262 e 7372-7375, designadamente 3202 a 3206, 3197 a 3201 (proposta Abbott), 3194 a 3196 (proposta Menarini), 3189 a 3193, 7258-7260 e 7373-7375 (proposta Roche), 3209 a 3223, 3228-3236 e 7261 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 3/005/1/1/2004 – 3238 a 3318, designadamente 3307 a 3308, 3287 a 3296 (proposta Abbott), 3281 a 3283 (proposta Bayer), 3305 a 3306 (proposta José M. Vaz Pereira), 3284 a 3286 (proposta Menarini), 3297 a 3304 (proposta Roche) e 3310-3317 (adjudicação).

⇒ Hospital Senhora da Oliveira, S.A. – documentos de fls. 240, 241, 3320 e, relativamente a:

- ❖ Concurso público n.º 9/2001 - 3436 a 3480, designadamente 3450 a 3451, 3456 a 3458 (proposta Abbott), 3463 e 3464 (proposta Bayer), 3465 (proposta J&J), 3454 a 3455 (proposta Menarini), 3459 a 3462 (proposta Roche) e 3436 a 3442 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 21/2002 - 3388-3435 e 7965-7993, designadamente 3399, 3407 a 3409 (proposta Abbott), 3420 e 3421 (proposta Bayer), 3404 a 3406 (proposta J&J), 3402 e 3403 (proposta Menarini), 3410 a 3412 (proposta Roche) e 3388 a 3394 (adjudicação);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- ❖ Concurso público n.º 10/2003 - fls 3322, 3323 e 3333-3388, designadamente 3348, 3357 a 3359 (proposta Abbott), 3373 a 3374 (proposta Bayer), 3360 a 3362 (proposta J&J), 3355 a 3356 (proposta Menarini), 3363 a 3366 (proposta Roche), 3349-3343 (proposta adjudicação à Menarini e Roche) e 3349 (anulação);
- ❖ Procedimento de ajuste directo n.º 34/2004 – 3321 e 3324-3331.

⇒ Hospital de Sousa Martins – documentos de fls. 261 e 262, 2564 e, relativamente

a:

- ❖ Consulta prévia n.º 170034/01 – 2565 a 2585, designadamente 2580 a 2581 (proposta Abbott), 2575 a 2576 (proposta Bayer), 2577 a 2578 (proposta Menarini), 2582 a 2585 (proposta Roche) e 2568 a 2569 (adjudicação);
- ❖ Consulta prévia n.º 170075/02 – 2586 a 2605, designadamente 2596 a 2598 (proposta Abbott), 2601 a 2603 (proposta J&J), 2599 a 2600 (proposta Menarini), 2604 a 2605 (proposta Roche), 2586 a 2588 (adjudicação);
- ❖ Concurso limitado n.º 120008/2003 – 2606 a 2624, designadamente 2610 a 2616, 2620 a 2621 (proposta Abbott), 2624 (proposta J&J), 2619 (proposta Menarini), 2622 e 2623 (proposta Roche) e 2606 a 2609 (adjudicação);
- ❖ Consulta prévia n.º 170012/2004 - 2625 a 2653, designadamente 2651, 2635 a 2637 (proposta Bayer), 2638 a 2640 (proposta J&J), 2648 a 2649 (proposta Menarini), 2631 a 2634 (proposta Roche) e 2625, 2630 (adjudicação).

⇒ Hospitais da Universidade de Coimbra – documentos de fls. 246 e 247, 2107 e, relativamente a:

- ❖ Concurso público n.º 110009/2001 – 2109, 2110, 2111, 2112 a 2114, 2117 (proposta Abbott), 2118 (proposta Bayer), 2119 a 2120 (proposta J&J), 2116 (proposta Menarini), 2121 (proposta Roche), 2115 e 2122 a 2125, 7289 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 110009/2002 – 2126, 2127, 2129 a 2131, 2135 (proposta Abbott), 2137 (proposta Bayer), 2138 a 2139 (proposta J&J), 2140 (proposta José M. Vaz Pereira), 2136 (proposta Menarini), 2141 (proposta Roche), 2134 e 2142 a 2146 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 110009/2003 – 2147, 2148, 2149, 2150 a 2152, 2159 (proposta Abbott), 2160 (proposta Bayer), 2161 a 2162 (proposta J&J), 2158 (proposta Menarini), 2163, 7385-7387 (proposta Roche), 2164verso, 2165 e 2167 (não adjudicação);
- ❖ Concurso limitado n.º 210002/2003 – 2168, 2169 a 2171, 2175 (proposta Abbott), 2176 (proposta Bayer), 2177 a 2178 (proposta J&J), 2179 (proposta José M. Vaz Pereira), 2174 (proposta Menarini) e 2180 (proposta Roche);
- ❖ Concurso público n.º 110009/2004 - 2181-2183, 2184 a 2185, 2193 (proposta Abbott), 2194 (proposta Bayer), 2195 (proposta J&J), 2192 (proposta Menarini), 2196, 7388 (proposta Roche), 2191, 2197 a 2199 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 110009/2005 - 2201-2207, 2207 a 2209, 2220 (proposta Abbott), 2222 (proposta Bayer), 2223 (proposta BioPortugal), 2224 (proposta



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

J&J), 2221 (proposta Menarini), 2225 (proposta Roche), 2212, 2215-2218 (adjudicação);

- ❖ Procedimento de consulta prévia n.º 610319/2002 – fls. 2226-2238, 8107 e 8116-8118;
- ❖ Procedimento de consulta prévia n.º 610158/03 – fls. 2239-2246;
- ❖ Procedimento de consulta prévia n.º 610183/03 – fls. 2247-2257;
- ❖ Procedimento de consulta prévia n.º 610473/03 – fls. 2258-2268;
- ❖ Procedimento de consulta prévia n.º 610513/03 – fls. 2269-2280 e 8159-8160;
- ❖ Procedimento de consulta prévia n.º 610566/03 – fls. 2281-2293;
- ❖ Procedimento de consulta prévia n.º 610598/03 – fls. 2294-2305 e 5381;
- ❖ Procedimento de consulta prévia n.º 610661/03 – fls. 2306-2313, 5382 e 5384.

⇒ Instituto Português de Oncologia de Francisco Gentil – 283 e 284, 1870-1871 e, relativamente a:

- ❖ Concurso público n.º 19/2001 - 1873-1876, 1874 e 1877, 1882 a 1883 (proposta Abbott), 1888 a 1889 (proposta Bayer), 1884 a 1885 (proposta J&J), 1881 (proposta Menarini), 1886 a 1887 (proposta Roche), 1878 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 27/2002 - 1893-1896, 8074-808, 1893 a 1895 e 7150 a 7153, 1897 a 1898 (proposta Abbott), 1902 a 1903 (proposta J&J), 1904 a 1905 (proposta Menarini), 1899 a 1901 (proposta Roche) e 1891 a 1892 (adjudicação);
- ❖ Concurso público n.º 126/2003 - 1938, 1939, 8132-8158, 1940 a 1941 (proposta Abbott), 1951 a 1952 (proposta Bayer), 1946 a 1947 (proposta J&J), 1948 a 1950 (proposta Menarini), 1950 (justificação do preço Menarini), 1942 a 1945 (proposta Roche), 1953 e 7154 (anulação);
- ❖ Consulta n.º 103/2004 - 1959 a 1960 (proposta Abbott), 1961 a 1962 (proposta Bayer), 1965 a 1967 (proposta J&J), 1963 a 1964 (proposta Menarini), 1956 a 1958 (proposta Roche), 1955 e 1969 (adjudicação).

⇒ Serviço Regional de Saúde da Região Autónoma da Madeira – documentos de fls. 286-287 e, relativamente a:

- ❖ Concurso público n.º 20040013 - 3748 a 3773/9 e 3778 a 3798, designadamente 3750 a 3752 (proposta Atom Científica – Produtos para Laboratório, Lda.), 3753 a 3755 (proposta Bayer), 3760 a 3762 (proposta Centro Comercial Farmacêutico da Madeira, Lda.), 3763 a 3766 (proposta C.J. Sousa Andrade & C.ª S.A.), 3767 a 3770 (proposta J&J), 3771 a 3772 (proposta Medimadeira Farmacêutica, Lda), 3773 a 3773/4 (proposta Prestifarma), 3773/5 a 3773/9 (adjudicação).

⇒ Sub-Região de Saúde de Braga – documentos de fls. 236, 237, 2314 e, relativamente ao:

- ❖ Concurso limitado n.º 1/2003 - 2352-2354, 2317, 2326 a 2337 (proposta Abbott), 2340 a 2342 (proposta Bayer), 2320 a 2325 (proposta J&J), 2338 a 2339



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

(proposta Menarini), 2349 a 2351 (proposta Roche) e 2316 e 2318 (adjudicação).

*

Para além destes, e porque invocados pelas arguidas, foram também ponderados os seguintes documentos relativos a outros concursos em outros estabelecimentos hospitalares:

- ⇒ Centro Hospitalar Conde Ferreira – fls. 8119-8126
- ⇒ Hospital Distrital do Peso da Régua – fls. 10945-10954
- ⇒ Hospital Joaquim Urbano, Porto – fls. 10940-10944
- ⇒ Hospital José Maria Antunes Júnior – fls. 10955, 10956
- ⇒ Hospital Nossa Sra do Rosário – fls. 10958-10961
- ⇒ Hospital de Santa Cruz - fls. 8006-8008
- ⇒ Hospital de Santa Luzia Elvas – fls. 10936-10939
- ⇒ Hospital Sobral Cid – fls. 7943-7945
- ⇒ Sub-região de Saúde de Évora – fls. 8108-8115

*

Relativamente às reuniões em que participaram representantes das arguidas, foram vistos os vastos documentos juntos, designadamente 4257-4322, 4607 e 5042-5044 e, em concreto:

- fls. 3805-3900, 4157-4252, 4802-5038, 5130-5235, 5401, 5436-5294, 6039-6127 (Grupo de Trabalho);
- fls. 3901-3951, 4129-4155, 4677, 4798, 5099-5129, 5392, 5394, 5404-5435, 5973-6038 (CEMD);
- fls. 3952-4086, dentre os quais e 4084 e 3990 (CEFH);
- fls. 4263 (cópia da agenda de Pedro Crispim relativa a uma reunião no dia 17/09/2002 nas instalações da J&J), conjugada com fls. 4267, 4269 e 6778-6780 [talões comprovativos do registo de entrada nas instalações da J&J que identificam como tendo entrado nesse dia António José Freitas (Abbott) e Maria Teresa Marques (Bayer) às 16:00 e 16:10, respectivamente].

Quanto à concreta reunião de 04/06/2001 e ao seu teor, e bem ainda aos contactos posteriores nos quais o Tribunal considerou que houve concertação de preços, a verdade impõe que se afirme que nenhuma testemunha confirmou que existissem receios de indexação de preços ou sequer que as empresas tivessem decidido aumentar os preços hospitalares para evitar a revisão em baixa no sector farmacêutico.

Diremos mais: tais receios e acordo foram negados inclusivamente pelas testemunhas Ana Carlota Agulheiro e Pedro Crispim.

Sucede, porém, que fazemos nossas as palavras levadas ao ac. do Tribunal da Relação do Porto (recurso 99/2001), 2ª secção: "a actividade dos juízes, como julgadores, não pode ser a de meros espectadores, receptores de depoimentos. A sua actividade judicatória há-de ter, necessariamente, um sentido crítico. Para se considerarem provados factos não basta que as testemunhas chamadas a depor se pronunciem sobre as questões num determinado sentido para



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

que o juiz necessariamente aceite esse sentido ou versão. Por isso, a actividade judicatória na valoração dos depoimentos há-de atender a uma multiplicidade de factores que têm a ver com as garantias de imparcialidade, as razões de ciência, a espontaneidade dos depoimentos, a verosimilhança, a seriedade, o raciocínio, as lacunas, as hesitações, a linguagem, o tom de voz, o comportamento, os tempos de resposta, as coincidências, as contradições, o acessório, as circunstâncias, o tempo decorrido, o contexto sociocultural, a linguagem gestual (inclusive, os olhares), e até saber interpretar as pausas e os silêncios dos depoentes, para poder perceber e aquilatar quem estará a falar a linguagem da verdade."

Nessa sequência, reputámos por mais verdadeiros os elementos constantes dos autos os quais, quando conjugados, não permitem outra conclusão – entendemos - que não aquela que o Tribunal deu como assente. Vejamos (sem os esgotar) cada um deles:

- mostram os autos que já nas negociações de 1998 uma das divergências entre a APIFARMA e o Ministério da Saúde foi precisamente a não aceitação, por parte da primeira, de que tais preços servissem de critério quer na fixação inicial quer nas revisões – tomada de posição essa que o Ministério declarou aceitar quando afirmou que a revisão iria ter como pano de fundo não os ditos preços hospitalares mas o valor da taxa de inflação (v.g. fls. 5013 e 5014).

E mais: consta também a fls. 4597 uma comunicação da APIFARMA dirigida ao Sr. Secretário de Estado da Saúde, datada de 18/09/1998, que revela precisamente que as empresas do sector farmacêutico, confrontadas com a hipótese de vir a ser ponderado o preço praticado nos concursos hospitalares, consideram tal método de cálculo "inaceitável".

- a fls. 4259 (ou 24) vemos uma mensagem enviada no dia 04/06/2001 por Pedro Crispim (representante da J&J) para Diana Molina Moreno (a qual, segundo a testemunha Crispim referiu em audiência, exercia o cargo de Directora Geral da J&J em Espanha) e que tem o seguinte teor:

"Dear Diana;

Today I had a meeting with our competitors, including Menarini, to discuss the hospital prices.

We arrive to the conclusion that the hospital price arrive to a situation where it was very dangerous for the next negotiation of the protocol, so we decided to increase prices in a slow progression.

Our bases was 2.280 esc and to arrive at the end of 2002 with a price of 3.580 esc. For the intermediary situation the price will increase in platforms of 300 esc per semester.

We will discuss this tomorrow by phone.

Best regards

Pedro Crispim"

Ao que a referida Diana Molina Moreno respondeu: "CONGRATULATIONS"

No decurso do seu depoimento, a referida mensagem foi traduzida para português pelo próprio Pedro Crispim, que confirmou a sua autoria



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Resulta da mesma, pois, literalmente, que na reunião do referido dia **04/06/2001** tida entre os diversos concorrentes, designadamente a Menarini:

- o foram discutidos os preços dos hospitais;
- o chegaram à conclusão de que os preços dos hospitais se encontravam numa situação "muito perigosa" para a próxima negociação do Protocolo;
- o por esse motivo, decidiram aumentar os preços numa progressão lenta que partiria de uma base de 2.280\$00 (€11,37), a atingir os 3.580\$00 (€17,86) no final de 2002;
- o acordaram que no intervalo (situação intermédia), o preço aumentaria em plataformas de 300\$00 (€1,50) por semestre.

É certo que o mesmo Pedro Crispim tentou, em audiência, negar as evidências: afirmou que quando na referida mensagem referiu "we arrive to the conclusion that the hospital price (...)" estava a reportar-se a "nós, J&J" e quando escreveu "our bases was 2.280\$00" falava em nome dos elementos da J&J. Não é de todo, o que resulta do contexto da mensagem, como o próprio muito bem sabia – tanto mais que, de facto:

- segundo o documento de fls. **9741-9745** (extracto do livro de notas da testemunha Ana Carlota Agulheiro), nessa reunião estiveram reunidos os representantes das arguidas, da Roche e da Bayer, dentre os quais os referidos Pedro Crispim (em representação da J&J) e Ana Agulheiro (em representação da Roche);
- extrai-se do documento de fls. **9734**, designadamente da sua alínea c), que a testemunha Ana Agulheiro assumiu perante a Roche um compromisso de colaboração com a AdC e os Tribunais com vista a esclarecer várias circunstâncias, designadamente as diversas reuniões em que as concorrentes terão acordado nos preços a praticar no sector hospitalar. Depreende-se do mesmo documento que a prometida colaboração terá sido a condição para que a Roche não exigisse de Ana Agulheiro uma indemnização pelos prejuízos que esta lhe causou enquanto sua representante.

Confrontada com este documento, Ana Agulheiro mencionou que a referida alínea c) não correspondia à verdade dos factos e que os advogados da empresa lhe haviam afirmado logo na altura em que o assinou que essa inverdade não era relevante, já que o mesmo nunca seria usado e ficaria guardado "numa gaveta".

Esta afirmação não faz grande sentido, cremos, principalmente quando vinda de uma pessoa letrada e informada o suficiente ao ponto de exercer cargos de chefia na Roche durante vários anos.

Acresce que a testemunha Carlos Rombo, Director-Geral da Roche, esclareceu em audiência o motivo pelo qual esta empresa decidiu pagar voluntariamente a coima aplicada pela AdC: "ficámos surpreendidos quando fomos contactados pela AdC, na medida em que havia tolerância zero para este tipo de actuações. Confrontámos os preços e constatámos, de facto, um alinhamento suspeito, tendo sido informados pelos Advogados que a nossa responsável (Dra. Ana Agulheiro) havia confessado o alinhamento de preços com outras empresas. Essa a razão de a funcionária ter saído e de termos pago a coima".

A juntar a estes elementos, constata-se que os preços aumentaram, de facto, a partir da data da referida reunião, e que a dissemelhança que entre eles existia anteriormente se transformou, de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

repente, em absoluta (ou quase absoluta) identidade de valores – o que fez, aliás, com que algumas entidades adjudicantes não prosseguissem no concurso por considerarem:

"inaceitáveis as propostas apresentadas (...) dado envolverem aumentos nos preços unitários que oscilam entre os 74,37% e os 100,4%, por comparação com os preços propostos em 2002 (cfr. fls. 7273, concurso limitado nº 210001/2003 do Centro Hospitalar de Coimbra) e

"a proposta inaceitável face ao preço apresentado", por representar um aumento de "cerca de 75%" (cfr. fls. 2164 verso, concurso nº 11009/2003, Hospitais da Universidade de Coimbra).

Doutro modo, outros hospitais instaram os concorrentes a justificar os preços apresentados, uma vez que traduziam "um aumento de 52,2% relativamente aos preços anteriormente apresentados" (cfr. fls. 1339-1341, concurso n.º 2-1-0241/02, dos Hospital de Santo António dos Capuchos/Subgrupo Hospitalar dos Capuchos e Desterro).

Quanto aos restantes contactos (não concretamente demonstrados), os mesmos encontram a demonstração da sua existência no paralelismo de preços que se foi verificando ao longo dos anos.

Por outro lado, e contrariamente ao que as arguidas defenderam, entendemos que o facto de as propostas não reflectirem os exactos valores mencionados no referido mail de fls. 4259 (da autoria de Pedro Crispim) não coloca minimamente em crise a existência do acordo de 04/06/2001 – tanto mais que se encontra junto aos autos um outro documento do mesmo Pedro Crispim (que, relembra-se, era o responsável da J&J) a fls. 4315, sob a epígrafe "Communication", datado de 27 de Agosto de 2004 (posterior à saída deste funcionário da J&J) do qual consta, além do mais, o seguinte:

"On the occasion on my departure of the company, I would like to ensure that you receive from me all information I have concerning a 2002 tender awarded to Lifescan by the hospital "Centro Hospitalar de Coimbra" as I know that de Competition authorities have started an investigation concerning this tender. Please let me give you an explanation of all the facts surrounding such case (...).

In 1997, the same negotiation process happened and one of the difficulties during the negotiation was to justify the difference between the price of the products to the pharmacies and to the hospitals with the aim of establishing the price to the end user through the protocol.

All parties to the protocol, as it is customary, were asked to the submit to the Ministry a proposal for the new protocol. All member of APIFARMA met in 2002 and crafted the proposal together including two key points in the opinion of the industry: increase of prices by 12% in the consumer market (as the prices had not increased since 1997) and to have meters reimbursed.

During those meetings neither Lifescan nor any other member of APIFARMA engaged in any discussions concerning hospital prices or our internal policies.

In 1997, to establish the consumer price, there was an attempt by the Ministry to have the hospital price as the reference price for the negotiation of the protocol (to establish the indicative end consumer price).

Lifescan, in order to avoid the risk of having a decrease in the consumer price in the new protocol, decided to increase the price bids for hospital tenders during 2002 with the aim to decrease the gap between hospital and consumer price."

O que, sem pretensões de tradução literal, conterà o seguinte sentido:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

Por ocasião da minha saída da empresa, gostaria de lhe assegurar que recebo de mim todas as informações de que disponho relativas a um concurso de 2002 pela Lifescan ao hospital "Centro Hospitalar de Coimbra". Como eu sei que as autoridades da concorrência iniciaram um inquérito relativo a este concurso, por favor deixe-me dar uma explicação de todos os factos relativos ao caso (...).

Em 1997, aconteceu o mesmo processo de negociação e uma das dificuldades durante a negociação foi justificar a diferença entre o preço do produto para as farmácias e para os hospitais com o objectivo de estabelecer o preço para o utente final através do protocolo.

Todas as partes do Protocolo, como é habitual, foram interpeladas para apresentar ao Ministério uma proposta para o novo protocolo. Todos os membros da APIFARMA se reuniram em 2002 e elaboraram a proposta em conjunto, incluindo dois pontos fundamentais, na opinião da indústria: aumento de preços de 12% no mercado de consumo (uma vez que os preços não tinham sido aumentados desde 1997) e estabelecer o quantitativo dos valores reembolsáveis.

Durante essas reuniões nem a Lifescan nem qualquer outro membro da APIFARMA se envolveram em quaisquer discussões relativas aos preços hospitalares ou às nossas políticas internas.

Em 1997, para estabelecer o preço ao consumidor, houve uma tentativa por parte do Ministério para que o preço hospitalar funcionasse como o preço de referência para a negociação do protocolo (para estabelecer o preço indicativo do consumidor final). A Lifescan, a fim de evitar o risco de uma queda no preço do consumidor no novo protocolo, decidiu então aumentar as ofertas de preços das propostas hospitalares durante 2002 com o objectivo de diminuir o fosso entre os preços hospitalares e preços ao consumidor".

Uma nota quanto a este documento: o mesmo foi aqui trazido sem que o seu autor se tenha pronunciado suficientemente sobre o seu teor em audiência. É um facto. Mas trouxe-lo por duas razões muito simples e transparentes:

- a primeira, porque a Abbott reclamou, em seu benefício (artigos 467 e 468 do seu requerimento de impugnação judicial – à semelhança da Menarini no artigo 573º, a fls. 15.077), que esta Comunicação demonstrará, pretensamente, que não existiu qualquer acordo entre as arguidas (para o que extraiu apenas a parte em que o mesmo refere não ter existido discussão quanto aos preços e às políticas internas). Sucede, porém, que o referido autor, Dr. Pedro Crispim, emitiu tal declaração num contexto próprio, quando ainda era recente a sua saída da empresa J&J (saiu em 15/07/2004), e a evidente contradição com aquele outro de fls. 4259 não se mostra justificada. Mais: não vemos razão (nem ela é explicada pelo seu autor) para que este documento formal (epigrafado de "Communication" e destinado a explicar os factos que se encontravam a ser investigados) abale a credibilidade do documento de fls. 4259, tanto mais quando é certo que este último se trata de um documento desprovido de formalismos, espontâneo e de conversa aberta entre dois responsáveis de uma empresa;
- a segunda, porque este mesmo documento (de fls. 4315) não se mostra determinante na convicção do Tribunal de que a verdadeira razão para o aumento



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

dos preços hospitalares foi o receio de que o Ministério da Saúde pudesse indexar os preços farmacêuticos aos preços praticados nos hospitais. Na verdade, os demais elementos dos autos demonstram tais receios e actuação à sociedade, valendo este documento apenas como mais um em que este funcionário, quando pretende explicar os factos junto dos seus superiores, explica "bem demais" (assim o fez, por exemplo, no já aludido documento de fls. 4259).

Vale isto por dizer que com o documento em apreço a Abbott e a Menarini não obtiveram o benefício pretendido mas também não prejudicaram a posição da J&J. Na verdade, diríamos que se trata de um documento que nada adianta e nada atrasa em relação ao que os autos já continham. Reafirma algumas ideias, nada mais.

Pelo exposto, afigura-se-nos que o alinhamento em alta dos preços hospitalares a partir de Julho de 2001 não encontra outra justificação para além da que foi considerada pelo Tribunal, designadamente não encontra justificação nos motivos, porventura verídicos, que foram enunciados junto das entidades adjudicantes e que constam da matéria assente. Do mesmo modo, as razões trazidas agora em sede de impugnação judicial também não conseguem justificar não só os aumentos dos preços mas os aumentos significativos, simultâneos e alinhados entre 5 empresas da indústria farmacêutica:

- "a transparência do mercado, na medida em que os preços apresentados são tornados públicos logo com o acto de abertura das propostas" - Abbott, artigos 1099, fls. 14419.

De facto, assim é. Sucede que essa transparência já existia muito antes de 2001.

- "a consequente adaptação inteligente dos preços aos comportamentos previsíveis dos concorrentes" (Abbott, art. 1107, fls. 14421), "as quais são de apenas seis no mercado" (Abbott, art. 1115, 14422)

Os autos não mostram nem sugerem que a situação haja sido diferente antes de 2001.

- "a procura da rentabilidade dos investimentos feitos" (Abbott, 1124º, fls. 14424 e Menarini, arts. 510º-513º, fls. 15.062 e 15.063) - designadamente quanto à introdução no mercado dos novos medidores Precision Xtra e Glucocard Gmeter).

Tal como não conseguem justificar que a partir de Janeiro de 2003 hajam regressado à diferenciação de preços (ou melhor, a uma diminuição no alinhamento), precisamente a seguir ao Centro Hospitalar de Coimbra lhes ter comunicado que considerava as propostas inaceitáveis devido à percentagem de aumento dos preços e por lhe parecer haver conluio entre as empresas (todas as 5 haviam apresentado preço de €20.00) - factos que, afirmou, iria comunicar à Direcção-Geral do Comércio e Concorrência.

Dizem ainda as arguidas - e bem - que o preço não era o único critério de ponderação na adjudicação das propostas, e na maior parte das vezes não era sequer o mais relevante. É verdade, tal resulta dos factos provados.

Tal circunstância também não afecta a convicção do Tribunal - para as arguidas, e pelas razões que, julgamos, se deixaram já devidamente explanadas, o mais importante naquele período não era perder ou ganhar um concurso: o importante era que, através da acção conjunta de todas, se inflacionasse o valor dos reagentes no sector hospitalar de forma a que o preço no sector



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

farmacêutico não fosse revisto em baixa se, porventura, os preços hospitalares lhe servissem de referência.

Relativamente às condições económicas das arguidas foram ponderados, designadamente, os seguintes documentos:

➤ Abbott:

Relatório e Contas 2001 – 5694-J a 5694-AO, Relatório e Contas 2002 – 5694-AP a 5694-BQ, Relatório e Contas 2003 – 137-164 do apenso, Acta de aprovação das contas de 2001, 2002 e 2003: 5694-DC a 5694-DH, Certificação das contas de 2002 e 2003 – 5694-BR a 5694-BD, Relatório de Gestão 2004 / acta de aprovação / Demonstrações financeiras/certificação legal – 8542-8572, Volume de vendas dos últimos 3 anos – 395, Volume de negócios 1999, 2000 e 2001 – 461 e 462, Volume de negócios 2000, 2001 e 2002 – 532, 633, Volume de negócios no segmento hospitalar em 2003 – 14975, Volume de negócios no segmento hospitalar em 2004 – 10934, relatório e gestão de 2008 – 16180-16225.

➤ Menarini

IRC 1997, 1998, 1999 – 2701-2710, Comprovativo de entrega de declaração anual relativa a 2001 (15380-15386), Demonstrações Financeiras e Certificação Legal contas 2002 – 6280-6299, Comprovativo de entrega de declaração anual relativa a 2002 (15387-15397), Demonstrações Financeiras e Certificação Legal contas 2003 – 6300-6319, Relatório e Contas 2004 – 6320-6347, Relatório e Contas 2003 – 74-96 apenso, Relatório e Contas 2001 – 6252-6279, Actas de aprovação – 6348-6358, Volume de negócios 1997, 1998, 1999 – 2736, 2750, Volume de negócios 1999, 2000 e 2001 – 451, 530, Volume de negócios 2000, 2001 e 2002 – 531, 630, Evolução da quota de mercado – 8407-8410, relatório e contas de 2008 – 16227-16253.

➤ J&J:

Balanço de 2001 – fls. 4625- 4633, Balanço de 2002 – fls. 4636-4644, Balanço de 2003 – fls. 4647-4665, Relatório e contas 2002 – 120-134 do apenso, Relatório e contas 2003 – 220-231 do apenso, Relatório e contas 2004 – 10072-10080, Actas das assembleias gerais de 2002, 2003 e 2004 – 4634, 4635, 4645, 4646, 4666, Volume de vendas dos últimos 3 anos – 394, Volume de negócios 1999, 2000 e 2001 – 458, 459, 529, Volume de negócios 2000, 2001, 2002 – 635, relatório de gestão 2008 – 16150-16176.

Outras considerações económicas referidas nos autos:

- Valores globais das vendas dos reagentes - o estudo do CIP (Club Inter Pharmaceutique) levado às estatísticas globais europeias compiladas pela EDMA (Associação Europeia de Meios de Diagnóstico) - Fls. 6666-6680;
- Percentagem sectorial referida pela AdC de 15% a 20% no mercado hospitalar e 80% a 85% no sector farmacêutico: aceite pela Abbott a fls. 14.262, artigo 378º.

Quanto ao enunciado histórico dos autos: fls. 756-793 do apenso (decisão administrativa datada de 28/12/2004, proferida no PRC 06/03), 3380-3383 do apenso (pagamento da coima e retirada do recurso pela Roche), 10147-10464 e 15494-15653 (decisão administrativa datada de 06/10/2005, proferida no PRC 04/05), 11949 (despacho que determinou a apensação), 2036 e 2037



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

do apenso, 10507-10509, 11154 e 11155 (pagamento da coima pela Roche), 10510 e 11156 (pagamento da coima pela J&J), 12095-12104 (despacho que ordenou a remessa dos autos à AdC), 12917 (Bayer declarou conformar-se com a Nota de Ilícitude) e 13273 (Bayer pagou voluntariamente a coima).

*

Por último, e quanto aos factos não provados:

Embora seja certo que a intenção das arguidas era a subida dos preços no sector farmacêutico, nenhuma prova se produziu de que os preços fixados em 2003 hajam ponderado os praticados no sector hospitalar. Até porque, da escassa documentação junta nessa matéria, consta um "documento de trabalho" da APIFARMA elaborado no âmbito da negociação do Protocolo, datado de 13/05/2003, junto a fls. 11.002 e 11.003, que contempla o seguinte: "a indústria deverá negociar uma actualização de preços (PVA) que tenha em atenção a evolução da taxa de inflação dos últimos 4 anos".

Por outro lado, o Projecto de Renovação do Protocolo para 2003 remetido para a APIFARMA pelo Ministério da Saúde em 21/05/2003 (fls. 10.988 a 11.000) e a própria Portaria não mencionam qualquer ponderação dos preços praticados no sector hospitalar.

Assim, e relativamente ao valor do benefício económico retirado das suas condutas, não se conseguiu apurar o valor exacto dos preços sem a concertação e não se demonstrou que o preço que veio a ser fixado administrativamente em 2003 tenha sido influenciado pelas condutas das arguidas, tanto mais que não se verificaram os aumentos intercalares previstos no Protocolo e na Portaria de 98.

Pelas razões supra referidas, a medida do dano para o erário público também não ficou concretamente apurado na medida em que se desconhece quais os preços que seriam apresentados sem a concertação e, em última análise, se a subida implicou ou não a almejada subida dos preços administrativos no sector farmacêutico;

Não significa isto que os critérios de cálculo adoptados pela AdC se encontrem errados ou que não seja lícito pressupor, por estimativa, o valor do benefício / dano económico. Mas tal esforço não tem qualquer relevância jurídica na medida em que não assenta em premissas seguras e objectivas – e, como tal, mostra-se insuficiente para servir de base quer à imputação quer à determinação da medida da coima".

*

4. Não se conformando com a sentença proferida vieram as arguidas **Abbott Laboratórios, Lda**, **Menarini Diagnósticos, Lda** e **Johnson & Johnson, Lda** interpor recurso.

4.1. A motivação da arguida **Abbott, Laboratórios, Lda** termina com a formulação das seguintes conclusões (transcrição):

"1ª-A Arguida Abbott declara que mantém o interesse no recurso por si apresentado, no dia 7 de Maio de 2008 (fls...), que tem por objecto o DESPACHO de fls. 15.402 a 15.406, o qual deve ser julgado conjuntamente com o presente recurso da sentença condenatória.

Da prescrição:

2ª-Atento o decurso integral do prazo máximo de 8 anos de prescrição do procedimento contra-ordenacional, requer-se que o Tribunal ad quem considere extintos, por

79



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

prescrição, os procedimentos contra-ordenacionais associados aos ilícitos alegadamente cometidos pela Abbott nos seguintes procedimentos concursais (r) Concurso Público Internacional n.º 1/2002, do Hospital Dr. José Maria Grande, no qual a proposta da Abbott foi apresentada em 3.1.2002 (fls. 1498 a 1500 e artigo 85 a) a fls 44 da sentença, bem como fls. 155, parágrafo A.10), da sentença); Concurso Limitado n.º 2/10001/2002, aberto pelo Centro Hospitalar de Cascais (fls. 755 a 757 e artigo 23a), a fls. 24 da sentença, bem como 11. 154, parágrafo A.3), da sentença) , no qual a proposta da Abbott foi apresentada em 4.1.2002; (iii) Concurso Público n.º 27/2002, do Instituto Português de Oncologia de Francisco Gentil (fls. 1897 a 1898 e artigo 121a), a fls. 56 da sentença e fls. 155, parágrafo A.14), da sentença), no qual a proposta da Abbott foi apresentada em 8.1.2002; e (iv) Concurso Público n.º 1/026/1/1/2002, do Hospital de São Teotónio (fls. 3011 a 3015, artigo 204a), a fls. 84 da sentença, bem como fls. 156, parágrafo A.24), da sentença), no qual a proposta da Abbott foi apresentada em 10.1.2002. Tudo nos termos dos artigos 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 371/93 e artigos 27.º, 27.º-A e 28.º do RGCO. Tal prescrição ocorreu, respectivamente, em 3.1.2010, 4.1.2010, 8.1.2010 e 10.1.2010.

3ª-Tendo cada um dos quatro referidos ilícitos ao Decreto-Lei n.º 371/93 sido punido pelo Tribunal a quo com coima de €100.000,00, a fls. 168 da sentença recorrida, no valor global de €400.000,00, deve, quanto aos mesmos, ser declarado extinto o procedimento contra-ordenacional e, concomitantemente, ser o montante da coima única aplicada, no valor de €3.000.000,00, reduzida em €400.000,00 por aplicação do artigo 19.º, n.º 1 e 2, do RGCO em concatenação com o artigo 37.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 371/93.

Do erro de Direito (interpretação do artigo 43.º, n.º 1, alínea a), da Lei 18/2003)

4ª-A sentença recorrida reconhece que cada um dos 35 alegados ilícitos se consuma e cessa na data da apresentação da proposta ao procedimento concursal (fls. 13 da sentença recorrida). Pelo que, quanto aos alegados ilícitos cometidos pela Abbott no ano de 2003, no âmbito da vigência da Lei n.º 18/2003, o Tribunal a quo devia ter tomado em consideração, para efeitos de cálculo da coima concretamente aplicável — o que não sucedeu a fls. 162 e 163 da sentença —o volume de negócios da Abbott nesse ano de 2003.

5ª-Ilícitos relativos aos concursos e respectivas datas de apresentação de proposta pela Abbott que se passam a identificar: (i) Consulta prévia n.º 610513/03, aberta pelos Hospitais da Universidade de Coimbra, proposta da Abbott apresentada em 18.6.2003 (fls. 71 da sentença); (ii) Consulta prévia n.º 610566/03, aberta pelos Hospitais da Universidade de Coimbra, proposta da Abbott apresentada em 1.8.2003 (fls. 72 da sentença); (iii) Concurso público n.º 110009/04, aberto pelos Hospitais da Universidade de Coimbra, relativamente ao qual não consta a data da apresentação da proposta da sentença, sendo identificada como data de abertura da proposta 13.10.2003 (fls. 73 da sentença); (iv) Concurso publico n.º 0137/04, aberto pelo Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia, proposta da Abbott apresentada em 21.10.2003 (fls. 51 da sentença); e (v) Concurso público internacional n.º 110013/2004, aberto pelo Hospital de Espírito Santo, em Evora, proposta da Abbott apresentada em 5.11.2003 (fls. 94 da sentença).

6ª-Cada um de tais alegados ilícitos instantâneos consumou-se e cessou nesse mesmo ano de 2003, aquando da apresentação da proposta, sendo que quanto a estes cinco ilícitos, o Tribunal a quo devia ter tomado em consideração o volume de negócios da Abbott em 2003, o que não sucedeu, já que o Tribunal tomou em consideração o volume de negócios de 2004.

7ª-Nessa medida, o Tribunal a quo interpretou o artigo 43.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 18/2003, no sentido de que se devia tomar em consideração o volume de negócios de 2004, para efeitos de determinação da coima aplicável a contra-ordenações consumadas em 2003, quando



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

deveria ter interpretado essa mesma disposição legal no sentido de que, quanto as contra-ordenações praticadas e consumadas em 2003, apenas se poderia tomar em consideração o volume de negócios desse ano ou de ano anterior.

8ª-Acresce que, não constando da sentença recorrida, designadamente, na matéria de facto dada como provada, o volume de negócios global da Abbott no ano de 2003, ou em ano anterior, então, ao abrigo do artigo 410.º, n.º 2, alínea a), do CPP, a sentença recorrida revela manifesta insuficiência da matéria de facto provada, para efeitos de aplicação das coimas relativas aos ilícitos acima mencionados que ocorreram em 2003 na vigência da Lei n.º 18/2003.

Da não disponibilização à Arguida Abbott de meios de prova

9ª-A Abbott não teve acesso, conforme expressamente requerido, aos elementos de prova apresentados pela arguida Roche, os quais não foram juntos ao processo pela Autoridade da Concorrência, mesmo depois de esta ter tido oportunidade de avaliar o conteúdo dos mesmos — oportunidade essa que foi negada à Arguida Abbott.

10ª-Nessa medida, verifica-se uma violação inadmissível dos direitos de defesa da Abbott, saindo violado o disposto no artigo 50.º do RGCO, no artigo 32º, n.º 10 da CRP e no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, implicando a nulidade da Nota de Ilícitude, da Decisão Autoridade da Concorrência e da sentença ora recorrida.

11ª-A interpretação dos artigos 17º, 18º, 24º, 25º, 26º, todos da Lei n.º 18/2003, ou de quaisquer outros que atribuam poderes de investigação e instrução à Autoridade da Concorrência, no sentido de que a Autoridade da Concorrência pode seleccionar, entre os meios de prova recolhidos e analisados, aqueles que são juntos aos autos e aqueles que são dispensados, de acordo com um critério discricionário e arbitrário, redundando em norma materialmente inconstitucional, por violação do artigo 32º, n.º 10, da CRP - inconstitucionalidade que se deixa invocada para todos os efeitos legais.

12ª-A esse propósito o essencial da argumentação da Arguida Abbott está vertido no recurso por si interposto no dia 7 de Maio de 2008 (fls...), que tem por objecto o DESPACHO de fls. 15.402 a 15.406, para o qual expressamente se remete. Esta questão apenas foi retomada no presente recurso pois, em sede de audiência de discussão e julgamento, no dia 19 de Novembro de 2009, por despacho de fls. (...), foi expressamente reconhecido pelo Tribunal a quo que o autor do material probatório que a Autoridade da Concorrência recusou juntar aos presentes autos era uma testemunha essencial e fundamental para a descoberta da verdade material. De onde resulta o interesse, a relevância, a importância e a utilidade para a boa decisão da presente causa do próprio material probatório que a Autoridade da Concorrência ilegitimamente recusou juntar aos autos.

Da inexistência de exame crítico das provas:

13ª-O artigo 374.º, n.º 2, do CPP determina que a sentença recorrida seja fundamentada, devendo, entre o mais, conter «uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal». No caso dos presentes autos, a sentença é nula, nos termos do disposto no artigo 379.º, n.º 1, alínea a), do CPP, pois que não contém todas as menções exigidas no n.º 2 do artigo 374.º, do CPP, designadamente o falado exame crítico das provas.

14ª-Com efeito, no que diz respeito a prova testemunhal arrolada e produzida pelas Arguidas Abbott e Menarini, nas várias sessões da audiência de discussão e julgamento, o Tribunal de Comércio de Lisboa limita-se a referir o seguinte: «Arrolou testemunhas» — fls. 4 e 8 da sentença;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

«O Tribunal formou a sua convicção com base na análise crítica que fez dos documentos juntos e do teor do depoimento das testemunhas arroladas.» - fls. 114 da sentença.

15ª-Quanto ao depoimento das testemunhas arroladas pelas Defesas (das Arguidas Abbott e Menarini), nada mais é dito ou referido na sentença, nem uma palavra sequer. A sentença não diz uma única palavra — uma única palavra sequer — sobre a identidade das testemunhas apresentadas pelas Defesas das Arguidas Abbott e Menarini, sobre a sua razão de ciência, sobre a sua credibilidade e fidedignidade e sobre as razões que, na perspectiva do Tribunal, levam a concluir que o depoimento de tais testemunhas a susceptível, ou não, de gerar convencimento. Claro está que, por maioria de razão, a sentença não dedica uma única palavra — uma única palavra sequer — ao conteúdo do depoimento de tais testemunhas.

16ª-De acordo com a jurisprudência que decorre do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Abril de 2000, proc. n.º 141/2000-3.a SASTJ, n.º 40, 48, «não dizendo a lei em que consiste o exame crítico das provas, esse exame tem de ser aferido com critérios de razoabilidade». Não é razoável que, tendo as Arguidas Abbott e Menarini apresentado em audiência de discussão e julgamento testemunhas, para efeitos de sustentação da sua Defesa, e tendo as mesmas prestado todos os esclarecimentos que lhes foram solicitados, o Tribunal tenha condenado a Arguida Abbott sem dedicar uma palavra — uma única palavra sequer — a prova testemunhal produzida pelas Arguidas Abbott e Menarini.

Da valoração de depoimento indirecto:

17ª-A sentença recorrida valorou expressamente, a fls. 133, o depoimento indirecto de uma testemunha da acusação (Carlos Rombo), de forma a desvalorizar o depoimento de uma outra testemunha arrolada pela acusação e que tem conhecimento directo sobre os factos (Ana Carlota Agulheiro) e que negou na audiência de julgamento qualquer tipo de concertação com colaboradores de outras empresas (cfr. fls. 130 da sentença).

18ª-O artigo 129.º, n.º 1 e 3 do CPP, estabelece, sem margem para ambiguidades, a proibição de valoração da prova indirecta, nos termos em que a mesma foi produzida na audiência de julgamento dos presentes autos e posteriormente valorada na sentença. Com efeito, a testemunha Carlos Rombo, no seu depoimento, limita-se a referir que "fomos informados através dos Advogados" que a Dra. Ana Carlota Agulheiro "havia confessado o alinhamento de preços com outras empresas". Destarte, a testemunha, no seu depoimento, não identifica a pessoa que lhe terá transmitido tal informação, nem muito menos precisa a fonte da sua razão de ciência, limitando-se a referir que foram os "os advogados" que o informaram, não sendo possível saber a quem se refere em concreto a testemunha.

19ª-A valoração pelo Tribunal a quo, na sentença recorrida, deste depoimento indirecto, numa situação em que esta é proibida, nos termos do artigo 129.º, n.º 3, do CPP, tem como efeito a nulidade da sentença, nos termos do artigo 379.º, n.º 1, alínea c), primeira parte, nulidade que se deixa invocada. Com efeito, o Tribunal a quo valorou, na sua sentença, uma prova proibida, por força do artigo 129.º do CPP (rectius, o depoimento indirecto de Carlos Rombo), sem ter decidido a própria questão da proibição de prova (e sem, sequer, se ter pronunciado sobre a mesma), a qual constituía questão prévia que devia — obrigatoriamente — ter sido decidida pelo Tribunal a quo, antes de se proceder a valoração do referido depoimento.

Valoração, utilização e citação na sentença de documento em língua estrangeira:

20ª-O Tribunal a quo valorou e tomou em consideração na motivação da sentença, para efeitos de condenação da Arguida, os documentos de fls. 4259 (ou fls. 24) e 4315, citando-os



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

expressamente na sentença, sendo certo que os mesmos estavam integralmente redigidos em língua estrangeira, sem que previamente se tenha procedido a sua tradução para língua portuguesa.

21ª-Por força do artigo 92.º do CPP, os referidos documentos de fls. 4259 (ou 24) e de fls. 4135 não poderiam ter sido valorados/utilizados pelo Tribunal a quo, na sentença recorrida, para fundamentar a sua decisão, e não poderiam ter sido citados em língua inglesa, na própria sentença recorrida, antes da sua respectiva tradução (a qual nunca teve lugar).

22ª-Ao ter procedido a uma valoração/utilização de documentos escritos em língua estrangeira, para fundamentar a sua decisão, e ao tê-los citado expressamente na sua motivação, sem prévia tradução dos mesmos para língua portuguesa, a sentença recorrida é nula, nos termos do artigo 92.º do CPP. A sentença recorrida é também nula, nos termos do artigo 379.º, n.º 1, alínea c), primeira parte, do CPP, na medida em que o Tribunal a quo proferiu a sentença, com base nos documentos supra referidos, sem sequer se pronunciar sobre a questão da utilização e valoração, para efeitos de formação do juízo decisório, de um documento em língua estrangeira (omissão de pronúncia), sendo certo que a decisão sobre tal questão jurídica deveria ter precedido a valoração, utilização e citação dos referidos documentos. Finalmente, a sentença é nula pois, ao proferir a sua decisão final, antes de se encontrar traduzido um documento que considerava relevante para a descoberta da verdade material, o Tribunal a quo incorreu na «omissão posterior de diligências que pudessem reputar-se essenciais para a descoberta da verdade», prevista no artigo 120.º, n.º 2, alínea d), do CPP — nulidade que se invoca.

Da recusa de inquirição de testemunha essencial para a Defesa:

23ª-No despacho de fls. 15893 a 15896 dos presentes autos, em particular, no segmento final de fls. 15895, o Tribunal do Comércio de Lisboa indefere a inquirição da testemunha Francisco Gomez-Malagon através de carta rogatória ou videoconferência, invocando, para o efeito, razões de celeridade processual, dada a urgência do presente processo, e determinando, em alternativa, que a mesma seja apresentada pela Arguida Abbott.

24ª-Esta decisão do Tribunal do Comércio de Lisboa traduz uma incorrecta interpretação e aplicação dos artigos 20.º, n.º 4, e 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa. Traduz, igualmente, uma incorrecta interpretação e aplicação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Traduz, igualmente, uma incorrecta interpretação e aplicação dos artigos 61.º, n.º 1, alínea g), 287.º, n.º 2 e 315.º, todos do CPP, em conjugação com o artigo 41.º do RGCO, bem como de quaisquer outras disposições legais que autorizam o Arguido a apresentar e produzir prova em sede de audiência de julgamento, como seja o artigo 12.º do Decreto Lei n.º 17/91, em conjugação com o artigo 66.º do RGCO. E traduz, finalmente, uma incorrecta interpretação e aplicação dos artigos 111.º, 230.º e 318.º do CPP (que permitem a inquirição não presencial de testemunhas), em articulação com as disposições legais relevantes da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, referente a cooperação judiciária internacional, em particular os artigos 1.º, n.º 3 e 25.º, n.º 2.

25ª-Tais disposições legais deveriam antes ter sido interpretadas e aplicadas, no sentido de se entender que o legítimo exercício do Direito de Defesa da Arguida Abbott justificava o requerimento de inquirição da testemunha Francisco Gomez Malagon por carta rogatória ou videoconferência, autorizando-se a mesma, considerando a especial relevância desta testemunha para a descoberta da verdade material dos presentes autos e o facto de a mesma se encontrar a residir na Florida, Estados Unidos.

26ª-Acresce que a decisão assim proferida pelo Tribunal do Comércio de Lisboa é nula, pois traduz uma limitação desproporcionada do direito fundamental e constitucional de Defesa da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

Recorrente Abbott, violando assim os artigos 18.º, 20.º, n.º 4 e 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa, bem como o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo certo que um acto processual directamente violador de um direito fundamental tem de ser fulminado com a sanção da nulidade.

27ª-Com efeito, o depoimento da testemunha Francisco Gomez-Malagon é relevante e essencial para a descoberta da verdade material, nos presentes autos, na medida em que foi Director Geral da Abbott Portugal, tendo conhecimento directo e privilegiado dos factos controvertidos no presente processo. Acresce que a testemunha em causa deixou de ser funcionário da Arguida, a qual deixou de ter poder de direcção sobre a testemunha Francisco Gomez-Malagon. Por fim, tal testemunha instalou a sua residência na Florida, Estados Unidos, onde reside actualmente, pelo que se encontra especialmente afastada do território português.

28ª-Assim, o indeferimento da inquirição da testemunha Francisco Gomez Malagon por carta rogatória ou por video-conferência obsta materialmente à inquirição da referida testemunha em audiência de julgamento, nas datas designadas, com evidente prejuízo para a Defesa da Recorrente Abbott, e com evidente prejuízo para a descoberta da verdade material, o que determina a nulidade do presente processo.

Erro notório na apreciação da prova (ilegitimidade da demonstração de contactos ilícitos com base no mero paralelismo de comportamentos):

29ª-A Abbott foi condenada na sentença recorrida pela prática de 35 práticas concertadas entre 2002 e 2004, sendo que para efeitos de prova de cada um dos alegados ilícitos é necessária a prova da existência de contactos ilícitos entre empresas concorrentes prévios à apresentação de cada proposta. Para efeitos de prova desses contactos ilícitos a sentença recorrida, na FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO, MATÉRIA DE FACTO PROVADA, estabelece nos artigos 289 e 290 (a fls. 110 da sentença): "Para além da reunião de 04/06/2001, estes receios e modo de prevenir a baixa de preços no sector farmacêutico voltaram a ser discutidos entre os mesmos concorrentes em outras datas não concretamente apuradas, no período que decorreu entre 2001 e 2004. Nesses contactos, acertavam os preços a praticar no âmbito dos concursos hospitalares." Na MOTIVAÇÃO da prova destes dois artigos, máxime do artigo 289, a sentença refere (fls. 130 e 134 da sentença): "Quanto à concreta reunião de 04/06/2001 (...) o Tribunal considerou que houve concertação de preços (...) Quanto aos restantes contactos (não concretamente demonstrados), os mesmos encontram a demonstração da sua existência no paralelismo de preços que se foi verificando ao longo dos anos." (fls. 134 da sentença).

30ª-Ou seja: especificamente, o Tribunal dá apenas como demonstrado um alegado contacto ilícito entre empresas concorrentes, concretamente em 4 de Junho de 2001. Quanto aos restantes supostos contactos ilícitos, ocorridos entre 2002 e 2004, em alegadas datas não determinadas, constantes dos artigos 288.º e 289.º da sentença, o Tribunal baseia a alegada demonstração dos mesmos, única e exclusivamente, no seguinte raciocínio: "Quanto aos restantes contactos (não concretamente demonstrados), os mesmos encontram a demonstração da sua existência no paralelismo de preços que se foi verificando ao longo dos anos." (fls. 134 da sentença)".

31ª-Tal entendimento traduz um erro notório e manifesto na apreciação da prova: a sentença recorrida não pode dar como provada a existência de contactos ilícitos, quando a prova desses contactos ilícitos não resulta nem da prova documental, nem da prova testemunhal constante da decisão recorrida. O facto de existir uma situação de paralelismo de preços não é sinónimo da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

existência de contactos, sejam estes lícitos ou ilícitos. Este é um salto lógico, inaceitável para o homem comum, que o Tribunal a quo efectua.

32ª-Atento o vício notório e manifesto na apreciação da prova, levada a cabo pelo Tribunal a quo, para efeitos do artigo 410.º, n.º 2, alínea c), do CPP, deve o Tribunal ad quem revogar a sentença recorrida, uma vez que, não se tendo demonstrado a existência de contactos ilícitos (*rectius*: sendo inadmissível retirar da existência de paralelismo de comportamentos a demonstração de contactos ilícitos), por definição, não se logrou demonstrar a adopção de práticas concertadas.

Erro notório na apreciação da prova — ainda os alegados contactos ilícitos:

33ª-A sentença recorrida afasta integralmente toda a prova testemunhal produzida nas várias sessões da audiência de julgamento, excluindo o depoimento indirecto da testemunha Carlos Rombo sobre a qual a Arguida já acima se pronunciou. Com efeito, o Tribunal a quo, ou desvaloriza o depoimento das testemunhas, dizendo que o mesmo não merece credibilidade (relativamente as testemunhas Pedro Crispim e Ana Carlota Agulheiro), ou nem sequer se pronuncia sobre o depoimento das testemunhas (relativamente às testemunhas de Defesa).

34ª-Tendo desvalorizado toda a prova testemunhal produzida nos autos, restaria ao Tribunal a quo (em tese), para efeitos de condenação das Arguidas, os documentos junto aos autos, conforme é, aliás, reconhecido na sentença: "Nessa sequência, reputámos por mais verdadeiros os elementos constantes dos autos os quais, quando conjugados, não permitem outra conclusão" (motivação, fls. 131 da sentença).

35ª-Assim, excluindo as propostas apresentadas em concursos hospitalares (que só atestam o paralelismo de comportamentos/preços), o Tribunal a quo fundamenta e motiva as 35 alegadas práticas concertadas, não apenas o paralelismo de comportamento, mas também os contactos ilícitos que terão estado na base do mesmo, exclusivamente, em documentos (motivação, a fls. 131 da sentença), todos eles, anteriores a 2002 ou reportando-se a factos anteriores a 2002. Isto quando as 35 alegadas práticas concertadas ocorreram, todas elas, entre Janeiro de 2002 e 2004.

36ª-O Tribunal desconsiderou integralmente todos os depoimentos prestados nas várias sessões da audiência de julgamento, fazendo use exclusivo da prova documental. Ora, a prova documental que consta dos autos é totalmente omissa quanto aos alegados contactos ilícitos que teriam ocorrido entre 2002 e 2004, uma vez que se refere a um período temporal anterior (anterior a 2002). Contudo, surpreendentemente, tais contactos ilícitos são dados como provados na matéria de facto.

37ª-Estamos perante erro notório e manifesto na apreciação da prova para efeitos do artigo 410.º, n.º 2, alínea c), do CPP, dada a total ausência de prova documental de contactos ilícitos entre 2002 e 2004. O Tribunal a quo não podia dar como provada a existência desses contactos ilícitos, quando a sentença tem por fundamento e motivação, para a prova de alegados contactos ilícitos ocorridos entre 2002 a 2004, documentos que se reportam ao período compreendido entre 1998 e 2001.

38ª-Atento o vício notório e manifesto na apreciação da prova, levada a cabo pelo Tribunal a quo, para efeitos do artigo 410.º, n.º 2, alínea c), do CPP, deve o Tribunal ad quem revogar a sentença recorrida, uma vez que, não se tendo demonstrado a existência de contactos ilícitos (*rectius*: sendo inadmissível provar contactos ilícitos, com base em documentação referente a um período temporal anterior a esses mesmos alegados contactos), por definição, não se logrou demonstrar a adopção de práticas concertadas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Erro notório na apreciação da prova ou, subsidiariamente, a falta de fundamentação de facto — ainda os alegados contactos ilícitos:

39ª-O tribunal a quo deu como provada a comissão de 35 práticas concertadas pela Abbott, em concreto 27 infracções ao artigo 2º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 371/93 e 8 infracções ao artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, todas compreendidas no período entre 2002 e 2004. Contudo, da matéria de facto dada como provada e da respectiva motivação da sentença verifica-se erro notório na apreciação da prova ou, subsidiariamente, falta de fundamentação de facto, que permita confirmar a sentença do Tribunal a quo.

40ª-O tipo de ilícito de prática concertada exige como um dos seus elementos constitutivos essenciais a existência de contactos ilícitos que tenham por efeito ou objecto afectar a concorrência. Exige também, em separado e cumulativamente, outro elemento constitutivo essencial (autónomo e distinto da existência de contactos ilícitos) que se traduz no paralelismo de comportamentos. Tudo, conforme resulta da doutrina nacional e estrangeira e da jurisprudência dos Tribunais da União Europeia em sede de aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (ex artigo 81.º do Tratado CE).

41ª-Assim, a prova de um dos elementos objectivos do tipo de ilícito de prática concertada (existência de contactos ilícitos) tem de resultar de factos concretos, assim como a prova do outro elemento objectivo do tipo de ilícito de prática concertada (paralelismo de comportamentos) também tem de resultar de factos concretos. Não se pode extrapolar ou presumir ao abrigo do segundo elemento objectivo do tipo (paralelismo de comportamentos), a existência do primeiro (existência de contactos ilícitos).

42ª-No caso dos presentes autos, o Tribunal a quo, sem qualquer facto que lhe permita chegar a essa conclusão, entende que a prova da existência de paralelismo de comportamentos quanto a preços é a prova da existência de contactos ilícitos. Isto quando não tem factos que permitam alicerçar tal conclusão, extrapolando o preenchimento deste segundo elemento objectivo do tipo do ilícito (contactos ilícitos) a partir do facto de existir um mero paralelismo de comportamentos quanto a preços. E isto quando a existência de contactos ilícitos, com uma natureza directa ou indirecta, constitui conditio sine qua non para permitir a distinção entre a existência de uma prática concertada e um simples comportamento paralelo, que nada tem de ilícito — vide, entre muitos outros, os acórdãos de 13.7.1989 "Ministère Public / Jean-Louis Toumier", proc. 395/87, § 24, de 8.10.2008, "Schunk e Schunk Kohlenstoff-Technik c. Comissão", proc. T69/04, § 116, de 14.7.1981 "Gerhard Zlichner / Bayerische Vereinsbank AG", proc. 172/80, § 12, de 8.7.1999, "Hills AG / Comissão" proc. C-199/92 P, § 160, de 12.7.2001, "Tate & Lyle", proc. T-202/98, § 56, de 17.12.1991, "Hercules Chemicals / Comissão", proc. T-7/89, § 258 — citados na motivação do presente recurso.

43ª-Como resultado do acórdão do Tribunal de Primeira das Comunidades Europeias, "Usines Gustave Boel c. Comissão", proc. T-142/89, o Tribunal com base em factos (e não com base no paralelismo de comportamentos) deu como provada a existência de contactos ilícitos: "O Tribunal verifica que a decisão não acusa a recorrente de ter participado num cartel de quotas, mas sim de ter trocado informações que podiam ser utilizadas para criar esse cartel. A recorrente não contesta a existência desta troca de informações (...) pelo que há que concluir que a Comissão apresentou prova suficiente da existência de uma prática concertada (...)". Este entendimento também se encontra reflectido no acórdão de 10.3.1992, "Solvay", proc. T-12/89, § 141, no qual o Tribunal de Primeira Instância estatui: "O Tribunal verifica que os relatórios das reuniões periódicas de produtores de polipropileno mostram que os produtores que participaram nestas reuniões nelas acordaram as iniciativas de preços mencionadas na decisão. Assim, pode ler-se no relatório da reunião de 13 de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Maio (...): «todos pensaram que era uma excelente ocasião para obter um aumento dos preços antes das férias após alguma discussão, acordou-se em 2 DM a partir de 1 de Junho (14 de Junho para o Reino Unido). Os valores por País são indicados na tabela anexa»"

44ª-In casu, a sentença recorrida não prova a existência de quaisquer contactos ilícitos entre 2002 e 2004 por parte da Arguida Abbott com qualquer concorrente, conforme resulta da matéria de facto dada como provada pelo Tribunal relativamente a cada um dos 35 alegados ilícitos. Com efeito, analisando a matéria de facto dada como provada na sentença recorrida, em relação a cada um dos 35 concursos, onde se consubstanciaram os alegados ilícitos da Abbott, não se encontra nenhum facto (um único sequer!) que revele que, antes de cada um desses concursos, os concorrentes contactaram para trocar informações.

45ª-O Tribunal a quo ao dar como provada a existência de contactos ilícitos com base no paralelismo de preços (artigos 289 e 290 da matéria de facto provada a fls. 110, e motivação a fls. 134 da sentença), errou, com notória inobservância das regras de experiência, praticando o Tribunal a quo um erro notório na apreciação da prova, para efeito do artigo 410.º, n.º 2, alínea c), do CPP, ao dar como provada a existência de contactos ilícitos com base numa mera situação da paralelismo de preços. Nessa medida, deverá a sentença recorrida ser revogada e substituída por outra que absolva a Arguida Abbott.

46ª-Cumulativamente, a sentença revela, para efeitos do artigo 374.º, n.º 2, do CPP, uma total ausência de fundamentação de facto para a prova dos contactos ilícitos, elemento objectivo essencial do tipo de ilícito de prática concertada. Ou seja, de acordo com o artigo 374.º, n.º 2, do CPP, a sentença deve conter uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto que fundamentam a decisão. De acordo com a fundamentação da sentença recorrida, o fundamento de facto para se ter dado como provado (como facto provado) a existência de contactos ilícitos entre a Arguida Abbott e as demais Arguidas é o paralelismo de preços. Ora, tendo em consideração que, conforme referido anteriormente, o paralelismo de preços não pode ser utilizado como prova de contactos ilícitos, então, conclui-se que não existe na sentença recorrida qualquer fundamento de facto quanto a eventual demonstração dos supostos contactos ilícitos ocorridos entre 2002 e 2004.

47ª-A norma que resulta da interpretação do artigo 2º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 371/93 e do artigo 4º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, no sentido de que o paralelismo de comportamento (preços) é prova da existência de contactos ilícitos é inconstitucional, por violação dos artigos 1º, 20º, n.º 4 e 32º, n.º 10 da Constituição da República Portuguesa,

48ª-Com efeito, o Tribunal a quo entende na decisão recorrida: "Quanto aos restantes contactos (não concretamente demonstrados), os mesmos encontram a demonstração da sua existência no paralelismo de preços que se foi verificando ao longo dos anos." (motivação a fls. 134 da sentença)

49ª-De igual modo, a norma que resulta da interpretação do artigo 2º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 371/93 e do artigo 4º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, no sentido de que a entidade acusadora basta demonstrar o paralelismo de comportamento, cabendo ao Arguido o ónus de provar que nas reuniões realizadas não houve conluio sobre preços e/ou que tal paralelismo é justificado a luz de critérios de racionalidade económica, é inconstitucional, por violação dos artigos 20.º, n.º 4 e 32.º, n.º 10 da Constituição da República Portuguesa, e também por este motivo deve a sentença recorrida ser revogada.

O caso especial das alegadas infracções praticadas após 1 de Julho de 2003:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

50ª-O Tribunal a quo entende expressamente que as Arguidas se conluiaram, com um objectivo e propósito específicos. Diz o Tribunal a quo que «o mais importante era que, através da acção conjunta de todas, se inflacionasse o valor dos reagentes no sector hospitalar de forma a que o preço no sector farmacêutico não fosse revisto em baixa se, porventura, os preços hospitalares lhe servissem de referência.» (motivação, a fls. 139 da sentença).

51ª-Ora, os preços dos reagentes vieram a ser administrativamente fixados em 1.7.2003 - vide artigo 313 da matéria de facto provada, fls. 113. Assim, estando o preço administrativamente definido e fixado em 1 de Julho de 2003, e encontrando-se definitivamente concluído o processo de revisão, quer da Portaria n.º 942/98, quer dos preços para o mercado farmacêutico, então, a partir dessa data, o suposto objectivo e propósito do alegado conluio ficou esgotado e exaurido. A partir dessa data, a afirmação de que houve um conluio entre os concorrentes é, simultaneamente, a afirmação de que os concorrentes se juntaram numa prática concertada sem objectivo, sem propósito e sem sentido.

52ª-Acresce que, após o dia 1 de Julho de 2003, não existiu qualquer paralelismo de preços entre as propostas apresentadas pelos vários concorrentes, nos concursos hospitalares. Naqueles procedimentos concursais, existem preços muito diferenciados e distintos, havendo sempre dois ou três concorrentes que apresentam preços diferentes dos outros. Por outro lado, aqueles dois (ou excepcionalmente três) concorrentes que apresentam preços idênticos nunca são os mesmos, o que significa que - a ter existido prática concertada - tinha que existir um esquema de concertação altamente complexo e sofisticado que permitisse que a Abbott num dia se conluísse (só) com a Bayer, no outro dia se conluísse (só) com a Roche, no outro dia se conluísse (só) com a J&J e no dia seguinte (só) com a Menarini, o que manifestamente não é compatível com as regras de experiência comum. Acresce que na matéria de facto dada como provada na sentença recorrida o Tribunal a quo deu como provado em relação a todos estes concursos que a Abbott já havia praticado os referidos preços em concursos anteriores.

53ª-Nesses termos, e caso não se entenda como vem de se expor neste recurso, então, pelo menos, quanto as alegadas infracções praticadas após 1 de Julho de 2003, deverá o Tribunal da Relação de Lisboa entender que não existe qualquer indício de prática concertada, não estando preenchidos os seus elementos constitutivos em relação aos 7 ilícitos alegadamente praticados após 1 de Julho de 2003 (ainda que se dê como boa e verdadeira toda a matéria de facto dada como provada na sentença recorrida).

Falta de indicação das empresas com as quais a Arguida Abbott alegadamente se conluiou:

54ª-O Tribunal a quo, a fls. 19 a 104 da matéria de facto considerada provada, identifica um número significativo de procedimentos concursais que ocorreram entre os anos de 2001 e 2004. O que permite aferir que o Tribunal a quo prova na sentença recorrida que a Abbott, em cada um dos concursos identificados, apresentou, numa determinada data, uma proposta de fornecimento de um determinado número de embalagens de tiras reagentes, a um determinado preço.

55ª-Para além disso, o Tribunal a quo na sentença, a fls. 144 a 151, procede ao "Enquadramento jurídico dos factos provados", onde conclui, resumidamente, que a prática concertada consiste na manifestação, revelação ou execução da vontade comum de duas ou mais empresas.

56ª-Cumpra ao Tribunal a quo, na sentença, ao abrigo dos artigos 374.º, n.º 2, do CPP, proceder a "fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(...) que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal". No caso dos presentes autos, tal dever de fundamentação não foi cumprido,

57ª- Porquanto o Tribunal a quo limita-se a identificar os concursos hospitalares nos quais a arguida ABBOTT participou de 2001 a 2004, o que por si só apenas demonstra que a arguida Abbott participou nesses mesmos concursos hospitalares, com um determinado preço. Em passo algum da sentença recorrida o Tribunal a quo identifica, precisa ou especifica com que agente ou co-autor a Abbott se concertou em cada um dos 35 alegados ilícitos que lhe são imputados.

58ª- Para existir uma "prática concertada entre empresas" (artigo 2.º n.º 1, do Decreto Lei n.º 371/93 e artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003), pelo menos duas empresas tiveram que praticar o comportamento ilícito. Destarte, o Tribunal a quo tinha de indicar de forma clara, completa e expressa na sentença recorrida, e para cada um dos 35 ilícitos que imputa a Arguida Abbott, com que empresa(s) é que a arguida Abbott se concertou uma vez que o tipo de ilícito de prática concertada pressupõe sempre uma situação de coordenação, de encontro bilateral (senão mesmo multilateral) de vontades.

59ª- Pela leitura da sentença não se compreende minimamente com que empresa a Abbott alegadamente praticou cada um dos 35 alegados ilícitos, pelo que a sentença é nula ao abrigo do artigo 374.º, n.º 2, do CPP, em conjugação com o artigo 379.º, n.º 1, alínea a), do CPP- nulidade que se invoca.

O valor máximo da coima aplicável ao abrigo do artigo 43.º, n.º 1, alínea a), da Lei 18/2003:

60ª- A norma que resulta da interpretação do artigo 43.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, no sentido de que a mesma não necessita de estabelecer um montante legal máximo da coima abstractamente aplicável, no momento da prática do ilícito, é inconstitucional por violação do princípio da legalidade, consagrado no artigo 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e do princípio da proporcionalidade, consagrado no respectivo artigo 18.º, n.º 2 - inconstitucionalidade essa que se deixa invocada para todos os efeitos legais.

61ª- Para além disso, a norma que resulta da interpretação do artigo 43.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, no sentido de que a mesma permite tomar em consideração, para efeitos de determinação do limite máximo da coima, o volume de negócios do ano em que o facto foi praticado, ou de um ano posterior aquele em que o facto foi praticado, é inconstitucional por violação do princípio da legalidade, consagrado no artigo 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e do princípio da proporcionalidade, consagrado no respectivo artigo 18.º, n.º 2 - inconstitucionalidade essa que se deixa invocada para todos os efeitos legais.

62ª- Nessa medida, sendo aquela norma inconstitucional, a Abbott apenas poderá ser condenada nos termos do disposto do Decreto-Lei n.º 371/93.

63ª- Note-se que, no caso dos presentes autos, de acordo com a interpretação que fez do artigo 43.º, n.º 1, da Lei 18/2003, o Tribunal a quo tomou em consideração o volume de negócios de 2004, pelo que é manifesto que tomou em consideração um valor que só ficou consolidado e determinado (só se tomou cognoscível) após o dia 31 de Dezembro daquele ano. Quer isto dizer que, na lógica da sentença, no momento da prática de todos os 35 ilícitos imputados a Arguida Abbott, era materialmente impossível conhecer qual o volume de negócios relevante para efeitos de cálculo da coima.

Do volume de negócios relevante:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

64ª-O Tribunal a quo interpretou o artigo 43.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, no sentido de que se deve tomar em consideração o volume de negócios global da empresa em todos os sectores em que exerce a sua actividade, incluindo pois aqueles que não são afectados pela infracção que lhe é imputada. Tal interpretação é incorrecta. O Tribunal a quo deveria ter interpretado o artigo 43.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, no sentido de que se deve tomar em consideração o volume de negócios da empresa no sector no qual alegadamente se verificou a infracção (in casu, o sector dos reagentes para a determinação da glicose no sangue para hospitais).

65ª-Nessa medida, ao corrigir este erro de Direito, o Tribunal ad quem deve reduzir substancialmente a coima aplicada a Arguida Abbott.

66ª-Invoca-se a inconstitucionalidade material da norma resultante da interpretação do artigo 43.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 18/2003, no sentido de que o cálculo do volume de negócios relevante, para efeitos de determinação da coima aplicável, fundamenta-se no volume de negócios global da empresa e não no volume de negócios da empresa no sector afectado, por violação dos artigos 2º e 18º da CRP.

Do cúmulo jurídico:

67ª-Parte das contra-ordenações em concurso alegadamente praticadas pela Arguida Abbott ficam sujeitas ao regime do Decreto-Lei n.º 371/93. Parte dessas mesmas contra-ordenações em concurso ficam sujeitas a Lei n.º 18/2003. Ora, o Tribunal a quo interpretou o artigo 19.º, n.º 1 e 2, do RGCOC no sentido de que, para efeitos de cálculo da coima única aplicável ao concurso, num caso em que parte das (alegadas) infracções foram praticadas ao abrigo da lei nova e parte das (alegadas) infracções foram praticadas ao abrigo da lei antiga, era admissível tomar em consideração exclusivamente a lei nova (Lei n.º 18/2003) que apresenta uma medida legal da coima mais gravosa.

68ª-Tal interpretação é incorrecta. O Tribunal a quo deveria ter interpretado o artigo 19.º, n.ºs. 1 e 2, do RGCOC no sentido de que, para efeitos de cálculo da coima única aplicável ao concurso, num caso em que parte das (alegadas) infracções foram praticadas ao abrigo da lei nova e parte das (alegadas) infracções foram praticadas ao abrigo da lei antiga, se tomasse em consideração a lei antiga (Decreto-Lei n.º 371/93) que apresenta uma medida legal da coima mais favorável ao agente.

69ª-Assim, deve a sentença recorrida ser revogada e substituída por outra que reformule o cálculo da coima única, aplicada em cúmulo jurídico ao concurso de infracções, de acordo com o critério estabelecido no artigo 19.º, n.º 1, do RGCOC, em conjugação com o Decreto-Lei n.º 371/93.

Da sanção acessória:

70ª-Sem prejuízo do que atrás ficou dito, subsidiariamente e a cautela, a Abbott requer que o Tribunal ad quem, revogue a sentença do Tribunal a quo na parte em que aplica a Abbott a sanção acessória de publicar na IIª Série do Diário da Republica e num jornal de expansão nacional, um extracto da mesma e bem ainda a parte decisória. Isto porque a Autoridade da Concorrência, motu proprio, publicitou no respectivo endereço de Internet, ainda na pendência do prazo de recurso para esse Tribunal, uma "Nota a Comunicação Social". Mais do que isso, e extravasando o teor da sanção acessória aplicada pelo Tribunal do Comércio de Lisboa, a qual se encontra, aliás, suspensa até ao trânsito em julgado, publicou (não um sumário ou a parte dispositiva da sentença), mas, outrossim, o texto integral da sentença, a qual contém, inclusive, segredos de negócio da Arguida Abbott. Dessa forma, em termos de prevenção geral, o cumprimento da sanção acessória revela-se por se encontrar esgotado o objecto de tal sanção.

Termos em que, concluindo, se solicita ao Tribunal da Relação de Lisboa que:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Aprecie o recurso apresentado pela Arguida Abbott que tem por objecto o Despacho de fls. 15.402 a 15.405;

Realize audiência de discussão, ao abrigo do artigo 411.º, n.º 5, do CPP, para debate sobre as Secções H., I., J. e K. da motivação de recurso;

Constate a extinção do procedimento contra-ordenacional, por prescrição, quanto aos alegados ilícitos em que as propostas da Arguida foram apresentadas em 3.1.2002, 4.1.2002, 8.1.2002 e 10.1.2002;

Constate a incorrecta aplicação do artigo 43º, nº 1, alínea a), da Lei nº 18/2003, aos ilícitos de 2003, após 16 de Junho, bem como a insuficiência para a sentença recorrida, da matéria de facto provada, quanto ao volume de negócios da Abbott em 2003;

Constate a violação dos direitos de defesa da Arguida - por não acesso a elementos de prova apreciados pela Autoridade da Concorrência e a concomitante nulidade do processo;

Declare a nulidade da sentença para efeitos do artigo 379.º, n.º 1, alínea a), do CPP, por violação do artigo 374.º, n.º 2, do CPP, por inexistência de exame crítico da prova;

Declare a nulidade da sentença recorrida, por valoração e fundamentação com base em depoimento indirecto, em violação das regras do artigo 129.º do CPP, bem como de documentos em língua estrangeira;

Constate a violação dos direitos de defesa da Arguida -por não admissão material da inquirição de uma testemunha relevante e a concomitante nulidade do processo;

Constate o erro notório na apreciação da prova, para efeitos do artigo 410.º, n.º 2, alínea c), absolvendo-se a Arguida; subsidiariamente, constate a falta de fundamentação de facto da sentença recorrida, ao abrigo do 374.º, n.º 2, do CPP, e a consequente nulidade da sentença;

Constate a manifesta falta de preenchimento dos requisitos da prática concertada em relação aos factos posteriores a 1 de Julho de 2003;

Caso assim não se entenda -o que não se admite como possível reduza substancialmente o montante da coima aplicada e revogue a sanção acessória aplicada”.

4.2. A motivação da arguida Menarini Diagnósticos, Lda termina com a formulação das seguintes conclusões (transcrição):

“1 - Da Correção da sentença ao abrigo do preceituado no 380º, nº 1, alínea b) do Código de Processo Penal - Ajuste Directo n.º 34/2004, aberto pelo Hospital da Senhora da Oliveira

1 - O Tribunal a quo apreciou o concurso público n.º 9/2001, o concurso público n.º 21/2002, o concurso público n.º 10/2003 e o ajuste directo n.º 34/2004 abertos pelo Hospital da Senhora da Oliveira.

2 - No parágrafo 222 a fls. 90 da sentença, consta o seguinte: “Os preços constantes das propostas apresentadas nos concursos e ajuste abertos pelo Hospital da Senhora da Oliveira nos anos de 2001 a 2004 foram, pois, os seguintes:

3 - Todavia este raciocínio não foi concluído, porquanto a esse excerto se segue imediatamente a apreciação dos procedimentos abertos pelo Hospital de Santa Luzia.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4 - Esta omissão constitui um lapso da sentença, previsto no artigo 380.º, n.º1, alínea b) do C.P.P., o qual é passível de mera correcção. Por este motivo, nos termos do artigo 380.º, n.º1 do C.P.P., o lapso supra identificado deverá ser devidamente corrigido, o que desde já se solicita.

II - Da Correcção da sentença ao abrigo do preceituado no 380.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal - Concurso Público n.º 1/026/1/1/2002, aberto pelo Hospital de São Teotónio.

5 - A verificação da prescrição é de conhecimento oficioso e pode ter lugar a todo o tempo pois é causa de extinção do procedimento criminal (Ac. STJ de 06.02.2008).

6 - Pronunciou-se o Tribunal a quo sobre a (in)existência de prescrição nas contra-ordenações em causa nos autos, esclarecendo que (fls. 13): "Correspondendo essa prática [prática concertada], no caso dos autos, à apresentação das propostas nos procedimentos concursais (...), então o prazo da prescrição contar-se-á a partir da respectiva apresentação".

7 - É aplicável à prescrição a partir de 29.12.2001 o RGCO com as alterações introduzidas pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro (fls. 14 e 16 da sentença).

8 - À luz desta lei a prescrição de cada contra-ordenação terá sempre lugar findo um período de 8 anos após a data da sua prática (prazo de prescrição 5 anos + metade do prazo de prescrição 2,5 anos + 6 meses de período máximo de suspensão).

9 - Conclui, no entanto, o Tribunal que, "ainda não decorreu o prazo global de prescrição para as contra-ordenações praticadas posteriormente a 28/12/2001". (fls. 14 e 16)

10 - Esta conclusão está em manifesta contradição com os pressupostos de que parte, o que se deverá provavelmente ao facto de a sentença ter sido redigida ao longo de vários dias e apenas concluída em 7 de Janeiro de 2010.

11 - A contra-ordenação de que a Recorrente vem acusada no âmbito do concurso público n.º 1/026/1/1/2002, aberto pelo Hospital de São Teotónio foi praticada em 3 de Janeiro de 2002 (pontos 204 a 207 da sentença proferida (fls. 84 e 85).

12 - Aplicando as regras previstas no RGCO em matéria de prescrição que o próprio Tribunal invoca e mesmo considerando que estava aqui verificado o período máximo de suspensão previsto na lei, a contra-ordenação em causa teria forçosamente de se considerar prescrita no dia 4 de Janeiro de 2010, oito anos após a sua prática ou seja, em data anterior à conclusão da elaboração da sentença.

13 - Conforme Acórdão do STJ de 31.05.2006, "(...) a modificação essencial a que se refere a al. b) do n.º 1 do art. 380.º do CPP deve ser aferida em relação ao que estava no pensamento do tribunal julgador decidir e não em relação ao que ficou escrito", sendo certo que neste caso concreto é inequívoco esse pensamento no que se refere à data a partir da qual começa a correr o prazo de prescrição e ao prazo de prescrição que deverá ser considerado.

14 - Deste modo, verifica-se um erro que poderá e deverá ser corrigido ao abrigo do disposto no art.º 380.º CPP, considerando-se a contra-ordenação prescrita e, consequentemente, recalculando-se a coima aplicável ao concurso de 26 e não de 27 contra-ordenações, o que se Requer.

Sem conceder, por mera cautela de patrocínio e a título subsidiário, sempre se pedirá que:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

III - Da prescrição da contra-ordenação relativa ao Concurso Público n.º 1/026/1/1/2002, aberto pelo Hospital de São Teotónio

15 - Caso se considere que a correcção deste lapso importa uma modificação essencial e que, como tal, não pode ser efectuada pelo Tribunal a quo por se encontrar esgotado o seu poder jurisdicional e considerando que o conhecimento da prescrição pode ter lugar a todo o tempo, desde já se requer que este Tribunal da Relação considere a prescrição da contra-ordenação relativa ao concurso público n.º 1/026/1/1/2002, aberto pelo Hospital de São Teotónio, com as consequências necessárias em termos de coima a aplicar à Recorrente.

IV - Da nulidade da Sentença por valoração ilegal de depoimento indirecto, por violação do art.º 129º, n.º 1, in fine, CPP

16 - De acordo com a sentença foi valorado o depoimento da testemunha Carlos Rombo quando a mesma referiu que (fls. 133 e 134) "Ficámos surpreendidos quando fomos contactados pela AdC, na medida em que havia tolerância zero para este tipo de actuações. Confrontámos os preços e constatámos, de facto, um alinhamento suspeito, tendo sido informados pelos Advogados que a nossa responsável (Dra. Ana Agulheiro) havia confessado o alinhamento de preços com outras empresas. Essa a razão de a funcionária ter saído e de termos pago a coima."

17 - Conforme decorre desta citação, o conhecimento da testemunha Carlos Rombo sobre os factos que conduziram à concertação é meramente indirecto - nos termos do Acórdão do TRL n.º 1496/09.0YRLSB-5 - "a testemunha tem conhecimento directo dos factos, quando os percepcionou de forma imediata e não intermediada, através dos seus próprios sentidos". Não foi isto que sucedeu.

18 - O Tribunal a quo não chamou a depor a fonte da informação, ou seja, os advogados que conduziram o processo que levou à cessação do contrato de trabalho da Senhora Ana Carlota Agulheiro, nem se apurou se os mesmos poderiam ou não depor.

19 - Dispõe o artigo 129º, n.º 1 do C.P.P. que "Se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor. Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova (...)".

20 - No entanto, o que sucede nos presentes autos é a valoração pelo Tribunal a quo de um depoimento indirecto que foi valorado de modo a permitir a descredibilização do depoimento de outras testemunhas - Ana Carlota Agulheiro e Pedro Crispim.

21 - Apenas o poderia ter feito se, como referido, tivesse chamado a fonte a depor (e isto mesmo nos casos em que essa fonte se recusa, lícita ou ilicitamente, a prestar depoimento ou, por exemplo, diz de nada se recordar já (nos termos do Acórdão da Relação do Porto no âmbito do processo n.º 0714613).

22 - Em conclusão, o depoimento do Senhor Carlos Rombo, no excerto valorado pelo Tribunal a quo e que respeita à alegada confissão da Senhora Ana Carlota Agulheiro deverá ser considerado como um depoimento indirecto, nos termos e para os efeitos do artigo 129.º do C.P.P., não podendo o mesmo ser valorado e tornando inválida a sentença recorrida.

V - Da Invalidade da Sentença por valoração de documentos redigidos em língua estrangeira



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

23 - Entre os elementos dos autos nos quais o Tribunal a quo se baseia para fundamentar a sua decisão de condenação e que se encontram reproduzidos na sentença, constam dois documentos escritos em língua inglesa - os constantes de fls. 4259 e 4315 dos autos.

24 - Estes documentos não foram objecto de qualquer tradução em sede deste processo.

25 - Documento de fls. 4259 - o próprio Tribunal a quo faz a tradução e retira conclusões da mesma, a fls. 132 da sentença, para depois explicar qual a interpretação que deverá ser feita das expressões "we" e "our".

26 - Documento de fls. 4315 - o próprio Tribunal a quo, a fls. 135 e 136, proceder a uma tradução para língua portuguesa para apurar o sentido a retirar do mesmo. Como aí se afirma: traduz-se "sem pretensões de tradução literal" e "apurando-se o seguinte sentido".

27 - Este segundo documento foi suscitado e valorado apenas em sede da própria sentença; o autor do documento não se pronunciou sobre o mesmo no decurso da audiência de discussão e julgamento.

28 - Dispõe o n.º 1 do artigo 92º do C.P.P. (aplicável ex vi art.º 32º do RGCO) que "nos actos processuais, tanto escritos como orais, utiliza-se a língua portuguesa, sob pena de nulidade" e o n.º 6 que deverá ser nomeado um intérprete "quando se tornar necessário traduzir documento em língua estrangeira e desacompanhado de tradução autenticada".

29 - Para decidir com base nestes documentos teria o Tribunal a quo ter ordenado a sua tradução para língua portuguesa (art.º 166º, n.º 1 e n.º 6 do artigo 92º) - de acordo com o Professor Paulo Pinto de Albuquerque a tradução é "obrigatória quando o documento escrito em língua estrangeira for desacompanhado de tradução autenticada", que era manifestamente o caso.

30 - As nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar (nº1 do artigo 122º do C.P.P.). Assim, a sentença está inquinada, porque afectada pelos meios de prova em causa (nº1 do citado artigo 122º do C.P.P.), sendo, por isso, inválida.

31 - Com efeito, a sentença é inválida porque nela: são reproduzidos documentos em inglês que não encontram tradução junta aos autos; são traduzidos livremente tais documentos para apurar o "sentido dos mesmos" e são utilizados tais documentos para sustentar a decisão de condenação (a esse propósito fls. 129, 131, 132, 134 e 135 da sentença).

32 - Terão os elementos dos autos a fls. 4259 e 4315 ser devidamente desconsiderados na formação da convicção do decisor, nos termos dos artigos 166º, n.º 1 e 92º, n.º 6 do C.P.P. e a sentença devidamente alterada.

33 - Nem se diga que, a Arguida utilizou este documento na sua defesa e que, como tal, a nulidade se deve considerar sanada: o pequeno excerto constante do artigo 573º da impugnação encontra-se em língua inglesa, tal como o documento se encontra na fonte, sem pretensão de tradução.

34 - O Tribunal a quo não utilizou apenas este excerto - citou todo o documento; não utilizou o documento tal como o mesmo se encontra redigido nem ordenou a sua tradução - procedeu a uma tradução livre.

35 - Ou seja, extrapolou conclusões não da interpretação do documento tal qual existe, mas da interpretação da sua tradução livre. Seguindo-se esta opção resta à Arguida a dúvida sobre a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

forma como o Tribunal interpretou aquele documento e se de facto o seu autor explica, ou não, "bem demais".

VI - Da Nulidade da Sentença por o Tribunal não ter apreciado questões que devesse apreciar – artº 379, nº 1, alínea c) CPP.

36 - Na impugnação judicial (arts. 213º a 258º) suscitou a Recorrente a apreciação da inconstitucionalidade do art.º 43º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 18/2003, na interpretação feita pela Autoridade da Concorrência - esta interpretação, fazendo reportar o "volume de negócios" a anos posteriores aos da prática da contra-ordenação, impedia que o agente no momento em que decide praticar o ilícito tenha consciência do limite máximo da coima a que virá eventualmente a estar sujeito, já que ainda nem sequer sabe qual o ano que poderá vir a ser considerado em termos de apuramento do volume de negócios.

37 - Esta questão não foi analisada pelo Tribunal a quo no despacho saneador, no qual se determina que "todas as questões referentes ao mérito do processo e, bem assim, todas as relativas à aplicação das coimas serão consideradas a final."

38 - Também não foi analisada pelo Tribunal a quo na decisão de que agora se recorre. O Tribunal apenas aprecia na sentença a inconstitucionalidade suscitada pela Abbott, por o art.º 43º "não estabelecer um montante máximo da coima." (fls. 162 e 163).

39 - Conforme Acórdão do STJ de 10.12.2009, "a omissão de pronúncia significa, fundamentalmente, ausência de posição ou de decisão do Tribunal sobre matérias em que a lei imponha que o juiz tome posição expressa. Tais questões que o juiz deve apreciar são aquelas que os sujeitos processuais interessados submetem à apreciação do Tribunal (...)."

40 - Nos autos foi suscitado um problema/ uma questão que teria de ter sido analisada pelo Tribunal a quo e não foi.

41 - Nem se pode considerar que a questão suscitada pela Recorrente em sede de impugnação judicial esteja prejudicada por outra decisão constante da sentença, precisamente porque o Tribunal a quo faz exactamente a mesma interpretação da lei que a Autoridade da Concorrência tinha feito, limitando a coima a aplicar pelo volume de negócios de anos posteriores ao ano em que ocorreram as contra-ordenações pelas quais a Arguida foi condenada.

41 - Com efeito, considerou o Tribunal que estamos perante uma pluralidade de infracções (fls. 160) e que o volume de negócios a considerar é o "volume total de negócios que cada Arguida obteve durante o ano da cessação da prática dos ilícitos" (fls. 162).

42 - A conclusão lógica que se imporia, se o Tribunal a quo considera que cada contra-ordenação é autónoma e tem de ser encarada de per si, seria a de considerar que para as contra-ordenações praticadas em 2002 há que atender ao volume de negócios de 2002, e que para as contra-ordenações praticadas em 2003 há que atender ao volume de negócios de 2003.

43 - O Tribunal a quo conclui de modo diferente: há concurso efectivo de 27 contra-ordenações; umas foram praticadas em 2002 e outras em 2003; mas o limite a considerar é de € 1.174.768,93 ("correspondente a 10% do seu volume de negócios de 2003, por este ser o ano em que cometeu o último ilícito!!! (fls. 163)

44 - Assim, a inconstitucionalidade apontada à interpretação que a Autoridade da Concorrência fazia do art.º 43º também se verifica na interpretação que o Tribunal a quo faz do



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mesmo preceito, não tendo a questão suscitada em sede de impugnação ficado prejudicada pela sentença de que se recorre - muito pelo contrário.

44 - Verifica-se, deste modo, que a sentença proferida é nula, nos termos do preceituado no art.º 379º, n.º 1, alínea c) do CPP, vício que se invoca para todos os efeitos legais.

Sem conceder no que se reporta à nulidade da sentença e por mera cautela de patrocínio, ainda se dirá que:

VII - Da Inconstitucionalidade do artº 43º da Lei nº 18/2003, na interpretação que lhe é dada pelo Tribunal a quo.

45 - Conforme referido, o Tribunal a quo considera que há concurso efectivo de 27 contra-ordenações; que umas foram praticadas em 2002 e outras em 2003 e que a prática de cada contra-ordenação se verifica no momento da apresentação da proposta em cada concurso.

46 - Mais diz o Tribunal a quo, que a Menarini praticou 20 contra-ordenações entre os dias 3 de Janeiro e 18 de Dezembro de 2002.

47 - Concluindo que a estas 20 contra-ordenações praticadas em 2002 (veja-se a título exemplificativo o Hospital de São Teotónio, concurso 1/026/1/1/2002, com proposta da Menarini no dia 3 de Janeiro de 2002), a coima é determinada pelo volume de negócios de 2003 !!!

48 - Esta interpretação levaria a conclusões verdadeiramente absurdas: suponhamos esta mesma contra-ordenação de Janeiro de 2002; suponhamos também que estamos no decurso do ano de 2006 e que a Arguida neste ano (de 2006) teria praticado outra contra-ordenação. Aplicando este raciocínio, seríamos levados a concluir que há uma contra-ordenação que está quase a prescrever - a de 2002 - mas à qual ainda não podemos determinar a coima a aplicar porque o volume de negócios a considerar é o do ano de 2006, ano em que teria sido praticado o último ilícito.

50 - Assim, a interpretação do Tribunal a quo é a seguinte: **"Existindo concurso efectivo de contra-ordenações praticadas em diversos anos, o "último ano" a que se refere o artigo 43º, n.º 1, da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, é o ano em que tiver sido concretizada a última das infracções que o agente decidiu praticar."**

51 - Esta interpretação implica que, no momento da prática das infracções seja absolutamente impossível ao agente saber qual é o limite máximo da coima a que virá eventualmente a estar sujeito, já que ainda nem sequer sabe qual o ano que poderá vir a ser considerado em termos de apuramento do volume de negócios.

52 - A interpretação que o Tribunal a quo faz do artigo 43º, n.º 1, alínea a) da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, é grosseiramente violadora do princípio da legalidade e inconstitucional, (violando, desde logo, a violação do art.º 29º CRP e, inclusive, o art.º 7º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) por impedir que o agente no momento em que decide praticar a contra-ordenação tenha consciência das consequências daí decorrentes,

54 - Ficando tais consequências — nomeadamente o cálculo do valor máximo da coima que poderá ter de vir a suportar — inteiramente dependentes de pura e simples futurologia - tentar antecipar o último ano em que o agente virá a decidir concertar preços.

55 - Inconstitucionalidade que se deixa invocada para todos os efeitos legais. Sem conceder.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

VIII - Da Nulidade da Sentença por falta de fundamentação (art. 379º, n.º 1, alínea a) CPP (Da inexistência de motivação de facto e de direito quanto a cada uma das alegadas práticas concertadas)

56 - No âmbito do art.º 4º da Lei 18/2003 estão tipificadas determinadas acções como traduzindo a prática de contra-ordenações.

57 - Para o Tribunal poder concluir se existe ou não prática concertada terá de ter considerado provado que: existem agentes (a identidade das pessoas envolvidas na concertação é um dos elementos constitutivos do tipo); foi desenvolvida uma acção consistente num acordo ou prática concertada entre empresas ou em decisão de associação de empresas (o Tribunal terá de demonstrar qual o acordo ou prática concertada existente); a acção desenvolvida terá tido por efeito ou por objecto impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência (imputando, o Tribunal, objectivamente, o resultado à conduta) e o objecto ou efeito anti-concorrencial deverá ter atingido todo o mercado nacional ou parte dele.

58 - É esta subsunção que o Tribunal terá que efectuar na fundamentação da sentença (art.º 374º, n.º 2 CPP). O dever de fundamentação mostra-se consignado nos arts. 205º, n.º 1 CRP e 97º, n.º 5 CPP, encontrando-se conexionado com as garantias de defesa do arguido, incluindo o recurso (art.º 32º, n.º 1 CRP).

59 - A fundamentação tem de permitir acompanhar, de modo linear, a forma como se desenvolveu o raciocínio que culminou com a decisão sobre a matéria de facto e também sobre a matéria de direito, de modo a que seja possível o reexame do processo lógico ou racional que conduziu a que a convicção do Tribunal se formasse num determinado sentido.

60 - Ora, o Tribunal a quo considera que existem 27 contra-ordenações em concurso efectivo. Assim, teria necessariamente o Tribunal a quo que verificar para cada uma das contra-ordenações se estavam preenchidos os elementos que constituem o tipo, fundamentando as suas conclusões na sentença proferida.

62 - MAS, o Tribunal a quo não o faz! Antes fundamenta a decisão como se efectivamente estivessemos perante uma contra-ordenação continuada - limita-se a verificar o conjunto dos elementos constitutivos do tipo previsto no art.º 4º da Lei n.º 18/2003 para os diversos concursos em que considera existir prática concertada, na sua globalidade, como se fossem um todo incidível.

63 - Assim considera que: os receios e modo de prevenir a baixa de preços no sector farmacêutico voltaram a ser discutidos entre as cinco concorrentes em outras datas não concretamente apuradas; nesses contactos as cinco concorrentes acertavam os preços a praticar; as Arguidas - as cinco - são sociedades comerciais que exercem o comércio (fls. 146); a existência da prática concertada resulta do alinhamento dos preços praticados pelas Arguidas - as cinco - ao longo de anos (fls. 149); as arguidas - as cinco - reduziram ou eliminaram as incertezas quanto ao comportamento das restantes no mercado em que operavam (fls. 149); as arguidas - as cinco - falsearam os preços em alta (fls. 151); as cinco actuaram na sequência de uma estratégia conjuntamente delineada e concretizada de modo deveras relevante e significativo, porquanto actuaram em múltiplos hospitais sítos nos mais diversos pontos do país (fls. 151).

64 - Ou seja, mesmo no que se refere ao tipo de resultado/ dano (afectar de forma sensível a concorrência), o Tribunal a quo considera o mesmo como demonstrado, afirmando que houve afectação sensível porque as arguidas actuaram, no conjunto dos concursos - olhando para os mesmos como um todo - em múltiplos hospitais nos mais diversos pontos do país.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

65 - Assim, há absoluta falta de fundamentação da sentença porque na mesma o Tribunal não procede a uma exposição dos motivos de facto e de direito que levam a concluir pela existência de cada uma das 27 contra-ordenações.

66 - A única referência aos factos considerados provados para cada uma destas contra-ordenações está a fls. 19 a 104 da sentença - elencam-se os preços praticados para cada um destes concursos: dados que são objectivos; que as Arguidas não negam e que, no máximo, espelham um paralelismo de comportamentos.

67 - Esta ausência de fundamentação traduz-se nas contradições a que o Tribunal chega na decisão e que são patentes.

68 - Vejamos, quanto ao agente da infracção: o Tribunal diz que o agente são as cinco arguidas. Mas isto é contraditório porque em muitos dos concursos: A) o Tribunal considera que a Menarini não se concertou, não a condenando mas condenando as restantes Arguidas; B) ou o Tribunal considera que a Menarini se concertou mas não condena por prática concertada algumas das outras Arguidas !

69 - A ser assim, afinal quem é em cada concurso o agente da infracção? Não são as cinco? Então porque é que não são as cinco condenadas ou absolvidas? Com quem é que a Menarini se concertou?

70 - Por exemplo, das conclusões do Tribunal a quo quanto aos concursos público n.º 110031/2003 do Hospital Geral de Santo António (cfr. decisão da AdC; decisão do Tribunal a quo e fls. 33 da sentença); n.º 2-1-0241/02 do Hospital de Santo António dos Capuchos; público n.º 1/2004 do Hospital Doutor José Maria Grande (cfr. decisão da AdC; decisão do Tribunal a quo de fls. 46 e 47 da sentença); público n.º 0137/04 do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia (cfr. decisão da AdC; decisão do Tribunal a quo e fls. 51 da sentença); público n.º 110013/2004 do Hospital do Espírito Santo de Évora (cfr. decisão da AdC; decisão do Tribunal a quo e fls. 94 da sentença), resulta que o agente da infracção não podem ser as cinco!!!

71 - A Abbott é condenada em concursos em que a Menarini não é condenada (exemplo, com a consulta prévia n.º 610473/03, aberta pelos Hospitais da Universidade de Coimbra) e a Menarini também é condenada em concursos em que a Abbott não o é (concurso público n.º 110031/2003, aberto pelo Hospital de Santo António, no Porto; consulta prévia n.º 610158/03, aberta pelos Hospitais da Universidade de Coimbra; concurso público n.º 110013/2003, aberto pelo Hospital de Espírito Santo, em Évora; concurso público internacional n.º 1/2004, aberto pelo Hospital Doutor José Maria Grande).

72 - A ser assim, nestes concursos com quem é que as Arguidas Menarini e Abbott se concertaram? Não há uma única linha na sentença em que o Tribunal indique que agentes se concertaram em que concursos.

73 - Vejamos quanto ao acordo ou prática concertada: o Tribunal não fundamenta porque é que considera que há acordo entre os cinco agentes da infracção nem no que é que se traduz tal acordo.

74 - Esta falta é tão mais notória nos concursos em que algumas das Arguidas se apresentam com preços diversos (considera o Tribunal que houve acordo prévio para apresentação desses preços? Nada é dito) ou em que algumas das Arguidas não apresentam proposta (considera o Tribunal que não estiveram na reunião? A sentença conclui o contrário...)

75 - Vejamos também quanto ao efeito, ou seja, a restrição sensível da concorrência. Porque é que o Tribunal considera que existe uma restrição sensível no Concurso do Hospital de São



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Teotónio? Ou em qualquer um dos outros? Nem uma linha a este respeito - quando, reitere-se, o Tribunal considera que existe concurso efectivo de contra-ordenações e não uma contra-ordenação continuada.

76 - Por último, vejamos no que se reporta à eliminação da incerteza de mercado no comportamento futuro das concorrentes. Como é que se pode afirmar que nos concursos públicos n.º 110031/2003 do Hospital Geral de Santo António; público n.º 1/2004 do Hospital Doutor José Maria Grande; público n.º 01-37/04 do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia; público n.º 110013/2004 do Hospital do Espírito Santo de Évora as cinco Arguidas eliminaram nas reuniões que os antecederam a incerteza quanto ao comportamento das outras concorrentes se nestes mesmos concursos, o que resulta dos autos é que duas ou três das Arguidas não se concertaram?

77 - Na verdade, quanto àquelas que não se concertaram não se pode dizer que há eliminação da incerteza - são duas constatações contraditórias entre si.

78 - Novamente, trata-se de um elemento que o Tribunal considera demonstrado em termos gerais, mas nada fundamenta quanto a cada uma das contra-ordenações em concurso efectivo.

79 - Resulta assim evidente a falta de fundamentação da sentença, por falta da indicação dos motivos de facto e de direito que levaram à condenação da Arguida Menarini na prática de cada uma das 27 contra-ordenações em concurso efectivo, vício que se deixa invocado para todos os efeitos legais.

80 - Note-se que não se pode defender que, existindo várias contra-ordenações autónomas entre si, em concurso efectivo, o art.º 97º, n.º 5 CPP deveria ser interpretado no sentido de o juiz estar dispensado de, na sentença, fundamentar a existência dos diversos elementos que integram o tipo de ilícito para cada contra-ordenação de per si, seguindo a mesma lógica que se seguiria para a fundamentação de uma sentença em que existe uma contra-ordenação continuada,

81 - Uma vez que tal interpretação do art.º 97º, n.º 5 seria manifestamente inconstitucional à luz do art.º 205º da Constituição da República Portuguesa, o que se deixa, nesta sede, devidamente invocado.

82 - Assim, não se entendendo que existe nulidade da sentença - o que se admite por mera cautela de patrocínio - sempre se terá de concluir que a interpretação que resulta da sentença recorrida no que se refere ao art.º 97º, n.º 5 C.P.P., é manifestamente inconstitucional, por violação dos art.ºs 32º e 205º da Constituição da República Portuguesa, violando ainda o art.º 7º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Sem conceder

IX - Da Nulidade da Sentença por falta de fundamentação - art.º 379, n.º 1, alínea a) CPP (Aplicação da Lei mais Favorável e da Medida Concreta da Coima)

83 - As contra-ordenações em análise nos autos foram alegadamente praticadas à luz de dois regimes diversos: a Lei 18/2003 e o Decreto-Lei 371/93.

84 - Assim sendo e como se reconhece na sentença proferida é essencial individualizar cada uma das infracções, de acordo com as datas em que foram praticadas e confirmar o regime legal aplicável relativamente a cada uma delas, nos termos do art.º 3º n.º 1 e n.º 2 do RGCO e do n.º 4 do art.º 2º do CP (aplicável por força do art.º 32º do RGCO).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

85 - O tribunal a quo propõe-se, nos termos do artº 2º, nº 4 CP, analisar, ao longo da decisão, qual o regime legal que em concreto é mais favorável. No entanto, apesar de bem enunciar o seu propósito, o Tribunal a quo não o alcançou minimamente.

86 - Com efeito, como veremos, limita-se o Tribunal a apresentar a sua conclusão final, sem contudo proceder ao raciocínio lógico devido, que justifique a escolha pelo regime em seu entender mais favorável, nem ao cálculo das coimas concretamente aplicáveis ao abrigo de cada um dos regimes.

87 - De acordo com o Acórdão do TRL de 25-05-1999, "Em caso de sucessão de leis penais no tempo, o intérprete deve optar pelo regime mais favorável ao agente, depois de proceder à comparação global dos diferentes regimes aplicáveis." — (www.dqsi.pt)

88 - Ou seja, não basta a indicação das normas infringidas - há que proceder à análise de ambos os regimes em concurso relativamente às contra-ordenações praticadas antes da publicação e entrada em vigor da Lei nº 18/2003 de 11.06.

89 - Cumpre referir, desde logo, que o Tribunal a quo, na apreciação que faz quanto à coima a aplicar a cada uma das Arguidas e assim dos limites máximos e mínimos para cálculo do montante dessa coima, aplica de forma cumulativa os dois regimes legais em concurso: aplicação do disposto no art.º 37.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 371/93. de 29 de Outubro, limitado pelo disposto no art.º 43º, n.º 1 da Lei 18/2003.

90 - Não pode a Recorrente concordar com o raciocínio plasmado na sentença recorrida, porquanto o mesmo desvirtua por completo o entendimento que tem sido seguido na interpretação do disposto no artigo 3º do RGCO e ainda do artigo 2º do CPP (aplicável por força do artigo 32º do RGCO) no que diz respeito à sucessão de leis no tempo e aplicação do regime mais favorável.

91 - Na escolha do regime mais favorável a aplicar, em cumprimento do disposto nos artigos 3º do RGCO e 2º do CPP, o julgador deverá sempre analisar cada um dos regimes em concurso como um bloco, e não como um simples conjunto de diversas disposições normativas aplicáveis de forma separada.

92 - Esta análise deverá incluir, não só eventuais alterações no tipo do ilícito contra-ordenacional em causa, mas também nos elementos que condicionam a aplicação da coima e ainda o cálculo da medida da coima concreta a aplicar (art.º 18º do RGCO e 71º do CPP).

93 - Saliente-se, a este respeito, o Acórdão da Relação do Porto de 10.09.2008: "Em matéria de sucessão de Leis Penais, a aplicação unitária (em bloco) da mais favorável, constitui princípio assente, e indiscutível. Daí que, enquanto no domínio do Código de 1886 se falava em "pena mais leve" e no Projecto de 1963 em "normas mais favoráveis", no Código Penal de 1982 (e a partir daí, nas suas sucessivas versões), e com o intuito de tornar claro aquele princípio, se utilize a expressão "regime mais favorável ao agente". Justifica-se o mesmo, explicando-se que caso se fosse buscar, a cada uma das Leis em sucessão, as normas mais favoráveis, estar-se-ia a criar uma terceira Lei, diferente das duas existentes, assim se arvorando o intérprete e aplicador do Direito em Legislador."

94 - Ou seja, o julgador não pode aplicar de forma selectiva as normas de um e outro regime a uma mesma contra-ordenação, baseando-se no critério de "lei mais favorável" e assim, não podia o tribunal a quo misturar ou combinar as diferentes normas de regimes concorrentes, entendendo que a medida concreta da coima a aplicar deverá ser feita de acordo com o regime



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

vigente na lei antiga, tendo porém como limite máximo o que consta do novo regime legal (cfr. fls. 162, ponto 4).

95 - No mesmo sentido, seguem os Conselheiros Manuel Simas Santos e Jorge Lopes de Sousa em comentário ao artigo 3º do RGCO.

96 - O Tribunal concluiu que os elementos que contribuem para a determinação da medida concreta da coima previstos em ambos os regimes legais em análise, nos termos do disposto no art.º 18º do RGCO, em nada diferem. Como tal, também conclui que a escolha do regime mais favorável não poderá ser aferida tendo como base estes conceitos.

97 - Concordamos.

98 - No entanto, logo conclui que "Ponderados, pois, os critérios de determinação abstracta e concreta ao abrigo de ambas as leis, afigura-se-nos evidente que a aplicação da nova LdC se relevaria desfavorável para as arguidas nas infracções praticadas durante a vigência da LdC antiga - ou seja, nas infracções praticadas até 15/06/2003 no território continental e até 25/06/2003 nas regiões autónomas. Consequentemente, e por manifesta inexistência de lei mais favorável, o Tribunal aplicará a cada uma das infracções a lei vigente no momento da prática do facto."

99 - É este o raciocínio seguido na sentença! Ora, resulta evidente a impossibilidade de se perceber porque motivo é que o Tribunal considera que não há uma lei mais favorável.

100 - O Tribunal não se preocupou sequer em demonstrar relativamente a cada uma das Arguidas e tendo em conta cada uma das contra-ordenações em concurso o motivo, ou motivos, que lhe permitem concluir que a aplicação do regime da Lei 18/2003 não é mais favorável do que o regime do Decreto-Lei nº 371/93 de 29.10, para as infracções praticadas durante o período de vigência deste último diploma.

101 - Não basta ao julgador uma apreciação da medida abstracta aplicável em cada uma das contra-ordenações, conjugada com os elementos que devem ser considerados no cálculo da medida concreta da coima a aplicar se, no final, o mencionado "trabalho de determinação da respectiva medida concreta" referido na sentença não é sequer concluído!

102 - Caberia sim ao tribunal a quo, relativamente a cada uma das 23 infracções sobre as quais pende a dúvida sobre qual o regime aplicável, realizar o cálculo da medida concreta da coima a aplicar em cada um dos regimes possíveis.

103 - Veja-se os Conselheiros Manuel Simas Santos e Jorge Lopes de Sousa (comentário ao artigo 3º do RGCO): "Tratando-se de regime concretamente mais favorável isso significa que se torna necessário fazer separadamente os dois ou mais cálculos das sanções aplicáveis (face a todas as leis que se sucederam no tempo), escolhendo-se e determinando a medida da sanção a aplicar in concreto com cada uma das leis em presença e que se atenda não só à sanção mas também ao regime globalmente aplicável." A mesma opinião têm os juízes desembargadores do Tribunal da Relação do Porto no Acórdão de 10.09.2008.

103 - A correcta aplicação do disposto no artigo 3º, nº 2, do RGCO, implicaria necessariamente que para as infracções praticadas antes da entrada em vigor da Lei nº 18 2003. de 11.06, o tribunal a quo tivesse confrontado: o limite máximo consagrado pelo regime de 1993 com o resultado obtido caso aplicasse a essas infracções o regime de 2003 (o que fez) e os resultados do cálculo da coima que em concreto seria aplicável em cada uma das contra-ordenações em concurso de acordo com cada um dos regimes, excluindo aquele que conduzissem à aplicação de coima mais gravosa (o que não fez).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

104 - Na sentença, a única determinação da medida concreta da coima é feita já depois de se ter concluído que a Lei 18/2003 não seria mais favorável (fls. 168).

105 - O Tribunal a quo concluiu que o regime legal da Lei n.º 18/2003 de 11.06 não seria mais favorável limitando-se para isso a ponderar "(...) os critérios de determinação abstracta e concreta ao abrigo de ambas as leis" e não o resultado desse processo de determinação concreta da coima a aplicar em cada contra-ordenação.

106 - Por outro lado, o Tribunal a quo entendeu que "(...) a lei aplicável ao cúmulo jurídico de coimas é aquela que estiver em vigor no momento da decisão. Tão só."

107 - Pelo contrário! Não pode o julgador aplicar uma coima, nos termos de um diploma, tendo como limites máximos de aplicação da mesma e como critérios para estabelecimento do cúmulo os que se encontram definidos num outro diploma - isso seria desvirtuar por completo o que se encontra previsto no artigo 3.º, n.º 2 do RGCO.

108 - Deveria o Tribunal a quo ter aplicado, relativamente a cada uma das contra-ordenações, as regras de apenas um regime legal, não só na medida concreta da coima a aplicar, mas também no que diz respeito aos limites do cúmulo jurídico.

109 - Mais, o Tribunal não demonstra ou alega que a coima aplicável não excede o limite máximo imposto na lei: fica a dúvida quanto ao resultado dos cálculos realizados pelo tribunal a quo tendo como referência a conclusão da aplicação única do limite que surge da conjugação do disposto no artigo 19.º do RGCO e do artigo 43.º, n.º 2 da Lei 18/2003 de 11.06. ou seja, 20% do volume de negócios do último ano.

110 - Em suma: não pode a Recorrente concordar com a decisão proferida porquanto a mesma é desprovida de fundamentos de facto e de direito, resultando de uma mistura de normativos legais de regimes diferentes que, de forma alguma, podem ou mesmo devem ser aplicados em conjunto relativamente a uma mesma contra-ordenação, transformando as leis novas e antigas numa manta de retalhos que vamos tecendo a sabor de cada caso concreto.

111 - O Tribunal a quo não fundamentou os critérios utilizados, e pelos quais se guiou na determinação da coima aplicável, em cada uma das contra-ordenações em causa. Consequentemente, a sentença recorrida é nula, nos termos do disposto nos art.ºs 379.º, n.º 1, al. a) e 374.º, n.º 2 do CPP, violando o dever de fundamentação da sentença consignado nos art.ºs 205.º, n.º 1 CRP e 97.º, n.º 5 CPP.

X - Da Nulidade da Sentença por falta de fundamentação - art.º 379, n.º 1, alínea a) CPP (Testemunhas ouvidas em sede de audiência de julgamento)

112 - O Tribunal a quo justifica a decisão condenatória da seguinte forma: "O Tribunal formou a sua convicção com base na análise crítica que fez dos documentos juntos e do teor dos depoimentos das testemunhas arroladas." (fls. 114 da sentença). Tal afirmação resulta contraditória com o que mais se encontra escrito.

113 - Constatação prévia: a sentença menciona que a convicção foi formada com base nos "depoimentos das testemunhas arroladas" - sucede que, nem todas as testemunhas arroladas foram ouvidas. Tal referência resultará certamente de lapso de escrita.

114 - Com excepção das testemunhas Ana Carlota Aguilheiro, Pedro Crispim e Carlos Rombo — que mereceram alguns comentários do Tribunal a quo — nenhum outro depoimento foi valorado, ou sequer foram apontados os motivos pelos quais não foram atendidos na formação da convicção do Tribunal a quo.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

115 - Através da omissão da sentença quanto à prova testemunhal, fica-nos a firme convicção da inutilidade da audiência de discussão e julgamento para formação da convicção do julgador - a decisão do Tribunal a quo equivale, na realidade, a uma decisão por simples despacho (que tivesse dispensado o julgamento), a que as Arguidas se opuseram nos termos do preceituado no art.º 64º, n.º 2 RGCO.

116 - Na verdade, face ao teor da sentença, **bastou a mera análise dos documentos constantes dos autos, para que o Tribunal decidisse** (veja-se fls. 131 donde se retira que o Tribunal reservou os fundamentos da sua convicção apenas à prova documental).

117 - Com efeito, não obstante a extensão da produção de prova testemunhal ocorrida a instâncias do julgamento, na sentença não consta uma linha sobre o depoimento de nove das testemunhas inquiridas e nem uma linha quanto às testemunhas arroladas pela defesa.

118 - Aceitamos que o Tribunal não tenha, em geral, de elencar todos os depoimentos prestados e explicitar o que foi ou não ponderado em cada um, indicando o porquê.

119 - Mas, é preciso considerar o seguinte: as afirmações constantes da sentença a fls. 130 no que se refere ao facto de todas as testemunhas terem negado a existência de receios, apontariam para uma absolvição da Arguida.

120 - Todavia, a fls.131 da sentença, este raciocínio é interrompido e promove-se uma inversão integral da conclusão retirada anteriormente: desconsidera-se a prova testemunhal e reputam-se por mais verdadeiros os elementos escritos constantes nos autos, justificando o Tribunal a sua motivação com o princípio da livre apreciação da prova, consagrado no artigo 127º do C.P.P..

121 - Ora, se o Tribunal afirma que em comparação com a prova testemunhal **"reputámos por mais verdadeiros os elementos constantes dos autos"** (fls. 131), tem de fundamentar tal conclusão - ou seja, teria de explicar porque motivo é que os documentos constantes dos autos lhe mereceram mais credibilidade do que o depoimento de todas as testemunhas arroladas pela defesa.

122- Concorde-se, em geral, com o Acórdão da Relação do Porto (Processo n.º 99 2001) citado na sentença recorrida.

123- **MAS**, o problema surge porque no caso sub iudice não constam da fundamentação quaisquer considerações relativas à valoração dos depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa: **não se diz que as mesmas não foram creíveis; não se diz que o depoimento se deverá considerar como não revestindo idoneidade; diz-se apenas "reputam-se mais verdadeiros os documentos"**, o que não se pode, obviamente, considerar como sendo suficiente.

124- Veja-se neste sentido o Acórdão STJ (em sede do processo n.º22/07.0GACUB.E1.S1) ou a opinião do Professor Eduardo Correia: o princípio da livre apreciação da prova tem como limite o dever de fundamentação - tem de se poder apreciar em via de recurso a violação de leis na apreciação da prova o que conduz à necessidade de motivar as decisões em matéria de facto.

125 - O princípio da livre apreciação da prova exige que o tribunal decida com base em convicção objectivável e motivável, capaz de impor-se aos outros — aos intervenientes processuais, ao arguido e à própria sociedade. De acordo com o Ac. do TRL (processo n.º 130/2007-9) "A exigência da motivação da decisão não se destina a obter a exteriorização das razões psicológicas da convicção do juiz, mas a permitir que o juiz convença os terceiros da correcção da sua decisão. Através da fundamentação, o juiz passa de convencido a convincente."



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

126 - E é com este sentido — não mais amplo — que deve ser interpretado o artigo 127º do C.P.P., que expressamente consagra o princípio da livre apreciação da prova, ao ditar que "salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente".

127 - De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça referente ao processo n.º 22/07.0GACUB.E1.S1, "A fundamentação surge como uma garantia de racionalidade, imparcialidade e ponderação da própria decisão judicial, como um elemento imprescindível de auto-controlo judicial, mormente quanto à apreciação dos argumentos da defesa, da livre convicção do juiz em matéria probatória, bem como da interpretação e aplicação do direito, com destaque para as suas consequências jurídicas".

128 - No entanto, como já afirmado, na decisão recorrida não encontramos qualquer menção ao exame que conduziu ao afastamento da valoração da prova testemunhal produzida - não descortinamos, ao longo das 172 páginas, sequer uma breve menção aos testemunhos supra mencionados, quanto mais um exame crítico dessa prova, exigido pelo art.º 374º, n.º 2 CPP.

129 - Assim, se o Tribunal a quo conclui - como conclui - que os documentos lhe mereceram maior credibilidade do que a prova testemunhal, teria de ter expostos os motivos que o levaram a considerar que as testemunhas não foram credíveis.

130 - A ausência do referido exame crítico da prova produzida consubstancia uma nulidade da sentença, nos termos do artigo 379º, n.º 1 alínea a), porquanto falta à decisão o aprofundar do elemento essencial que é a fundamentação, nulidade que se deixa devidamente invocada e sobre a qual este Tribunal se deverá pronunciar.

Sem conceder

XI - Da Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada (art. 410º, n.º 2, alínea a)) Código de Processo Penal e da violação do dever de fundamentação da sentença quanto ao concurso público n.º 110009/04, aberto pelos Hospitais da Universidade de Coimbra

131 - Dispõe o art.º 410º, n.º 2 do Código de Processo Penal que, mesmo nos casos em que a lei restrinja a cognição do Tribunal de recurso a matéria de direito, o recurso pode ter como fundamentos, desde que o vício resulte do texto da decisão recorrida, a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

132 - Como resulta do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.10.2008 (www.dgsi.pt), segundo o Professor Germano Marques da Silva, no tocante à alínea a) do art.º 410º CPP é necessário que "a matéria de facto dada como provada não permita uma decisão de direito, necessitando de ser completada. Antes de mais, é necessário que a insuficiência exista internamente, dentro da própria sentença ou acórdão", verificando-se uma "lacuna no apuramento da matéria de facto necessária à decisão de direito".

133 - Considera o Tribunal a quo (cfr. fls. 159 da sentença) que a Recorrente praticou quatro contra-ordenações ao abrigo da Lei n.º 18/2003, violando o art.º 4º, n.º 1, alínea a) da referida lei nos concursos: público internacional n.º 1/2004, aberto pelo Hospital Doutor José Maria Grande; público n.º 01-37/04, aberto pelo Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia; público n.º 110009/04, aberto pelos Hospitais da Universidade de Coimbra; público internacional n.º 110013/2004, aberto pelo Hospital de Espírito Santo, em Évora.

134 - Mais esclarece que "por manifesta inexistência de lei mais favorável, o Tribunal aplicará a cada uma das infracções a lei vigente no momento da prática do acto" (fls. 168 da sentença).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

135 - O que significa que o Tribunal decide com base na convicção que as quatro contra-ordenações acima mencionadas foram praticadas após 16.06.2003, data de entrada em vigor da Lei n.º 18/2003.

136 - Tal conclusão não se encontra minimamente sustentada na matéria de facto considerada como provada.

137 - No que se reporta ao concurso público n.º 110009/04, aberto pelos Hospitais da Universidade de Coimbra, a matéria de facto considerada como provada encontra-se nos pontos 169 a 172 da decisão, a fls. 73 e 74.

138 - A qual considera como provado que as propostas foram abertas no dia 13 de Outubro de 2003, mas não considera provada a data em que foi apresentada pela Menarini a proposta respectiva (cfr. alínea b) do ponto 169), nem a data em que o concurso foi lançado (o que permitiria concluir que a proposta teria necessariamente de ser posterior).

139 - No entanto, é o próprio Tribunal a quo que afasta a possibilidade de se considerar como data da prática da infracção a data de abertura das propostas dos concursos [fls. 13: "correspondendo essa prática, no caso dos autos, à apresentação das propostas nos procedimentos concursais (e não à abertura das mesmas)."]

140- Deste modo, torna-se evidente a insuficiência da matéria de facto considerada como provada para sustentar a decisão de que a Menarini apresentou esta proposta após o dia 16 de Junho de 2003,

141 - O que inquina, obviamente, a decisão proferida quanto a esta contra-ordenação em concreto. Sempre terá este Tribunal, nos termos do preceituado no art.º 426º, de revogar a decisão reenviando o processo para julgamento, por só assim se poder determinar qual a norma legal alegadamente infringida e qual a coima a aplicar.

142 - Tanto mais quando a coima estabelecida por cada contra-ordenação alegadamente praticada ao abrigo da Lei n.º 18/2003 é superior à coima estabelecida por cada contra-ordenação alegadamente praticada ao abrigo da Lei anterior.

143 - Verifica-se que, neste particular, o tribunal a quo não cumpriu o dever de fundamentação da sentença que se encontra consignado nos art.ºs 205º, n.º 1 da CRP e 97º, n.º 5 CPP, vício que se deixa invocado para todos os efeitos legais.

XII - Da Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada (art.º 410, nº 2, alínea a) do Código de Processo Penal e da violação do dever de fundamentação da sentença quanto ao Concurso Público n.º 5/2003, aberto pelo Hospital Distrital de Faro.

144 - Considera o Tribunal a quo que a Recorrente praticou, no âmbito deste concurso público, uma contra-ordenação, consistente na violação do artº 2º, nº 1, alínea a) do Decreto-Lei nº 371/93, de 29 de Outubro, decidindo que não se encontra prescrita.

145 - Sendo certo que o prazo de prescrição "contar-se-á a partir da respectiva apresentação [da proposta]".

146 - Declara também o Tribunal que é de concluir "que se encontram prescritas todas as infracções alegadamente praticadas pelas Arguidas até 28 de Dezembro de 2001." (fls. 14)



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

147- Quanto às demais esclarece o Tribunal que "concluimos que ainda não decorreu o prazo global de prescrição para as contra-ordenações praticadas posteriormente a 28/12/2001" (fls. 14 e 16 da sentença).

148 - Assim, conclui o Tribunal que esta contra-ordenação não se encontra prescrita porque considera a proposta foi apresentada neste concurso após o dia 29.12.2001.

149 - Tal conclusão não se encontra porém minimamente sustentada na matéria de facto considerada como provada.

150 - No que se reporta ao concurso público n.º 5/2003, aberto pelo Hospital Distrital de Faro, a matéria de facto considerada como provada encontra-se nos pontos 244 a 246 da decisão, a fls. 97 e 98.

151 - A decisão considera como provado que as propostas foram abertas no dia 29 de Agosto de 2002, mas não considera provada a data em que foi apresentada pela Menarini a proposta respectiva (cfr. alínea b) do ponto 244), nem a data em que o concurso foi lançado (o que permitiria concluir que a proposta teria necessariamente de ser posterior).

152 - No entanto, é o próprio Tribunal a quo que afasta a possibilidade de se considerar como data da prática da infracção a data de abertura das propostas dos concursos, como refere expressamente a fls. 13.

153 - Deste modo, torna-se evidente a insuficiência da matéria de facto considerada como provada para sustentar a decisão de que a Menarini apresentou esta proposta após o dia 29.12.2001, o que inquina, obviamente, a decisão proferida quanto a esta contra-ordenação em concreto.

154 - Deste modo, sempre terá este Tribunal, nos termos do preceituado no art.º 426º, de revogar a decisão quanto a esta contra-ordenação em concreto, reenviando o processo para novo julgamento no tribunal a quo, de modo a que se demonstre a data em que terá sido alegadamente praticada a contra-ordenação em causa, por só assim se poder determinar qual se a contra-ordenação em causa se encontra ou não prescrita.

155 - Verifica-se que, neste particular, o tribunal a quo não cumpriu o dever de fundamentação da sentença que se encontra consignado nos arts. 205º, n.º 1 da Constituição da República e 97º, n.º 5 do Código de Processo Penal, o qual se mostra intimamente conexionado com as garantias de defesa do Arguido, incluindo o recurso, consagradas no art.º 32º, n.º 1 da Constituição.

XIII - Da Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada (art.º 410, nº 2, alínea a)) Código de Processo Penal e da violação do dever de fundamentação da sentença quanto ao concurso público n.º 110009/2003, aberto pelos Hospitais da Universidade de Coimbra.

156 - Por motivos de economia processual, dão-se nesta sede por reproduzidos os pontos 144 a 155 supra.

157 - Sendo certo porém que, no que se reporta ao concurso público n.º 110009/2003, aberto pelos Hospitais da Universidade de Coimbra, a matéria de facto considerada como provada encontra-se nos pontos 159 a 162 da decisão, a fls. 68 e 69.

158 - A qual considera como provado que as propostas foram abertas no dia 14 e 17 de Outubro de 2002, mas não considera provada a data em que foi apresentada pela Menarini a proposta respectiva (cfr. alínea b) do ponto 159), nem a data em que o concurso foi lançado (o que permitiria concluir que a proposta teria necessariamente de ser posterior).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

159 - Deste modo, torna-se evidente a insuficiência da matéria de facto considerada como provada para sustentar a decisão de que a Menarini apresentou esta proposta após o dia 29.12.2001, o que inquina, obviamente, a decisão proferida quanto a esta contra-ordenação em concreto.

160 - Deste modo, sempre terá este Tribunal, nos termos do preceituado no art.º 426º, de revogar a decisão quanto a esta contra-ordenação em concreto, reenviando o processo para novo julgamento no tribunal a quo, de modo a que se demonstre a data em que terá sido alegadamente praticada a contra-ordenação em causa, por só assim se poder determinar qual se a contra-ordenação em causa se encontra ou não prescrita.

161 - Verifica-se que, neste particular, o tribunal a quo não cumpriu o dever de fundamentação da sentença que se encontra consignado nos arts. 205º, n.º 1 da Constituição da República e 97º, n.º 5 do Código de Processo Penal, o qual se mostra intimamente conexionado com as garantias de defesa do Arguido, incluindo o recurso, consagradas no art.º 32º, n.º 1 da Constituição.

XIV - Da Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada (art. 410º, n. 2, alínea a)) Código de Processo Penal e da violação do dever de fundamentação da sentença quanto ao concurso público n.º 110013/2003, aberto pelo Hospital do Espírito Santo em Évora.

162 - Por motivos de economia processual, dão-se nesta sede por reproduzidos os pontos 144 a 155 supra.

163 - Sendo certo porém que, no que se reporta ao concurso público n.º 110013/2003, aberto pelo Hospital do Espírito Santo em Évora, a matéria de facto considerada como provada encontra-se nos pontos 232 e 233 da decisão, a fls. 94 e 94.

164 - A qual considera como provado que as propostas foram abertas no dia 17 de Dezembro de 2002, mas não considera provada a data em que foi apresentada pela Menarini a proposta respectiva (cfr. alínea b) do ponto 232), nem a data em que o concurso foi lançado (o que permitiria concluir que a proposta teria necessariamente de ser posterior).

165 - Deste modo, torna-se evidente a insuficiência da matéria de facto considerada como provada para sustentar a decisão de que a Menarini apresentou esta proposta após o dia 29.12.2001, o que inquina, obviamente, a decisão proferida quanto a esta contra-ordenação em concreto.

166 - Deste modo, sempre terá este Tribunal, nos termos do preceituado no art.º 426º, de revogar a decisão quanto a esta contra-ordenação em concreto, reenviando o processo para novo julgamento no tribunal a quo, de modo a que se demonstre a data em que terá sido alegadamente praticada a contra-ordenação em causa, por só assim se poder determinar qual se a contra-ordenação em causa se encontra ou não prescrita.

167 - Verifica-se que, neste particular, o tribunal a quo não cumpriu o dever de fundamentação da sentença que se encontra consignado nos art.ºs 205º, n.º 1 da Constituição da República e 97º, n.º 5 do Código de Processo Penal, o qual se mostra intimamente conexionado com as garantias de defesa do Arguido, incluindo o recurso, consagradas no art.º 32º, n.º 1 da Constituição.

XV - Da contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão e do erro notório na apreciação da prova - art.º 410, n.º 2, alínea b) e c)) Código de Processo Penal - OS PREÇOS DOS CONCURSOS/ Explicação alternativa para os paralelismos de comportamentos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

168 - Defende o Acórdão do STJ de 26.06.2009 que o princípio da fundamentação é um princípio de matriz constitucional em matéria de decisões judiciais, consagrado no art. 205.º, n.º 1, da CRP e que se traduz na obrigatoriedade de o tribunal especificar os motivos de facto e de direito da decisão — art. 97.º, n.º 5, do CPP.

169 - Tal princípio, relativamente à sentença, traduz-se numa fundamentação reforçada que visa, por um lado, a total transparência da decisão, para que os seus destinatários (aqui se incluindo a própria comunidade) possam apreender e compreender os juízos de facto e de direito assumidos pelo julgador e, por outro lado, possibilitar ao tribunal superior a fiscalização e o controlo da actividade decisória.

170 - Perante os intervenientes processuais e perante a comunidade, a decisão a proferir tem de ser clara e transparente, permitindo acompanhar de modo linear a forma como se desenvolveu o raciocínio que culminou com a decisão sobre a matéria de facto e também sobre a matéria de direito.

171 - É por este motivo que, mesmo quando o recurso se encontra limitado à análise de questões de direito, é sempre possível recorrer com fundamento na existência de contradições insanáveis da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão ou na existência de erro notório na apreciação da prova.

172 - Acórdão da Relação de Lisboa de 29.10.2008: a contradição insanável da fundamentação respeita, antes de mais, à fundamentação da matéria de facto, mas pode também respeitar à contradição na própria matéria de facto.

173 - Assim, tanto constitui fundamento de recurso ao abrigo da alínea b) do n.º 2 do art. 410º a contradição entre a matéria de facto dada como provada ou como provada e não provada pois pode existir contradição insanável não só entre os factos dados como provados, mas também entre os dados como provados e os não provados, como entre a fundamentação probatória da matéria de facto. A contradição pode também existir entre a fundamentação e a decisão, pois a fundamentação pode apontar para uma dada decisão e a decisão recorrida nada ter a ver com a fundamentação apresentada".

174 - Há o vício do erro notório na apreciação da prova quando o tribunal valoriza a prova contra as regras da experiência comum ou contra critérios legalmente fixados: "Trata-se de um vício de raciocínio na apreciação das provas que se evidencia aos olhos do homem médio pela simples leitura da decisão, e que consiste basicamente em decidir-se contra o que se provou ou não provou ou dar-se como provado o que não pode ter acontecido" (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22.09.2009).

175 - Existe na sentença recorrida e no que se reporta às conclusões relativas aos preços dos concursos: contradição insanável entre a matéria de facto provada; contradição insanável entre a fundamentação e a decisão e erro notório na apresentação da prova.

176 - Face à matéria de facto considerada como provada, afirma o tribunal a quo que "o alinhamento em alta dos preços hospitalares a partir de Julho de 2001 não encontra outra explicação para além da que foi considerada pelo Tribunal." Desde logo, não encontra justificação na transparência do mercado [na medida em que os preços apresentados são tomados públicos logo com o acto de abertura das propostas] e na consequente adaptação inteligente dos preços aos comportamentos previsíveis da concorrência. E isto porque, na visão do Tribunal, a transparência "já existia muito antes de 2001".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

177 - Ou seja, dá com isto o Tribunal a entender que antes da célebre reunião de Junho de 2001 não existia paralelismo de preços (tudo a fls. 138).

178 - Tal conclusão está em clara contradição com a matéria de facto provada.

Assim,

179 - Vem a Menarini acusada da prática de vinte e sete contra-ordenações.

180 - Em 20 das 27 contra-ordenações imputadas à Arguida o Tribunal considera como provado que o preço apresentado pela Menarini já havia sido apresentado por outra(s) das Arguidas em concursos anteriores.

181 - É o que se prova nos seguintes concursos: (...).

182 - Pelo que não pode considerar, sem mais considerações, que não se encontra provado que o paralelismo de preços decorra da transparência do mercado e da adaptação inteligente do comportamento desta Arguida aos preços que iam sendo praticados pela sua concorrente Abbott em concursos anteriores;

183 - À luz da matéria de facto considerada como provada, traduz uma contradição insanável no âmbito da própria sentença e um erro notório na apreciação da prova!

184 - Nem se diga que "a transparência já existia antes de 2001" e que antes dessa data não existem paralelismos de preços - mais uma vez, considerando a matéria de facto como provada, a conclusão teria de ser a oposta.

185 - Para o Tribunal a quo, "o momento crucial em que as arguidas concertaram as estratégias comerciais de alinhamento nas propostas a apresentar nos concursos hospitalares deu-se no dia 04/06/2001" (fls. 160 da decisão).

186 - Seguindo este raciocínio e de acordo com a sentença, antes de 4.6.01 haveria transparência de mercado e não paralelismos de preços.

187 - Ora, nos seguintes concursos, o Tribunal a quo dá como provada a existência de paralelismos de preços:

- 1) Concurso público n.º 9/2001 do Hospital da Senhora da Oliveira - nos dias 28 de Julho de 2000 e 7 de Agosto de 2000 (fls. 88);
- 2) Concurso Público n.º 11/2001 do Hospital Distrital de Faro - nos dias 26 e 31 de Outubro de 2000 (fls. 95);
- 3) Consulta prévia n.º 910009/2001 do Hospital do Espírito Santo em Évora - nos dias 3 e 10 de Novembro de 2000 (fls. 92 e 93);
- 4) Concurso limitado n.º 800014/2001 do Hospital de Santa Luzia - nos dias 2 e 5 de Janeiro de 2001 (fls. 91);
- 5) Concurso público internacional n.º 199/2001 do Hospital de Santa Maria - nos dias 15 e 16 de Janeiro de 2001 (fls. 19 e 20);
- 6) Consulta prévia n.º 170034/01 do Hospital de Sousa Martins - no dia 15 de Março de 2001 (fls. 80);
- 7) Concurso público n.º 1/021/1/1/2001 do Hospital de São Teotónio - nos dias 28 e 29 de Março de 2001 (fls. 83 e 84);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 8) Concurso n.º 2-1-0060/01 do Hospital de Santo António dos Capuchos - nos dias 16 e 18 de Abril de 2001 (fls. 39 e 40).

188 - Ou seja, à luz da matéria de facto considerada como provada a conclusão que se impunha era a de que antes de 2001 já existia transparência no mercado; antes de 2001 já existia paralelismo de comportamentos.

189 - Assim, no que se reporta à explicação alternativa para o paralelismo de comportamentos, considerando a matéria de facto considerada como provada, impunha-se que se decidisse que:

I) Em 20 das 27 contra-ordenações de que é acusada, o preço praticado pela Menarini decorre da transparência do mercado e da adaptação inteligente a preços que já haviam sido apresentados pela co-Arguida Abbott em concursos anteriores;

II) O mesmo sucedia em períodos anteriores a 2001, resultando dos autos que antes de 2001 já existia transparência do mercado e que antes de 2001 já existia paralelismo de comportamentos.

189 - Ao considerar-se exactamente o contrário na decisão - afirmando-se que não se pode considerar que o comportamento da Menarini resultou da transparência do mercado e da adaptação aos comportamentos das co-Arguidas e que antes de 2001 o mercado era igualmente transparente e não se verificava um paralelismo de comportamento - existe uma contradição insanável entre a matéria de facto considerada provada e a decisão e um erro notório na apreciação da prova;

190 - Que têm de ser sanados, considerando-se como provado exactamente o oposto e, consequentemente, considerando-se que não existe qualquer prova de concertação, absolvendo-se a Arguida das contra-ordenações que lhe são imputadas, o que se requer a este Tribunal.

XVI - Da contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão e do erro notório na apreciação da prova - art. 410º, n.º 2, alínea b) e c)) Código de Processo Penal - OS PREÇOS DOS CONCURSOS/ Objectivo; Início e Termo da Alegada Concertação

191 - Considera o Tribunal provado que nas reuniões mantidas se discutiam os receios e modos de prevenir a baixa de preços no sector farmacêutico (ponto 289).

192 - Considera também o Tribunal que estas reuniões se mantiveram até 2004 e que, **também em 2004 se discutiam os receios e modos de prevenir a baixa de preços no sector farmacêutico** (ponto 289).

193 - Mas, considera o Tribunal provado que os preços do sector farmacêutico foram **fixados por Portaria de 30 de Junho de 2003 e com efeitos a partir de 1 de Julho de 2003** (ponto 313).

194 - E que nos documentos existentes datados de Maio de 2003, não decorre que o Ministério ou qualquer outra entidade estivessem a considerar os preços dos concursos hospitalares, estando a revisão a ser discutida em alta com base na taxa de inflação (ponto 311, 312 e fls. 141).

195 - Ora, se está provado que os preços foram definitivamente fixados em Junho de 2003, não se pode também considerar provado que após a data da Portaria e durante um período de mais um ano e meio (2º semestre de 2003 e ano de 2004) o receio de baixa dos preços no sector farmacêutico continuasse a existir e a ser objecto de discussão!!



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

196 - Qualquer homem comum constata que estas duas premissas se negam e afastam mutuamente! Existe, assim, manifesta contradição entre os factos e erro notório na apreciação da prova, tanto mais quando o Tribunal admite que desde Maio de 2003 as negociações se baseiam exclusivamente na taxa de inflação.

197 - Face à matéria de facto considerada como provada, é manifestamente contraditório que o Tribunal também considere provado que os preços nos seguintes concursos foram resultado de contactos nos quais se discutiam os receios e modos de prevenir a baixa de preços no sector farmacêutico e em que se acordavam preços:

- 1) Concurso público n.º 110004/2004 do Centro Hospitalar de Póvoa do Varzim, com propostas apresentadas em 23 e 19 de Janeiro de 2004 (fls. 54);
- 2) Ajuste directo n.º 440007/2004 do Hospital Pulido Valente, com propostas apresentadas em 12 e 13 de Janeiro de 2004 (fls. 62 e 63);
- 3) Concurso público n.º 110009/2004, dos Hospitais da Universidade de Coimbra, com propostas apresentadas antes de 13 de Outubro de 2003 (fls. 73);
- 4) Concurso público internacional n.º 110013/2004 do Hospital do Espírito Santo em Évora, com propostas apresentadas após 25 de Setembro de 2003 (fls. 94);
- 5) Concurso público internacional n.º 01-37/04 do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia, com propostas apresentadas em 21 de Outubro de 2003 pela Abbott e pela Menarini (fls. 51);
- 6) Concurso público internacional n.º 1/2004 do Hospital Doutor José Maria Grande, com propostas apresentadas entre 28 de Novembro e 5 de Dezembro de 2003 (fls. 47).

198 - Ou seja, se os preços no sector farmacêutico foram fixados em Junho de 2003 (30.06.2003), o Tribunal não poderia dar também como provado que após essa data a Arguida Menarini participava em reuniões onde se discutia o receio e os modos de prevenir a baixa de preços no sector farmacêutico e decidir que concertou preços nos concursos público internacional n.º 110013/2004 do Hospital do Espírito Santo em Évora; público n.º 110009/2004, dos Hospitais da Universidade de Coimbra; público internacional n.º 01-37/04 do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia e público internacional n.º 1/2004 do Hospital Doutor José Maria Grande, apresentando nestes concursos os mesmos preços que haviam sido previamente concertados nessas ditas reuniões e norteados por esses ditos receios.

199 - Face aos factos provados, impunha-se concluir que nos concursos público internacional n.º 110013/2004 do Hospital do Espírito Santo em Évora; público n.º 110009/2004, dos Hospitais da Universidade de Coimbra; público internacional n.º 0137/04 do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia e público internacional n.º 1/2004 do Hospital Doutor José Maria Grande, a Arguida Menarini não concertou preços pelo que deveria ser absolvida da prática das contra-ordenações que lhe são imputadas.

200 - Ao considerar-se exactamente o contrário na decisão - os preços dos concursos público internacional n.º 110013/2004 do Hospital do Espírito Santo em Évora; público n.º 110009/2004, dos Hospitais da Universidade de Coimbra; público internacional n.º 01-37/04 do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia e público internacional n.º 1/2004 do Hospital Doutor José Maria Grande foram concertados em reuniões em que se discutiam os receios e modos de prevenir a baixa de preços no sector farmacêutico, numa altura em que há vários meses esse preço no sector farmacêutico já se encontrava fixado - existe uma contradição insanável entre a própria matéria de facto considerada provada, entre esta e a decisão e um erro notório na apreciação da prova.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

201 - Que têm de ser sanados, considerando-se como provado exactamente o oposto e, consequentemente, considerando-se que não existe qualquer prova de concertação, o que se requer.

XVII- Da contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão e do erro notório na apreciação da prova - art. ° 410, n.° 2, alínea b) e c)) Código de Processo Penal - e da falta de fundamentação da decisão - OS PREÇOS DOS CONCURSOS/ Os concursos "escolhidos" como traduzindo a existência de práticas concertadas e aqueles em que tal prática é afastada

202 - Existe ainda uma contradição insanável entre a fundamentação e a decisão e um erro notório na apreciação da prova no que se reporta aos concursos relativamente aos quais entendeu o Tribunal que existe prática concertada.

203 - À luz da prática que é imputada à Arguida - prática concertada que se traduz em "falsear em alta" os preços dos concursos hospitalares, com a intenção de provocar um aumento indevido nos preços dos concursos hospitalares - a Arguida (e qualquer homem comum, desconhecedor dos meandros jurídicos) - **não percebe qual o critério de decisão utilizado para dizer que no concurso x se concertou quanto a preços mas que no concurso y isso já não sucedeu!!!**

204 - Mais, na decisão o Tribunal socorre-se de dois conceitos que não concretiza minimamente, nem explica no que se traduzem: o conceito de alinhamento de preços; o conceito de eliminação da incerteza quanto ao comportamento futuro de cada uma das concorrentes.

205 - A questão que se impõe é obviamente: **no que é que isto se traduz?** O que são preços alinhados? Eliminaram a incerteza porque nos contactos prévios a cada concurso definiam exactamente o preço a que cada uma iria concorrer? Porque nos contactos prévios a cada concurso decidiam concorrer a preços exactamente iguais? Porque nos contactos prévios a cada concurso decidiam manter os preços, em geral, acima de um determinado mínimo?

206 - Nada disto é explicado, **o que faz com que se relevem contradições insanáveis entre os factos provados para cada concurso e a imputação ou não de uma prática concertada.**

Decidindo o Tribunal que existe prática concertada porquanto as Arguidas eliminaram a incerteza do comportamento das concorrentes:

207 - Por exemplo, nas consultas prévias 610473; 610513 e 610566 dos Hospitais da Universidade de Coimbra (fls. 71 e 72 dos autos), **a Menarini apresentou sempre preços diferentes das suas concorrentes.** Como é que se pode concluir a partir daqui que, por exemplo, a Abbott, a J&J e a Roche eliminaram a incerteza quanto ao comportamento da Menarini ?

208 - Não pode - há um erro mais do que evidente na apreciação da prova !

209 - Mais: nos concursos público n.° 110031/2003 do Hospital Geral de Santo António; público n.° 1/2004 do Hospital Doutor José Maria Grande; público n.° 0137/04 do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia e público n.° 110013/2004 do Hospital do Espírito Santo de Évora [cfr. decisão da AdC; decisão do Tribunal a quo e fls. 33, 46 e 47, 51 e 94 da sentença], resulta dos autos alegadamente que a Menarini se concertou **mas não estiveram envolvidas na concertação** duas ou três das outras Arguidas.

210 - Ou seja, **nos concursos acima identificados, teria o Tribunal a quo de considerar que a Menarini não eliminou a incerteza de mercado quanto ao comportamento das**



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

suas concorrentes, uma vez que várias delas continuaram a apresentar-se a concurso com preços diversos.

211 - Assim, face à matéria de facto considerada provada, teria o Tribunal a quo de ter concluído que nos concursos identificados no ponto 209 destas conclusões, a Arguida Menarini não eliminou a incerteza de mercado quanto ao comportamento das suas concorrentes.

212 - Ao decidir exactamente o contrário, verifica-se uma contradição insanável entre a matéria de facto provada e entre esta e a decisão e um erro notório na apreciação da prova que resulta da própria sentença, que têm de ser sanados, considerando-se como provado exactamente o contrário.

De acordo com a decisão a prática concertada resultará no caso sub iudice de um alinhamento de preços que não poderia, no entender do Tribunal a quo, ser explicado de outro modo (como parece resultar de fls. 149):

213 - "Preços alinhados" não são para o Tribunal apenas preços iguais - é o que parece decorrer do facto de se afirmar na sentença recorrida que as Arguidas foram apresentando: "preços diversos mas alinhados entre si." (fls. 160).

214 - Mas, se a interpretação do Tribunal for a de que "preços alinhados" podem ser preços diversos, não se percebe porque é que nuns casos em que existe semelhança de preços o Tribunal considera que há prática concertada e noutros casos em que há semelhança de preços o Tribunal considera que não há prática concertada.

Vejamos:

215 - Nos seguintes concursos - concurso público n.º 199/2004 do Hospital de Santa Maria; concurso público n.º 410002/2004 do Hospital de São João no Porto; concurso público internacional n.º 01-37/04 do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia; concurso/ consulta n.º 103/2004 do Instituto Português de Oncologia Francisco Gentil; Hospitais da Universidade de Coimbra, no concurso limitado n.º 210002/2003; consulta prévia n.º 610598 e n.º 610661/03 dos Hospitais da Universidade de Coimbra; concurso público n.º 110009/2005 dos Hospitais da Universidade de Coimbra - os preços entre as Arguidas diferem cerca de 0,09€ e o Tribunal conclui pela inexistência de concertação.

216 - Na consulta prévia n.º 170075/02 do Hospital de Sousa Martins, as propostas diferem 0,19€ (entre 18,01 e 18,20) e o Tribunal considerou a existência de concertação entre a Abbott, a Menarini, a J&J e a Roche (fls. 81 da sentença e fls. 328. alínea ee) da decisão da AdC).

217 - Ora, considerando a matéria de facto provada relativa a estes concursos e a matéria de facto considerada provada relativamente à consulta prévia n.º 170075/02, do Hospital de Sousa Martins, teria o Tribunal a quo de considerar obrigatoriamente que não existe concertação na consulta prévia n.º 170075/02, aberta pelo Hospital de Sousa Martins.

218 - Ao decidir exactamente o contrário, verifica-se uma contradição insanável entre a matéria de facto provada e entre esta e a decisão e um erro notório na apreciação da prova que resulta da própria sentença, que têm de ser sanados, considerando-se como provado exactamente o oposto e, consequentemente, decidindo-se que na consulta prévia n.º 170075/02, aberta pelo Hospital de Sousa Martins, a Arguida Menarini não concertou preços, absolvendo-a da contra-ordenação que lhe é imputada.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

219 - Mais: se nos concursos acima indicados em que existe diferença de cêntimos o Tribunal considerou a inexistência de concertação, também teria de considerar essa inexistência de concertação nos seguintes concursos:

- 1) Concurso público internacional n.º 1/2004 (Abbott concorreu com €14 50; Menarini concorreu com €14 00; J&J concorreu com €20 00; a Roche concorreu com €13 99 e a Bayer com €16 00);
- 2) Concurso público internacional n.º 01-23/03 (Menarini) apresentou uma proposta a €20 00 e as demais Arguidas apresentaram propostas de 20,01 e 20,02 (fls. 50)];
- 3) Concurso público n.º 10/2003 do Hospital da Senhora da Oliveira (Menarini concorreu com €20 01 e as demais arguidas com preços de €20 02 e de €20 05 (fls. 89)).

220 - Pelo contrário, o Tribunal considerou que nos mesmos existiu uma prática concertada. Ou seja, verifica-se uma falta de fundamentação gritante da sentença no que se refere aos critérios que levaram a considerar a existência de contra-ordenação em alguns dos concursos dos autos e a inexistência de contra-ordenação noutros dos concursos, em clara violação dos art.ºs 205º, n.º 1 da Constituição da República e 97º, n.º 5 do Código de Processo Penal, colidindo com as garantias de defesa do Arguido, consagradas no art.º 32º, n.º 1 da Constituição;

221 - E a nulidade da sentença nos termos previstos nos arts. 379º, n.º 1, alínea a) e 374º, n.º 2 do CPP, por absoluta falta de indicação dos motivos de facto e de direito que levam a considerar que existe contra-ordenação nos concursos acima indicados e não nos restantes que também já se deixaram invocados. De acordo com a decisão, a prática concertada ter-se-á traduzido no "falsear os preços em alta" com que se apresentaram a concurso para subir o nível dos preços dos concursos hospitalares e assim influenciar a fixação do preço na Portaria (como parece resultar de fls. 151):

222 - Sendo esta a interpretação do Tribunal, este teria de considerar que existiu concertação sempre que as Arguidas se apresentaram a concursos com preços mais elevados do que os praticados em concursos anteriores, independentemente da diferença ou igualdade de preços entre elas.

223 - Tanto mais quando se afirma: "o importante era que, através da acção conjunta de todas, se inflacionasse o valor dos reagentes no sector hospitalar de forma a que o preço no sector farmacêutico não fosse revisto em baixa se, porventura, os preços hospitalares lhe servissem de referência" (fls. 139)

224 - Mas, no Concurso público n.º 110031/2003 do Hospital Geral de Santo António -o Tribunal considerou que a Menarini concertou preços por ter praticado o valor de Euros 20,00 mas considerou que a Roche e a Abbott não se concertaram quando estas arguidas apresentaram propostas de 18,00 Euros e de 18,49 Euros, ou se-a, quando os preços praticados por estas Arguidas foram superiores aos preços praticados no concurso imediatamente anterior que é o concurso 110010/2002 em que todas tinham ido com preços à volta dos 15,00 Euros (fls. 32 e 33).

225 - O mesmo se verifica no Concurso n.º 2-1-0241/02 do Hospital de Santo António dos Capuchos (fls. 39 a 41); Concurso limitado n.º 21002/2003 dos Hospitais da Universidade de Coimbra (fls. 69 e 70); Concurso limitado n.º 120008/2003 do Hospital de Sousa Martins (fls. 82) e no Concurso público n.º 1/026/1/1/2003 do Hospital de São Teotónio (fls. 82).

226 - Mais uma vez, por causa destas contradições, não se consegue descortinar o raciocínio lógico seguido pelo julgador.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

227 - Mais uma vez, da prova produzida e da imputação dos factos que faz à Arguida Menarini, o Tribunal teria de ter retirado da matéria de facto provada conclusões diversas das que retirou. Conforme o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 2008 "a motivação existirá e será suficiente sempre que com ela se consiga conhecer as razões do decisor." O que não sucede.

228 - Novamente, verifica-se uma falta de fundamentação gritante da sentença no que se refere aos critérios que levaram a considerar a existência de contra-ordenação em alguns dos concursos dos autos e a inexistência de contra-ordenação noutros dos concursos, em clara violação dos art.ºs 205º, n.º 1 da Constituição da República e 97º, n.º 5 do Código de Processo Penal, colidindo com as garantias de defesa do Arguido, consagradas no art.º 32º, n.º 1 da Constituição;

229 - E gerando a nulidade da sentença nos termos previstos nos arts. 379º, n.º 1, alínea a) e 374º, n.º 2 do CPP, por absoluta falta de indicação dos motivos de facto e de direito que levam a considerar que existe contra-ordenação nos concursos acima indicados e não nos restantes que também já se deixaram invocados.

Sem conceder

XVIII - Do erro notório na apreciação da prova (art.º 410º, n.º 2, alínea c) CPP)- Dos Alegados receios das Arguidas durante os anos de 2001, 2002, 2003 e 2004, como leítmotif da alagada concertação

230 - O Tribunal a quo afirma retirar dos documentos juntos aos autos a seguinte prova: Prova de que entre 2001 e 2004 existiram receios das Arguidas no que se refere a uma descida dos preços na Portaria por eventual influência dos preços praticados no sector hospitalar, o que motivou a concertação; Prova de que entre 2001 e 2004 as Arguidas se reuniam inclusive nas suas próprias instalações.

231 - Estas conclusões, quando extrapoladas dos documentos juntos aos autos e mencionados pelo Tribunal a quo, traduzem-se **num notório erro na apreciação da prova que não passará despercebido a um cidadão comum.**

232 - Considera o Tribunal como provado que as Arguidas se reuniam inclusive nas suas próprias instalações - ponto 277 da matéria de facto provada, baseando-se nos documentos a fls. 4263, conjugada com fls. 4267; 4269 e 6778-6780 (cfr. fls. 130).

233 - No entanto, de tais documentos não consta qualquer referência directa ou indirecta à eventual presença da Menarini em tal reunião.

234 - Deste modo, o incluir a Recorrente na conclusão pela qual "os representantes das Arguidas se reuniam ocasionalmente nas suas próprias instalações" **é um erro notório na apreciação da prova**, que terá ser devidamente corrigido - da prova resulta apenas que representantes da Abbott e da Bayer tiveram uma reunião nas instalações da J&J, **nada resultando quanto à Menarini.**

235 - O Tribunal a quo recorre a fls 5013, 5014 e 4597 dos autos para considerar provados os receios que as Arguidas terão tido e discutido entre 2001 e 2004 no que se refere à possível revisão em baixa dos preços da estabelecidos na Portaria, uma vez que o processo de revisão já estaria em curso.

236 - No entanto, analisando os documentos em causa, verifica-se que os mesmos se reportam à discussão, ainda, da Portaria de 98, sendo, como tal muito anteriores a 2001 (fls. 131 da sentença).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

237 - Acresce que, de nenhum destes documentos é possível extrair elementos de prova quanto a qualquer data posterior a Setembro de 1998 !

238 - Destes documentos não se podem retirar conclusões sobre quais seriam os receios efectivos das Arguidas - se é que existiram - 3 a 5 anos mais tarde!

239 - O Tribunal a quo constrói grande parte da sua argumentação a partir do documento de fls. 4259, que consiste em dois e-mails escritos em língua inglesa e trocados entre a testemunha Pedro Crispim e Diana Molina Moreno (sua superiora hierárquica na Johnson & Johnson à data do e-mail).

240 - Sem prejuízo do que se deixou exposto acima quanto à impossibilidade de se considerar tal documento, refira-se apenas que o mesmo se reporta, única e exclusivamente, a uma reunião mantida em 04/06/2001.

241 - Por outro lado, refere-se a uma renegociação do Protocolo, na qual o Tribunal deu como assente que, a partir de Maio de 2003 apenas esteve em negociação qual o valor da taxa de inflação a praticar. Ou seja, deste documento não se podem retirar conclusões sobre eventuais receios das Arguidas entre Maio de 2003 e o final de 2004.

242 - Ainda em referência à reunião ocorrida a 4 de Junho de 2001 e aos receios das Arguidas o Tribunal a quo remete para os elementos nos autos a fls 9741 a 9745.

243 - Os documentos em causa reportam-se, um à reunião de 4 de Junho e outro a reuniões que a testemunha Ana Carlota Aguilheiro refere ter mantido em 2001 (alíneas b) e c) do acordo celebrado com a Roche).

244 - Ou seja, novamente, não consegue o Tribunal retirar dos documentos citados na sentença qualquer conclusão no que respeita à existência de receios por parte das Arguidas no período de 2001 a 2004, tanto mais quando em Junho de 2003 foi revista a Portaria !!

245 - O Tribunal a quo dedica três páginas da sua sentença ao documento dos autos de fls. 4315, referente à comunicação da testemunha Pedro Crispim dirigida à Johnson & Johnson, por altura da sua saída da empresa (fls. 135, 136 e 137 da sentença).

246 - Sem prejuízo do que se refere acima quanto à impossibilidade de consideração deste documento, sempre se referirá que do mesmo não consta qualquer receio da Menarini quanto à revisão em baixa dos preços do sector farmacêutico.

247 - Face ao exposto, resulta evidente que o Tribunal fundamenta a sua conclusão quanto à existência de receios das Arguidas no período entre 2001 e 2004 em documentos donde não se pode retirar tais receios e quando, a terem os mesmos existido, sempre se teriam de considerar como terminados em 30 de Junho de 2003, com a publicação da nova Portaria.

248 - Ficaria, no mínimo, um absoluto vazio de prova quanto ao 2º semestre de 2003 e ao ano de 2004.

249 - Há, deste modo, um erro notório de apreciação da prova, nos termos do artigo 410º. n.º 2. alínea c) do C.P.P., no que se refere ao alegado receio de revisão em baixa dos preços do sector farmacêutico.

XIX - Da Violação do art.º 32º, n.ºs 1 e 2 e do art.º 205º da Constituição da República Portuguesa pela decisão ora recorrida, ao defender-se que do paralelismo de preços se pode presumir a existência de um dos elementos do tipo: a existência de acordo ou de prática concertada, invertendo-se o ónus da prova;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

250 - De acordo com o art.º 4º, n.º 1 da Lei 18/2003, são proibidos os acordos entre empresas e as práticas concertadas entre empresas que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional (o mesmo sucedia no domínio da lei anterior).

251 - "O primeiro dos tipos descritos nesta disposição legal exige apenas que uma empresa celebre com outra um acordo (..)"

252 - Tem é de se provar que foi celebrado um acordo porque a existência de acordo é um dos elementos constitutivos do tipo de ilícito.

253 - A fls. 149 da sentença reconhece o Tribunal que é requisito essencial do tipo de ilícito a existência de acordo que, no caso dos autos, terá sido celebrado em contactos diversos mantidos entre as Arguidas.

254 - Ou seja, na tese do Tribunal a quo antes de cada concurso público, existiram contactos entre as Arguidas; nesses contactos as Arguidas celebraram o acordo que constitui um dos elementos do tipo.

255 - Há, no entanto, uma frase chave da sentença recorrida em que o Tribunal fundamenta a conclusão pela existência de contactos em que foram celebrados acordos de concertação de preços - veja-se a fls. 110 e 134: Existiram contactos "entre os mesmos concorrentes em outras datas não concretamente apuradas, no período que decorreu entre 2001 e 2004" nos quais estes "acertavam os preços a praticar no âmbito dos concursos hospitalares", contactos estes que "encontram a demonstração da sua existência no paralelismo de preços que se foi verificando ao longo dos anos." (fls. 134)

256 - Ou seja, o Tribunal presume a existência de um dos elementos do tipo de ilícito! Não tendo conseguido fazer prova do elemento "acordo", o Tribunal PRESUME que o mesmo existiu, conforme afirma expressamente a fls. 110 e 134.

257 - Esta presunção é tão mais grave quando: o Tribunal considera que "o momento crucial em que as arguidas concertaram as estratégias comerciais de alinhamento nas propostas a apresentar nos concursos hospitalares deu-se no dia 04/06/2001"; (fls. 160) e quando resulta da matéria de facto provada que muito antes desta data -inclusive em 2000 - já existia paralelismo de comportamentos.

258 - Como decorre do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21.11.2007 (www.dgsi.pt), "ao contrário do que se passa no processo civil, em que basta a existência de uma probabilidade prevalecte, em processo penal o tribunal, para considerar os factos provados, deve adoptar o padrão de origem saxónica, da "prova para além de qualquer dúvida razoável". Este conceito traduz a ideia de que o standard de prova exigido em processo penal é muito mais exigente do que o utilizado no processo civil."

259 - E à convicção para além de toda a dúvida razoável, enquanto critério positivo de decisão, corresponde a conceitualização da dúvida razoável enquanto base ou pressuposto do princípio in dubio pro reo, encarando-se este como limite normativo do princípio da livre apreciação.

260 - A livre apreciação da prova, entendida como esforço para alcançar a verdade material, encontra no in dubio pro reo o seu limite normativo.

261 - Nesse sentido, conforme consta do Acórdão da Relação de Évora proferido no âmbito do processo n.º 2457/06-1, "entendidos, assim, objectivamente, os princípios da livre



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

apreciação da prova e do *in dubio pro reo*, sempre será de considerar este princípio violado quando o tribunal dá como provados factos duvidosos desfavoráveis ao arguido, mesmo que o tribunal não tenha manifestado ou sentido a dúvida que, porém resulta de uma análise e apreciação objectiva da prova produzida à luz das regras da experiência e/ou de regras legais ou princípios válidos em matéria de direito probatório (cfr. art. 127º do CPP)".

262 - Ora, o Tribunal a quo fez exactamente o contrário - nem sequer exigiu prova de um acordo; bastou para condenação a existência de um paralelismo de preços, a partir do qual se extraem conclusões que são contrariadas pela própria matéria de facto provada no que se refere aos concursos públicos abertos antes de 04.06.2001 !

263 - Dos acórdãos citados na sentença não decorre que a existência de paralelismo de preços constitua uma presunção da existência de prática concertada. O que daí decorre é que o paralelismo de preços pode ser um indício sério mas não uma PROVA ou PRESUNÇÃO da existência do acordo.

264 - Diferente disto é o que se afirma na sentença recorrida: "a existência da prática concertada resulta do alinhamento dos preços praticados pelas Arguidas ao longo de anos" (fls. 149)

265 - Considerando o princípio basilar do *in dubio pro reu*, é obrigatória a distinção entre prática concertada e paralelismo de comportamentos - a legislação nacional e comunitária de defesa e promoção da concorrência, não admitem a presunção de prática concertada.

266 - Esta presunção sujeitaria a Recorrente ao ónus da prova de inexistência de prática concertada, o que poderá ser virtualmente impossível e admitiria a condenação por prática concertada de empresas inocentes, apenas porque estas não conseguem demonstrar a sua inocência.

267 - Se seguirmos a prática da Comissão Europeia neste domínio, a razão do conceito de prática concertada relaciona-se com a necessidade de abarcar no artigo 81.º do Tratado todas as modalidades de esquemas de conluio, pelo que não assume tanta importância na distinção com os acordos, mas sim com os meros comportamentos paralelos, onde, por definição, está ausente qualquer elemento de concertação (Vd. Decisões Polipropileno e Hércules Chemicals).

268 - Sublinhando-se, ainda assim, que os critérios de cooperação devem ser sempre lidos e interpretados à luz dos princípios gerais da concorrência, segundo os quais qualquer operador económico deve determinar autonomamente a política que pretende seguir no mercado. (Acórdãos Suiker Unie, Züchner, Ahlstrom e Deere).

269 - Ora, também a jurisprudência comunitária já teve ampla oportunidade de afirmar que um comportamento paralelo não pode, por si só, ser identificado como uma prática concertada".

270 - Veja-se o Acórdão Ahlstrom e, inter alia, as observações do Conselho da Concorrência (Relatório de Actividades de 1989): "(N) a ausência de prova material de entendimentos desta natureza, a simples verificação de um paralelismo de comportamento, ainda que consciente, não constitui prova bastante de existência de uma concertação. Na verdade, tal paralelismo pode (...) limitar-se a reflectir as reacções independentes de um conjunto de concorrentes face a uma mesma alteração das condições do mercado. (...) as condições de mercado em que se efectuaram não permitem concluir que não pudessem ter ocorrido sem que previamente, através de uma comunicação recíproca de intenções, houvessem sido eliminados os riscos inerentes à incerteza própria do funcionamento do mercado. Não é nessa medida possível afirmar que o paralelismo



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de comportamento verificado em matéria de preços seja o resultado de uma prática concertada (...)".

271 - Veja-se também MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA", «quando um facto não possa ser atribuído senão a uma causa, o indício diz-se necessário e o seu valor probatório aproxima-se da prova directa. Quando o facto pode ser atribuído a várias causas, a prova dum facto que constitui uma dessas causas é também somente um indício provável ou possível. Para dar consistência à prova, será então necessário afastar toda a espécie de condicionamento possível do facto provando menos um. A prova só se obterá, assim, excluindo, por meio de provas complementares, hipóteses eventuais e divergentes, conciliáveis com a existência do facto indiciante».

272 - Ora, pelo contrário, já vimos que no caso dos presentes autos, a concertação não é a única explicação para o paralelismo de comportamentos - em 20 das contra-ordenações praticadas pela Menarini o Tribunal considerou provado que o preço que apresentou já havia sido apresentado em concursos anteriores por outras concorrentes.

273 - Tornou-se patente que a massa de concursos públicos e procedimentos de aquisição em que as empresas participam é de tal sorte extensa (cerca de 600 no período em causa nos autos) que lhes permite construir modelos racionais de expectativas quanto à conduta das suas concorrentes — e assim ajustar os seus próprios comportamentos.

274 - Ao assimilar uma mera conduta paralela a uma prática concertada proibida, o Tribunal dá por provado aquilo que lhe competia demonstrar: a verificação de uma concertação prévia entre as empresas em causa, consubstanciada numa forma de contacto ou conluio, que compreendesse os referidos elementos constitutivos.

275 - Verifica-se, deste modo, que a sentença recorrida viola os arts. 32º e 205º da Constituição da República Portuguesa ao considerar que da existência de comportamentos paralelos se pode deduzir a existência das reuniões em que terão sido celebrados os acordos/práticas concertadas que são um dos elementos essenciais do tipo de ilícito, e assim (e nessa sequência):

- i. Através de uma presunção/ dedução dá como provadas as reuniões;
- ii. Através de uma presunção/ dedução dá como provados acordos nessas reuniões;
- iii. Com base nessas duas presunções/ deduções condena a arguida pela prática de 27 contra-ordenações.

276 - É esta violação da constituição que se deixa invocada e sobre a qual este Tribunal se deverá pronunciar.

Sem conceder

XX- Da qualificação dos factos pelo Tribunal a quo como concurso efectivo ou como contra-ordenação continuada

277 - O Tribunal a quo, ao condenar a Arguida pela prática de 27 contra-ordenações, considera que estamos perante um concurso efectivo de contra-ordenações e não perante uma contra-ordenação continuada (fls. 162 da sentença).

278 - Considera a Arguida que o Tribunal a quo fez uma errada apreciação da matéria de direito, à luz do que foi o raciocínio expandido ao longo de toda a sentença. Com efeito, a Arguida



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

considera que, ao longo da sentença, o Tribunal a quo alicerça a sua decisão no sentido da infracção continuada.

279 - Desde logo, há que atender ao facto de o próprio Tribunal a quo se ter dispensado de fundamentar cada uma das infracções, nomeadamente no que respeita à escolha diferenciada do valor concreto das coimas.

280 - Por outro lado, retiramos essa conclusão da forma como se encontra determinada a medida abstracta da coima e no âmbito do volume de negócios (estando perante várias infracções o Tribunal a quo deveria apurar para cada uma, qual o volume de negócios do último ano, ao invés de considerar o ano em que foi praticado o último ilícito).

281 - A decisão do Tribunal a quo quanto à consideração do volume de negócios de um único ano apenas se pode compreender se entendermos as alegadas actuações da arguida numa perspectiva de infracção continuada ou duradoura.

282 - Por outro lado ainda, por diversas vezes, ao longo da sentença, encontramos referência à reunião de 4 de Junho de 2001 como estando no cerne da resolução quanto ao alinhamento dos preços - a resolução da prática da infracção ocorreu nessa data.

283 - Nesse sentido, a fls. 134 da sentença, o Tribunal a quo menciona que "o facto de as propostas não reflectirem os exactos valores mencionados no referido mail de fls. 4259 (da autoria de Pedro Crispim) não coloca minimamente em crise a existência do acordo de 04/06/2001" e que (a fls. 160) "no caso concreto dos autos, este Tribunal entende o seguinte: o momento crucial em que as arguidas concertaram as estratégias comerciais de alinhamento nas propostas a apresentar nos concursos hospitalares deu-se no dia 04/06/2001."

284 - Estes dois excertos da sentença foram indicados a mero título exemplificativo, no sentido de demonstrar que, no raciocínio intrínseco à sentença, não há resoluções autónomas que justifiquem uma pluralidade de juízos de censura e, necessariamente um concurso efectivo de infracções.

285 - Por toda a sentença, é essa a convicção do Tribunal a quo que transparece, ou seja, na reunião de 4 de Junho de 2001 foi definida a estratégia entre as arguidas para a concertação dos preços, no sentido de falsear em alta o preço dos concursos de fornecimento hospitalar. Esta resolução foi posta em prática em cada apresentação a concurso das arguidas concertadas.

286 - São, portanto, manifestamente contraditórios os vários quadros discursivos em que se desenvolve a argumentação da decisão a quo.

287 - Para que a sentença pudesse ser lógica, impor-se-ia a conclusão final de que a contra-ordenação concorrencial em análise nos autos seria uma contra-ordenação pluriexecutiva, na medida em que a respectiva execução e consumação implica um conjunto de factos que se prolonga no tempo ou, no mínimo, uma infracção continuada.

288 - De facto, quanto aos parâmetros que estão na génese da infracção continuada, o Tribunal a quo dá como verificado o critério da homogeneidade da forma de actuação (fls. 160 e 161 da sentença), mas conclui não vislumbrar nos autos qualquer circunstância exterior que, propiciando a recaída na prática do facto, diminua consideravelmente a culpa da Arguida (fls. 161 da sentença).

289 - No entanto, utilizando a doutrina do Professor Eduardo Correia para apontar algumas das situações exteriores que, diminuindo consideravelmente a culpa do agente, poderão estar na base de uma continuação de infracções, tomamos a liberdade de destacar o facto de "ter-se criado, através da primeira actividade constitutiva de infracção, um certo acordo entre os sujeitos".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

290 - *Realce-se que: o Tribunal a quo não determina quem são os agentes da infracção para cada uma das infracções; o Tribunal a quo não identifica o acordo para cada uma das infracções, referindo-se apenas à reunião de 4 de Junho de 2001 como sendo o elemento crucial em que as Arguidas concertaram os preços; o Tribunal a quo analisa o elemento da afectação sensível da concorrência considerando as 27 contra-ordenações e não cada uma de per si; o Tribunal a quo não justifica a medida da coima para cada contra-ordenação de per si; o Tribunal a quo considera que "o ilícito" cessou em 2003 e é este o ano que considera para efeitos de cálculo do volume de negócios.*

291 - *Face a estas conclusões a sentença é intrinsecamente contraditória - todos os elementos foram ponderados como impondo uma decisão pela existência de prática continuada, quando o Tribunal acabou por concluir pela existência de um concurso efectivo".*

4.3. A motivação da arguida Johnson & Johnson, Lda termina com a formulação das seguintes conclusões (transcrição):

"A)O que motiva a Recorrente a apresentar o presente recurso é, no essencial, o mesmo sentimento de injustiça que impulsionou a reagir contra a nota de ilicitude que esteve na origem do presente processo no qual a AdC acusava a recorrente pelos mesmos factos e com base nos mesmos elementos de prova que já tinham servido para a condenar em processo anterior.

B) Em 28 de Dezembro de 2004, a recorrente foi notificada da decisão da AdC no processo PRC 06/03, pela qual foi condenada, conjuntamente com outras empresas, por uma prática concertada, que consistiu na apresentação de uma proposta no Concurso Limitado nº 210001/2003, aberto pelo Centro Hospitalar de Coimbra em Agosto de 2002. É este mesmo concurso que está em causa nos presentes autos.

C)Todas as demais arguidas também recorreram judicialmente desta decisão, dando, assim origem ao processo judicial nº 406/05.9TYLSB, que correu termos no 1º juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa.

D)Nesse processo, a prova da infracção praticada baseava-se apenas na coincidência de preços apresentados a um único concurso hospitalar. Nada se referia quanto a contactos entre as arguidas ou quanto à motivação subjacente à alegada concertação.

E)No decurso do prazo para impugnação judicial da decisão no processo PRC 06/03 a recorrente decidiu apresentar à AdC, voluntariamente e de forma espontânea, um conjunto de factos e elementos que reuniu no âmbito de uma averiguação interna.

F)Face aos elementos facultados pela Recorrente, a AdC decidiu instaurar um novo procedimento contra as mesmas arguidas –o PRC 04/05.

G)Esta segunda investigação da AdC teve por objecto a apresentação, pelas mesmas arguidas do processo anterior, de propostas a diversos concursos públicos, no espaço temporal de 2001 a 2004.

H)A recorrente foi condenada no âmbito do PRC 4/05 pela prática de 36 infracções de prática concertada, pagou a sanção aplicada e não recorreu da decisão. Mas outras arguidas recorreram, razão porque o PRC 04/05 deu origem ao processo 1697.05OTYLSB.

I)No quadro do recurso interposto contra a decisão no processo PRC 06/03 (pela ora recorrente e pelas restantes empresas visadas) e no processo PRC 04/05 (apenas pelas restantes



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

empresas, visto que a Recorrente se conformou com a decisão), veio a AdC requerer a apensação dos dois processos, o que foi decidido pelo Tribunal de Comércio, que ordenou a remessa dos autos á AdC, por ter considerado procedentes as questões prévias invocada relativas á violação do direito de defesa das arguidas e do princípio do contraditório.

J)A AdC formulou, então, uma nova nota de ilicitude e uma nova decisão final de síntese contra todas as empresas (incluindo contra a recorrente), em tudo igual á decisão do PRC 4/05, em que a condenação da recorrente transitou em julgado: com os mesmos factos tipicamente relevantes e com as mesmas provas.

K)A única diferença é a inclusão do Concurso Limitado nº 210001/2003, aberto pelo Centro Hospitalar de Coimbra, que é, diga-se, um concurso entre os muitos que constam da decisão. É por este mesmo concurso público que a Sentença condena a recorrente no presente processo.

L)Na sentença recorrida, o Tribunal a quo não atendeu á particular situação da recorrente, que é a única que foi sancionada por decisão transitada em julgado por práticas concertadas para a fixação de preços no âmbito de concursos públicos hospitalares para o fornecimento de reagentes de determinação de glicose no sangue, precisamente ocorridas no espaço temporal entre 2001 e 2004, com base exactamente nos mesmos factos que aqui se invocam.

M)As reuniões e os contactos havidos entre as então arguidas são correctamente reputados pelo Tribunal a quo como fundamentais para o preenchimento do tipo, quer se entenda que, no caso presente, o tipo foi preenchido porque houve uma prática concertada com o objecto anticoncorrencial, quer se entenda que foi preenchido por ter havido um efeito anticoncorrencial.

N)O Tribunal a quo não dispensou a demonstração, ainda que em parte o tenha feito sob a forma de presunção, da existência de contactos prévios para a consumação da infracção, pois, como se referiu, tais contactos são indispensáveis para o preenchimento do tipo, quer a infracção tenha um objecto, quer tenha também um efeito concorrencial.

O)Ao contrário do que parece resultar da sentença, seria artificioso considerar que, no presente caso, o tipo se poderia preencher duas vezes, se a mesma prática tivesse um objecto anticoncorrencial e também se produzisse um efeito anticoncorrencial. Se assim fosse, todos os cartéis que fossem de facto implementados preencheriam duas vezes o tipo e conduziriam sempre á dupla condenação dos seus agentes.

P)Quando uma determinada prática -um cartel de preços, por exemplo -tem um objecto e um efeito anticoncorrencial, o respectivo tipo infraccional só se preenche uma vez. É exactamente este entendimento que resulta da jurisprudência dos tribunais da União Europeia, relativamente á punição de acordos ou práticas concertadas que violam o nº 1 do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ("TFUE -ex-artigo 81º, nº1), que serviu de inspiração ao correspondente nacional.

Q)Para saber se uma determinada conduta infringe o artº 101º do TFUE deve-se, primeiro, atender ao seu objecto e só caso este seja em si mesmo restritivo da concorrência, se procederá á análise dos seus efeitos. Com efeito, esclarece a jurisprudência dos Tribunais da União Europeia que a inclusão da disjuntiva "ou" no tipo, implica que, primeiro, há que averiguar qual o objecto do acordo ou prática concertada -isto é o seu objecto -e se este não tiver um objecto restritivo da concorrência, terá, então, de se atender ás suas consequências no mercado -isto é, aos seus efeitos -por forma a determinar a existência de uma infracção ao artigo 101º do TFUE.

R)No caso de acordos ou práticas concertadas que assumem a natureza de cartel -e que, por conseguinte, têm um objecto anticoncorrencial -os efeitos de mercado que tais práticas



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

originam são valorados, nos termos da jurisprudência dos Tribunais da União Europeia, para efeitos de determinação da duração da infracção, bem como para determinar a gravidade da mesma.

S)A razão de ser do tipo alternativo da construção da lei nacional -inspirada no artigo 101º do TFUE -é não criar uma lacuna de punição, já que podem existir práticas com objecto anticoncorrencial e sem produção de efeitos.

T)Ainda que se considerasse que há o preenchimento do tipo por produção de efeitos anticoncorrenciais -o que não se concede -continuará a ser necessário demonstrar os mesmos elementos típicos acima referidos de que depende a verificação de uma prática concertada: os contactos prévios com concorrentes, e consequente diminuição da incerteza do mercado e o respectivo nexo de causalidade entre estes elementos. Estes elementos típicos foram já valorados contra a Recorrente em processo anterior transitado em julgado, e foram suportados exactamente pelos mesmos elementos de prova.

U)Independentemente da construção jurídica que se adopte -quer se considere que se trata de uma infracção instantânea ou permanente, quer o momento da sua consumação seja a celebração de um acordo ou prática concertada com o objecto anticoncorrencial, quer se tenha de considerar, também, de forma autónoma o preenchimento do tipo pela implementação da concertação no mercado -em todas as diversas teorias possíveis, os elementos típicos relevantes permanecem os mesmos e os elementos de prova que o Tribunal a quo usou para fundamentar a sua decisão são, também, precisamente os mesmos que já foram usados contra a Recorrente.

V)A recorrente vê-se confrontada com uma segunda condenação que sanciona exactamente os mesmos factos tipicamente em suporte dos quais são invocados exactamente as mesmas provas.

W)Nos termos do artº 29º, nº 5 da Constituição da República Portuguesa, aplicável aos processos de contra-ordenação de acordo com o disposto no artº 32º, nº 10 do mesmo diploma, "Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime".

X) É evidente que não pode haver lugar a um outro processo com fundamento em determinadas actividades que constituem elementos de um concurso de infracções que já foram objecto de um processo, pois, se assim for, o juiz será forçado a concluir que elas deveriam ter sido aí apreciadas.

Y)No presente caso tem de se concluir, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que existe "uma parte comum entre o facto histórico julgado" no processo PRC 4/05 pelo qual a recorrente foi condenada por decisão transitada em julgado, e os factos julgados no presente processo, "sendo que todos eles têm como objecto o mesmo bem jurídico, para além de que constituem um só acção e um todo do ponto de vista jurídico-penal".

Z)Para além desta identidade factual, que é, aliás, gritante, também não se pode olvidar que o concurso público pelo qual se pretende sancionar agora a recorrente já era do conhecimento da AdC quando esta a condenou pela prática de 36 contra-ordenações.

AA)Se alguma relevância jurídica poderia ser retirada da apresentação da proposta ao único concurso que fundamenta a condenação da recorrente, então tal teria de ter ocorrido até ao trânsito em julgado da primeira condenação.

BB)Igual entendimento quanto à impossibilidade de apreciação de factos já valorados tem sido expresso pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em aplicação do artº 4º do Protocolo nº 7 da Convenção para a Protecção dos Direitos do homem e das Liberdades Fundamentais, modificada nos termos das disposições do Protocolo nº 11, ratificado pelo Decreto do



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Presidente da República nº 20/97, publicado no Diário da República, 1ª série-A, nº 102, de 3 de Maio de 1997.

CC)O princípio ne bis in idem encontra-se, também, consagrado no artº 50º da carta dos direitos Fundamentais da União Europeia –documento que tem a mesma força jurídica dos Tratados (artº 6º, nº 1, do Tratado da União Europeia), podendo ser directamente invocado em juízo perante os tribunais nacionais.

DD)O Tribunal a quo não podia, neste novo processo, apreciar factos que formam uma unidade de sentido e que faziam parte do “objecto do processo” anterior, por tal consubstanciar uma actuação manifestamente inconstitucional, violar a Carta dos Direitos Fundamentais da união Europeia, bem como a CEDH.

EE)O Tribunal a quo afirma que é nula a decisão da AdC por violação do artigo 50º do RGCO, mas que tal nulidade se encontra sanada, nos termos do artº 121º, nº 1, al. c), do CPP.

FF)A violação do artº 50º do RGCORDES constitui nulidade insanável, nos termos do artº 119º, nº 1, al. c), do CPP, por estar em causa, como bem identifica o Tribunal a quo, a violação de um direito de defesa em processo contra-ordenacional, tutelado constitucionalmente, cuja preterição tem de ser equiparada à ausência do arguido prevista.

GG)Defender que a nulidade da decisão da AdC se sanou porque a Recorrente impugnou judicialmente a referida decisão implica um atropelo sério dos direitos dos arguidos em processo contra-ordenacional.

HH)Sendo nula a decisão da AdC, e por se tratar de nulidade insanável, nos termos do artº 119º, nº 1, al. c), do CPP, deverá a instrução dos presentes autos ser invalidada a partir da notificação deficitária da nota de ilicitude.

II)A aplicação de sanções acessórias não decorre automaticamente da condenação numa pena principal.

JJ)No caso em apreço, tanto a gravidade da ilicitude como da culpa da arguida são reduzidas, como resulta, desde logo, da aplicação de uma coima de 70.000 euros quando o limite máximo aplicável era de 1.000.000 euros.

KK)A aplicação da sanção acessória de publicação da decisão, longe de resultar da ponderação das circunstâncias do caso concreto, redundará na aplicação automática de uma sanção acessória, em clara violação do artigo 30º, nº 4 da CRP, pelo que deverá ser revogada”.

5. O Ministério Público respondeu ao recurso, considerando de forma sintética que em face da matéria de facto dada como provada e apreciada de modo lógico e com respeito pelas regras de experiências comum, outra não poderia ser a decisão senão a condenação das arguidas nos precisos termos em que o foi, conhecendo de todas as questões colocadas, mostrando-se a sentença elaborada de forma correcta e de harmonia com os preceitos legais aplicáveis, não merecendo qualquer censura, pugnando, assim, pela sua integral manutenção.

6. A Autoridade da Concorrência respondeu ao recurso, formulando as seguintes conclusões (transcrição):



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

I. De acordo com o normativo do nº1 da Lei nº 18/2003, as decisões do Tribunal de Comércio de Lisboa são impugnáveis junto do tribunal da relação de Lisboa, que decide em última instância e que não poderá versar sobre matéria de facto.

II. Nenhuma das situações previstas nos nºs. 2 e 3 do artº 410º do CPP se verifica nos presentes recursos.

III. Algumas das questões suscitadas na motivação dos recursos são pura matéria de facto, pelo que não podem ser conhecidas nesta sede; outras são questões novas, não alegadas perante o Tribunal de Comércio de Lisboa, pelo que tão pouco podem ser admitidas.

IV. Os argumentos já anteriormente invocados no decurso destes autos pelas recorrentes não podem de todo, como melhor fundamentado na sentença objecto do presente recurso e no despacho de fls. 15402-15.406, para onde se remete.

V. Ao invés do que pretendem as recorrentes, o controlo da legalidade, desde logo constitucional, da sanção não tem que fazer-se em sede de determinação da moldura abstracta da coima, mas pelo artigo 44º da Lei nº 18/2003, no qual se estabelecem os critérios a tomar em consideração na fixação da medida concreta da coima.

VI. E é aí que deverão ponderar-se todos os critérios de determinação da medida concreta da coima, já que só assim se assegurará o tratamento equitativo e proporcional dos arguidos, os quais verão apreciada a sua conduta e, consequentemente, fixada a coima atendendo aos concretos factores que subjazem à infracção e ao comportamento em causa.

VII. A conclusão anterior permite, ademais a desfaz a confusão em que incorreram as Recorrentes quanto ao pretensão "erro de direito" e inconstitucionalidade na norma ora objecto de apreciação em virtude da alegada "imprecisão" terminológica da expressão "último ano" e, bem assim, expor o erro em que incorreram quanto à interpretação dada a essa expressão pela Sentença recorrida.

VIII. Por "último ano", para este efeito, tem de entender-se aquele em que cessou a prática ilícita. Tal é também o entendimento que foi sufragado pelo tribunal da Relação de Lisboa, em 7.11.2007, no proc.7251/07, p. 35 e se, da 3ª secção.

IX. Não tem a Recorrente Abbott quando invoca que se devia tomar em consideração o volume de negócios da empresa apenas no sector dos reagentes para a determinação da glicose no sangue, para os hospitais, pois as repercussões de uma prática restritiva da concorrência poderão não se circunscrever ao volume de negócios afecto ao sector (i. e., serviço ou produto) envolvido nessa prática, antes gerando benefícios e vantagens para a empresa no seu todo, os quais apenas se encontram reflectidos no respectivo volume de negócios total.

X. Não tem razão a Recorrente Abbott ao sustentar a nulidade da Sentença ora recorrida por incumprimento do dever de fundamentação previsto no artº 374º, nº 2 do CPP. Verifica-se antes que, na Sentença ora recorrida, a fls. 130 a 139, é feita uma exposição completa dos depoimentos que valorou, bem como um exame crítico dos demais elementos probatórios.

XI. O Tribunal, na sentença ora recorrida, deixou perfeitamente explicitadas as provas testemunhais e documentais em que fundamentou o juízo decisório, pelo que não pode proceder a alegada nulidade.

XII. O depoimento da testemunha Carlos Rombo não pode ser considerado como indirecto, porquanto, tal como resulta da sentença recorrida, o depoente vivenciou a realidade por ele relatada e tinha conhecimento directo dos factos sobre que prestou depoimento. Contudo, caso assim se



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

entenda, verifica-se que o tribunal a quo fundamentou a Sentença em diversos elementos de prova (documental e testemunhal), assim como no seu sentido crítico.

XIII. Na audiência de julgamento, a testemunha Pedro Crispim, no decurso do seu depoimento, confirmou ao tribunal a sua autoria relativamente ao documento de fls. 4259 (ou fls.24), em língua inglesa, e procedeu à sua tradução para Português, não tendo sido nesse momento requerida, por desnecessária, a tradução ou impugnada a sua veracidade ou arguida irregularidade por qualquer dos intervenientes.

XIV. Não existe qualquer omissão do dever de fundamentação da sentença pelo tribunal a quo, pelo que não pode proceder o alegado vício de “insuficiência da matéria de facto dada como provada”, uma vez que a proposta da Recorrente Menarini relativa ao concurso dos hospitais de Coimbra nunca poderia ter sido apresentada com 4 meses de antecedência em relação à data de abertura das propostas, ou seja, antes de 16 de Junho de 2003.

XV. A AdC não podia disponibilizar à Recorrente Abott os elementos pela mesma pretendidos quando a própria AdC não os tinha em seu poder.

XVI. A complexidade, a problemática e os custos inerentes à vídeo-conferência a realizar para os Estados unidos da América, que não é possível para todos os locais (veja-se a Lista da Direcção-Geral da Administração da Justiça, actualizada em 4 de Fevereiro do 2010, in www.dgaj.mj.pt), constam ao invocado argumento de que a vídeo-conferência seria um processo célere. De resto, o estado da Florida é precisamente uma das zonas para as quais não há ligação por vídeo-conferência. Da mesma forma, é conhecida a morosidade do procedimento de inquirição por carta rogatória para países fora da União Europeia.

XVII. Desde a Nota de Ilícitude que se encontram elementos, de facto e de direito suficientes para que as Recorrentes pudessem perceber que a imputação das condutas anticoncorrenciais de que eram alvo nos presentes autos lhes foi feita a título de dolo.

XVIII. Considerando as molduras abstractas previstas nos dois diplomas legais em confronto, concluiu o tribunal que a punição das infracções ao disposto no nº 1 do artº 2º do DL nº 371/93 deveria fazer-se ao abrigo da moldura prevista no nº 2 do artº 37º do mesmo DL, por ser esta a mais favorável.

XIX. A punição das infracções ao disposto no nº 1 do artº 4º da Lei nº 18/2003, teria, necessariamente, que fazer-se nos termos da al. a) do nº 1 do artº 43º da mesma Lei, por ser esta “a lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que depende”.

XX. O Tribunal a quo, na Sentença recorrida tomou em consideração o regime sancionatório mais favorável para as arguidas relativamente às infracções a coberto da vigência do invocado DL nº 371/93, aplicando às infracções ocorridas após a entrada em vigor da Lei nº 18/2003 o regime previsto nesse mesmo diploma legal.

XXI. O Tribunal procedeu à acumulação das coimas concretamente aplicadas a cada uma das contra-ordenações em concurso, respeitando a regra de que a moldura sancionatória a final não pode exceder o dobro do limite máximo abstractamente aplicável à contra-ordenação in abstracto mais severamente punida daquelas que estão em concurso, e um limite mínimo que não pode ser inferior à mais elevada das coimas concretamente aplicadas.

XXII. O Tribunal não aceitou estarmos perante infracções continuadas cometidas pelas recorrentes, desde logo, porque em cada procedimento público de aquisição do reagente de determinação de glicose no sangue, qualquer uma das arguidas podia – e devia – ter-se absterido de cometer um ilícito jusconcorrencial não havendo sensível diminuição da culpa.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

XXIII. A infracção imputada á J&J, ora recorrente, não poderá deixar de considerar-se autónoma face ás demais infracções que lhe foram imputadas em momento anterior do processo - com as quais esta recorrente expressamente se conformou -e, bem assim, face ás infracções imputadas ás demais empresas recorrentes, não estando abrangida, assim, pelo princípio ne bis in idem.

XXIV. A divulgação da sentença recorrida no portal da AdC não tem natureza de sanção acessória, correspondendo, tão-somente, ao cumprimento da missão legal e estatutariamente imposta á AdC de divulgar a sua actividade, assim prosseguindo a missão de criação de uma cultura de concorrência consagrada nos artigos 1º e 6º dos Estatutos da Acd, aprovados pelo Decreto-Lei nº 1072003, de 18 der Janeiro”.

Nestes termos:

- a) Não devem ser admitidos os recursos interpostos pelas recorrentes ou, caso assim não se entenda,
- b) Devem julgar-se igualmente improcedentes as nulidades, irregularidades e inconstitucionalidades materiais suscitadas pelas recorrentes como questão prévia aos respectivos recursos; e
- c) Devem ser julgados integralmente improcedentes os recursos ora interpostos em, consequentemente, mantida integralmente a Sentença recorrida”.

7. Do Recurso Interlocutório.

7.1. Por despacho proferido a 8/04/2008, constante de fls. 15.402-15.406, o Tribunal a quo conheceu das seguintes questões prévias suscitadas pelas arguidas:

“Johnson & Johnson:

1. Prescrição: tratando a decisão da ADC de uma alegada prática concertada e contínua das arguidas, cujo espaço temporal se situa entre 2001 e 2004, e que se reflectiu durante todo o tempo na fixação de preços a apresentar em propostas de financiamento do reagente, no âmbito dos concursos hospitalares, resulta claro que o presente procedimento não está prescrito, na medida em que a consumação da infracção prolonga-se muito para além da reunião de 4 de Junho de 2001, mais concretamente por todo o tempo em que, segundo a AdC, foram mantidas reuniões regulares que levaram á tal fixação de preços até 2004. (...)improcede a invocada prescrição.

2. Violação do princípio ne bis in idem: como se verifica pelos fundamentos expostos relativamente á apreciação da prescrição, este processo de contra-ordenação não se esgota na reunião de 4 de Junho de 2001, mas na já referida prática concertada e contínua até 2004. Por ser manifesto que não se trata de segundo julgamento sobre os mesmos factos, decai a invocada violação do princípio ne bis in idem.

Abbot-Laboratórios, Lda

1. Não disponibilização de meios de prova: os elemetos (fls. 9733 a que se refere esta arguida não foram juntos ao processo pela co-arguida Roche, nem está demonstrado que tenham sido utilizados pela AdC para fundamentar a sua decisão; não se trata assim de meio de prova com relevo para a condenação (...)Improcede esta questão.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2. Utilização de meios de prova que foram obtidos através de actos processuais inquinados pela nulidade da primeira Nota de Ilcitude: também aqui não tem razão a arguida, isto porque não há nenhuma decisão judicial a declarar a nulidade de qualquer elemento probatório, sendo claro que os meios de prova de obtenção de prova e os meios de prova têm que ser declarados concreta e especificamente nulos ou irregulares, o que não sucedeu nos presentes casos (...) Termos em que as provas produzidas nos autos são admissíveis, porque não se mostram proibidas por lei- artº 125º - nem foram consideradas como tal mediante despacho judicial. Improcede esta questão, por não serem nulas as diligências complementares de prova.

3- Nulidade da nota de Ilcitude e dos actos subsequentes por falta de indicação suficiente do elemento subjectivo e por falta de indicação dos factos que revelem o volume de negócios a considerar pela recorrida: a AdC alega factos que, na sua perspectiva, integram todos os elementos objectivos e subjectivos que permitem concluir, de direito, pela prática de determinadas infracções; ao longo da decisão, que é exaustiva, estão indicados os factos que integram os elementos subjectivos e objectivos que justificaram a condenação da AdC. Tudo isto, claro, na perspectiva desta entidade; questão distinta é sua demonstração em Tribunal, o que só ocorrerá ou não após a produção de prova e decisão de facto e direito do tribunal: Improcee a questão.

4. Violação do direito ao silêncio: o direito ao silêncio consignado no processo penal não tem a amplitude pretendida pela arguida, mas tão só a constante do artº 61º, nº 1, al. c) (...) não existe qualquer inconstitucionalidade (...). Improcedem estas questões.

Menarini Diagnósticos, Lda.

1. Da dedução da nota de ilicitude antes do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Tribunal do Comércio: invoca-se sem razão, a nulidade da nota de ilicitude por falta de poderes da AdC, considerando a suspensão do processo de contra-ordenação; se a AdC formula nova Nota de Ilcitude, talvez de forma precipitada, antes do trânsito e julgado do despacho judicial, significa apenas e tão só que rapidamente acatou a decisão, não se vislumbrando daí qualquer prejuízo para as defesas, cujos contraditórios foram assegurados; não há qualquer falta de poderes da AdC para deduzir a Nota de Ilcitude (...) Improcede esta questão.

2. Da nulidade do processo de contra-ordenação, da nota de ilicitude e da decisão final face à decisão do Tribunal de Comércio: também aqui não tem razão a arguida; e isto porque não há nenhuma decisão judicial a declarar a nulidade de qualquer elemento probatório (...) Improcede esta questão, por não serem nulas as diligências de prova anteriormente realizadas.

3. Da preterição de formalidades essenciais: os elementos (fls. 9733) a que se refere esta arguida não foram juntos ao processo pela co-arguida Roche (...) Improcede esta questão.

4. Restantes inconstitucionalidades, nulidades e questões prévias suscitadas: finalmente, inexistente qualquer inconstitucionalidade - artigos 1º, 2º, 20º, nº4 e 32º da CRP - nas normas aplicadas pela AdC, porque i) a menor resonância ética do ilícito de mera ordenação social subtrai-o às mais "rigorosas exigências de determinação válidas para o ilícito penal" - Fernanda Palma e Paulo Otero, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Vol. XXXVII 2, p.564 - sem prejuízo da necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamdo a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal (...) Improcedem estas questões.

Não há outras questões prévias ou incidentais susceptíveis de obstar à apreciação do mérito da causa de que possa, desde logo, conhecer, sem que todas as questões referentes ao mérito do processo, e, bem assim, todas as relativas à aplicação das coimas, serão apreciadas a final".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7.2. Deste despacho recorreram para este Tribunal da Relação as três arguidas (cfr. fls.15.443, 15.659 e 15.725).

Estes recursos intercalares (interpostos a fls. 15.443,15.659 e 15.725) **foram admitidos**, com subida a final, nos próprios autos e efeito meramente devolutivo (cfr. fls. 15.893-15.894).

7.3. **Só** a arguida **Abbott, Laboratórios, Ld^a** manifestou interesse no conhecimento do recurso, para o que apresentou as seguintes conclusões:

"1.A Abbott não foi notificada da resposta (contra-alegações) da Autoridade da Concorrência em momento anterior à prolação do despacho ora recorrido.

2.Quando a autoridade administrativa exerce o seu direito de apresentar contra-alegações, assiste sempre ao arguido o direito de ser notificado dessas mesmas contra-alegações e de, caso o entenda, apresentar resposta às mesmas, nomeadamente ao abrigo dos princípios do contraditório e da igualdade de armas e dos direitos de audiência e de defesa que o artº 32º da constituição da república consagra. A não ser assim, o arguido ficaria colocado numa posição processual de flagrante desigualdade.

3. Neste ponto, o Tribunal do Comércio de Lisboa procedeu a uma incorrecta interpretação dos artigos 311.º, n.º 1 e 312.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, em conjugação com o artigo 41.º do Regime Geral das Contra-Ordenações, e do artigo 51.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003

4. Uma interpretação do artigo 51.º, n.º 1 da Lei da Concorrência segundo a qual o arguido em processo de contra-ordenação não tem de ser notificado das alegações da Autoridade da Concorrência e não pode responder às alegações apresentadas pela autoridade administrativa redundam em norma materialmente inconstitucional, por violação do artigo 32.º, n.º 1, 2, 5 e 10 da Constituição da República Portuguesa — inconstitucionalidade que desde já se deixa arguida.

5. Da mesma forma, a interpretação do artigo 311.º, n.º 1 e 312.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, em conjugação com o artigo 41.º do Regime Geral das Contra-Ordenações e artigo 51.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, segundo a qual o arguido em processo de contra-ordenação não tem de ser notificado das contra-alegações da Autoridade da Concorrência e não pode responder a essas mesmas contra-alegações, redundam em norma materialmente inconstitucional, por violação do artigo 32.º, n.º 1, 2, 5 e 10 da Constituição da República Portuguesa — inconstitucionalidade que desde já se deixa arguida.

6. Assim, o despacho ora recorrido é nulo, ao abrigo dos artigos 32.º, n.º 1, 2, 5 e 10 da Constituição da República Portuguesa, e artigos 119.º, alínea c) e 120.º, n.º 2, alínea d), ambos do Código de Processo Penal — ex vi do artigo 41.º do RGCO, ou, caso assim não se entenda, está viciado por irregularidade, nos termos e para os efeitos do artigo 123.º do CPP.

7. A Abbott não teve acesso, conforme expressamente requerido, aos elementos de prova apresentados pela co-arguida Roche, os quais foram eliminados do processo pela Autoridade da Concorrência, antes que as demais arguidas pudessem avaliar a serventia dos mesmos para a sua Defesa.

8. Nessa medida, verifica-se uma violação inadmissível dos direitos de defesa da Abbott, saindo violado o disposto no artigo 50.º do RGCO, no artigo 32.º, n.º 10 da CRP e no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, implicando a nulidade da Nota de Ilicitude e de todos os actos subsequentes, incluindo a Decisão Autoridade da Concorrência;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9. A interpretação dos artigos 17.º, 18.º, 24.º, 25.º, 26.º, todos da Lei n.º 18/2003, ou de quaisquer outros que atribuam poderes de investigação e instrução à Autoridade da Concorrência, no sentido de que a Autoridade da Concorrência pode seleccionar, entre os meios de prova recolhidos e analisados, aqueles que são juntos aos autos e aqueles que são dispensados, de acordo com um critério discricionário e arbitrário, redundando em norma materialmente inconstitucional, por violação do artigo 32.º, n.º 10, da CRP — inconstitucionalidade que se deixa invocada para todos os efeitos legais;

10. O despacho ora recorrido deverá ser revogado por ter procedido a uma incorrecta interpretação e aplicação das disposições normativas supra referidas.

11. No âmbito do presente processo, todos os actos processuais praticados entre a prolação da primeira Nota de Ilícitude (inclusive) e a sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa que declarou a nulidade dessa mesma primeira Nota de Ilícitude (exclusive) ficam inquinados pelo vício de nulidade e não podem ser aproveitados, incluindo os actos subsequentes nos quais se inclui a decisão Autoridade da Concorrência.

12. Na Nota de Ilícitude (que veio a ser proferida depois da decisão do TRIBUNAL DO COMÉRCIO DE LISBOA que anulou o processado anterior) e na subsequente Decisão final, a Autoridade da Concorrência suporta parte dos factos que imputa às Arguidas, em documentação que resulta de diligências complementares de prova — e em particular, de inquirições de testemunhas — que foram realizadas durante a instrução do processo que decorreu entre a notificação da primeira Nota de Ilícitude (que veio a ser anulada) e a decisão do TRIBUNAL D COMÉRCIO DE LISBOA (que anulou o processado anteriormente).

13. Destarte, ao basear-se em actos processuais nulos, a decisão Autoridade da Concorrência é igualmente nula.

14. Ao considerar esta questão como improcedente, o despacho ora recorrido procedeu a uma incorrecta interpretação do artigo 25.º, n.º 1, alínea b) e artigo 26.º, ambos da Lei 18/2003, do artigo 122.º do Código de Processo Penal e do artigo 125.º do Código de Processo Penal.

15. A Nota de Ilícitude não apresenta quaisquer elementos de facto e de direito que permitam suportar a afirmação de que a imputação subjectiva — dolo ou negligência — está preenchida, muito menos para cada um dos alegados 35 ilícitos imputados à Abbott no artigo Primeiro, alínea (i), da Decisão.

16. Assim, conclui-se que a Nota de Ilícitude é nula, o que determina, igualmente, a nulidade dos actos processuais subsequentes, entre os quais se inclui a Decisão cuja Impugnação Judicial se encontra pendente.

17. Ao considerar esta questão como improcedente, o despacho ora recorrido procedeu a uma incorrecta interpretação do artigo 25.º, n.º 1, alínea b) e artigo 26.º, ambos da Lei 18/2003, do artigo 50.º do RGCO e do artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa.

18. A Nota de ilicitude não indica qual o ano do volume de negócios da Abbott, a considerar para efeitos do artigo 43.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 18/2003, pelo que a Decisão da Autoridade da Concorrência deve ser considerada nula, em conformidade com o Assenso 1/2003, do STJ, relativamente aos oito ilícitos imputados no artigo Primeiro, alínea (i), subalíneas e), n), p), t), y), z), bb) e gg), da Decisão, por violação do artigo 50.º, do RGCO, artigo 32.º, n.º 10, da CRP e 6.º da CEDH;

19. Ao considerar esta questão como improcedente, o despacho ora recorrido procedeu a uma incorrecta interpretação do artigo 25.º, n.º 1, alínea b) e artigo 26.º, ambos a Lei 18/2003, do artigo 50.º do RGCO e do artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa.

20. Em processo de contra-ordenação o Arguido goza do direito ao silêncio e, bem assim, do direito à não auto-incriminação, à qual não pode ser compelido por nenhuma forma;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

21. A norma que resulta da interpretação conjugada dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003, no sentido de obrigar o Arguido a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, determinadas informações e documentos, é inconstitucional, por violação dos artigos 1.º, 2.º, 20.º, n.º 4 e 32.º, n.º 2, 8 e 10 da CRP — inconstitucionalidade essa que se deixa invocada para todos os efeitos legais;

22. A interpretação literal, sistemática e teleológica do artigo 32.º, n.º 10, da CRP concorrem para a conclusão de que a norma que resulta da interpretação conjugada dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, no sentido acima referido, é inconstitucional.

23. Todas as provas obtidas, no presente processo, com base nos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, são nulas, nomeadamente por aplicação do artigo 126.º, n.º 1, e n.º 2, alínea d), do CPP, aplicável por força do artigo 41.º do RGCO, não podendo ser apreciadas em sede de decisão final, bem como aquelas que lhe são subsequentes e que delas, de algum modo, dependam, pois as mesmas estão inquinadas consequentemente pelo vício que inquina as primeiras.

24. Ao considerar esta questão como improcedente, o despacho ora recorrido procedeu a uma incorrecta interpretação do artigo 61.º, n.º 1, alínea d), do CPP, e do artigo 191.º, n.º 1, do mesmo diploma, tendo igualmente procedido a uma incorrecta resolução do problema de inconstitucionalidade normativa da norma que resulta da interpretação conjugada dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003, no sentido acima explicitado".

7.4.O Ministério Público responde á motivação dos recursos, concluindo pela improcedência dos mesmos, dizendo, em síntese, o seguinte:

Quanto á recorrente Abbott, Laboratórios, Lda conclui pela falta de razão da recorrente:

Face á invocada "Nulidade da nota de ilicitude e dos actos subsequentes por falta de indicação suficiente do elemento subjectivo e por falta de indicação dos factos que revelem o volume de negócios a considerar pela recorrida", considera o MºPº que a decisão da AdC contém claramente os elementos subjectivos e objectivos das infracções imputadas ás arguidas e que justificaram a condenação pela AdC.

Da alegada violação do direito ao silêncio, também o MºPº conclui pela inexistência de qualquer nulidade ou inconstitucionalidade, por nada terem sido afectados os direitos de defesa da recorrente.

7.5. A Autoridade da Concorrência veio responder á motivação dos recursos, formulando as seguintes conclusões:

I. As arguidas, ora recorrentes, interpuseram recurso do despacho do Tribunal de Comércio de Lisboa que decidiu pela improcedência de questões prévias que alegaram e que correspondem, genericamente, à imputação de nulidades e irregularidades processuais.

II. Para o efeito, as recorrentes invocaram o artigo 73º, nº 1 do RGCO (Recorrente Abbott) e os artigos 399º, 401º, nº 1, alínea b), 406º, nº 1 e 407º, nº 3 do CPP (Recorrente J&J e Menarini).

III. Efectivamente, o regime dos recursos das decisões em processos de contra-ordenações encontra-se previsto no artº 73º do RGCO.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

IV. Da análise do artigo 73º, nº1, do RGCO verifica-se que só cabe recurso para o Tribunal da Relação de decisões finais, estando excluídas as decisões interlocutórias, espécie em que se integra o Despacho ora em recurso.

V. A recorrente Abbott no seu requerimento de interposição do recurso corrobora a restrição do âmbito de aplicação do artº 73º, nº 1 do RGCO, ao declarar que, (...) a jurisprudência portuguesa, incluindo a jurisprudência constitucional, entende (...) que, no âmbito do processo contra-ordenacional, apenas as decisões elencadas no artigo 73º do Regime Geral das Contra-ordenações (adiante RGCO) admitem recurso ordinário para o Tribunal da Relação. O despacho ora recorrido não se integra dentro do escopo normativo do artº 73º do RGCO" (vide § 2º do requerimento de interposição de recurso da Recorrente Abbott).

VI. Também decidiram nesse sentido o Tribunal Constitucional, no Acórdão proferido no processo nº 253/08, da 2ª secção, de 29 de Outubro de 2008.

VII. Também o Tribunal da Relação de Coimbra adoptou o mesmo entendimento, no Acórdão proferido no processo nº 111/07.1TBFND-A.C1, de 18 de Maio de 2007.

VIII. A fundamentação dos recursos nos artigos 399º, 401º, nº 1, alínea b), 406º, nº 1 e 407º, nº 3 do CPP, não pode proceder porquanto não estamos perante a existência de qualquer lacuna no RGCO.

IX. A norma do artº 73º, nº 1 do RGCO é clara, exhaustiva e imperativa, pelo que não cabe, no caso concreto, a aplicação de tais artigos do CPP.

X. A questão prévia da "... (nulidade do despacho de fls. 15.402 e 15.406 (...))" e, subsidiariamente, (...) a irregularidade desse despacho (...) " suscitada pela recorrente Abbott foi já decidida pelo Tribunal de Comércio de Lisboa, por Despacho de 1 de Julho de 2008, a fls. 15771 dos presentes autos.

XI. A aludida "questão prévia", tendo sido já objecto de decisão do tribunal a quo –decisão essa que não foi objecto de qualquer reacção judicial da Recorrente Abbott –não poderá ser conhecida pelo Venerando tribunal ad quem.

XII. Ainda que assim não se entenda, o que não se concede e por mero dever de patrocínio se concebe, sempre se imporá a improcedência da mesma questão, na esteira do já defendido pelo Tribunal de Comércio, no citado despacho de fls. 15771.

XIII. Atento o teor da argumentação expendida a esse propósito pela recorrente Abbott, haverá, necessariamente, que concluir que a mesma confunde o regime processual previsto para os processos de natureza penal consagrados no CPP e o regime dos processos de natureza contra-ordenacional, maxime, o aplicável às decisões da AdC este consagrado tanto na Lei 18/2003, como, subsidiariamente, no RGCO.

XIV. Conforme expressamente resulta do artigo 51º da Lei 18/2003, não se prevê, pois, em sede de tal diploma legal, qualquer notificação ao recorrente ou direito de pronúncia do mesmo sobre as alegações produzidas pela AdC, em sede de recurso de contra-ordenação, nem tão pouco tal solução é contrariada por qualquer das normas constantes da RGCO, pelo que não há qualquer base legal que permita sustentar a tese expandida pela Recorrente Abbott.

XV. Verifica-se na economia deste tipo de recursos de impugnação, não existir qualquer norma e, bem assim, qualquer princípio ou razão que justifique a atribuição à ora recorrente do direito de se pronunciar sobre as contra-alegações da AdC, especialmente quando, nas mesmas, nenhuma



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

excepção é invocada, apenas se impugnando a tese expendida pela Recorrente e respondendo às questões prévias e incidentais por esta suscitadas.

XVI. É através da atribuição do direito de "contra-alegar" à AdC que, aí sim, se visa respeitar o princípio do contraditório e o princípio da igualdade de armas, ao conferir-se a possibilidade de aquela Autoridade se pronunciar sobre as questões prévias, nulidades, e inconstitucionalidades suscitadas pela Recorrente nas suas alegações de recurso, e, bem assim, dando-lhe a possibilidade de impugnar a matéria de excepção deduzida pela mesma sobre a matéria de fundo da decisão proferida pela AdC, entretanto recorrida.

XVII. Se algum princípio de natureza processual haverá de ter em conta na ponderação e análise da pretensão da recorrente Abbott será o princípio da celeridade processual, o qual sairia manifestamente vilipendiado ao abrir-se a porta a uma sequencia infundável de peças processuais e de "pronúncias sobre pronúncias", que apenas serviriam o objectivo de deixar prescrever as infracções de que vem imputada a recorrente Abbott, objectivo ao qual não parece alheia a questão prévia a que ora se responde.

XVIII. Não assiste qualquer razão à recorrente Abbott, inexistindo qualquer nulidade, irregularidade ou inconstitucionalidade que possa assacar-se ao duto Despacho de fls. 15402 a 15406 ou à interpretação do artigo 51º da Lei 18/2003 e dos artigos 311º, 1 e 312º, 1 do CPP, por não ter a arguida, ora Recorrente, sido notificada e chamada a pronunciar-se sobre as alegações da AdC, direito que manifestamente, e como se deixou demonstrado, efectivamente não lhe assiste.

XIX. No que concerne à fundamentação substantiva invocada pela Recorrente nos respectivos recursos, atento o que se deixou expendido nas alegações da AdC e bem assim, a fundamentação do despacho recorrido, e por se considerar não ser a argumentação das ora recorrentes atendível, nem tão pouco suficiente para infirmar as conclusões vertidas nas mesmas alegações e Despacho, aqui se dá por reproduzido para efeitos de impugnação integral do invocado nas alegações de recurso das Recorrentes o teor das alegações da AdC apresentadas nos presentes autos, maxime o disposto no Capítulo 2 (secções 2.2 a 2.10) dispensando-se a AdC a de proceder, nesta sede, a quaisquer considerações adicionais.

XX. A assunção de tal posição da AdC é ditada por manifestas preocupações de colaboração com o Venerando Tribunal ad quem- com vista à facilitação do julgamento dos presentes recursos- bem como de preponderância do princípio da celeridade processual, especialmente atendendo à urgência dos presentes autos -aliás já manifestada pelo Tribunal de Comercio de Lisboa em Despacho de fls. 15827 -determinada pelos prazos prescricionais das infracções em causa.

XXI. A alegada nulidade do Despacho recorrido por omissão de pronúncia quanto (i) à invocada nulidade da Decisão proferida pela AdC, por violação do princípio do contraditório e (ii) à invocada inconstitucionalidade da interpretação do artigo 44º da Lei nº 18/2003, invocada pela Recorrente J&J carece de fundamento porquanto em ambos os casos estamos perante questões não consubstanciam matérias de excepção e/ou questões prévias a conhecer em momento anterior à apreciação do mérito do recurso de impugnação interposto.

XXII. As questões relacionadas com a reincidência e a inconstitucionalidade invocada na aplicação do artigo 44º da Lei 18/2003 -que define os critérios de fixação de coima- não obstam ao conhecimento do mérito da causa podendo e devendo ser decididas a final.

XXIII. Ora, dispondo o artigo 311º, nº 1 do CPP que nesta fase o Tribunal apenas se pronuncia sobre nulidades e outras questões prévias ou incidentais que obstem à apreciação do mérito da causa e de que possa desde logo conhecer, só após a mencionada fase poderá o Tribunal concluir se os critérios de aplicação da coisa foram os correctos e se a coima em concreto aplicada é



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ou não excessiva em face da prova produzida, sobre a culpa e gravidade da prática de que vem acusada.

XXIV. É este também o entendimento perfilhado há muito na doutrina e jurisprudência nacional, pelo que somos a concluir que o Despacho ora em recurso é exímio e encontra-se devidamente fundamentado.

XXV. O Meritíssimo Juiz a quo pronunciou-se sobre todas as questões prévias que, efectivamente, obstavam ao conhecimento do mérito dos autos, pelo que não pode proceder o presente recurso.

Nestes termos, não devem ser admitidos os recursos interpostos pelas recorrentes, ou, caso assim não se entenda, devem julgar-se integralmente improcedentes as nulidades, irregularidades e inconstitucionalidades materiais suscitadas pela recorrente Abbott como questão prévia ao respectivo recurso."

7.6. Do despacho de fls. 14.402-15.406 (saneamento) foi intentado recurso para o Tribunal Constitucional pela arguida Abbott, Ld^a, para o caso de se considerar irrecurável o despacho em análise (cfr. fls.15.427).

8. A arguida Abbott, Ld^a, por requerimento de fls. 15.412 a 15.424 veio suscitar a nulidade do mesmo despacho de fls. 15.402-15.406 pelo facto de ter sido proferido sem prévia notificação das alegações da Autoridade da Concorrência para exercer o contraditório.

A arguida suscitou ainda a questão da inconstitucionalidade material da interpretação do artº 51º, nº 1, da Lei nº 18/2003, "segundo o qual o arguido em processo de contra-ordenação não tem de ser notificado das alegações da autoridade da concorrência e não pode exercer resposta às alegações apresentadas".

8.1. O Ministério Público, bem como a Autoridade da Concorrência pronunciaram-se pela integral improcedência das nulidades, irregularidades e inconstitucionalidades suscitadas.

8.2. A nulidade foi conhecida pelo **despacho de fls. 15.771**, que julgou improcedente a arguição da nulidade.

8.3. Deste despacho não foi interposto recurso, só para o Tribunal Constitucional.

9. Por despacho de fls. 15.893 a 15.896 foi indeferida a inquirição da testemunha Francisco Gomez- Malagon através de carta rogatória ou vídeo-conferência.

9.1. A arguida Abbott veio recorrer deste despacho para o Tribunal da Relação, pedindo a final que se declare nulo este despacho que indeferiu o depoimento da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

testemunha por carta rogatória ou vídeo-conferência, substituindo-se o mesmo por outro que admita a inquirição (cfr. fls. 15.924 a 15.945).

9.2. O Ministério Público e a Autoridade da Concorrência vieram responder à motivação de recurso, suscitando como questão prévia a inadmissibilidade legal do recurso, devendo o mesmo ser rejeitado.

9.3. Este recurso não foi admitido, porque considerado irrecorrível (cfr. fls. 15.981).

10. Os recursos da sentença final foram admitidos com subida imediata, nos próprios autos e efeito suspensivo. Foi igualmente ordenada a subida a esta Relação, do recurso intercalar (cfr. fls. 17.189 e 17.190).

11. Neste Tribunal da Relação, o Srº Procurador-Geral-Adjunto teve Vista nos autos.

12. Colhidos os Vistos legais, procedeu-se a final á Audiência, conforme requerida, com observância do legal formalismo.

Cumpre, agora, decidir.

*

II-FUNDAMENTAÇÃO.

A) DO RECURSO INTERLOCUTÓRIO.

O objecto do recurso interlocutório da arguida Abbott, Ld^{a1}, delimitado pelas conclusões, submete á apreciação deste Tribunal as seguintes questões:

- a) A nulidade do despacho recorrido devido á preterição de notificação da arguida das alegações apresentadas pela Autoridade da Concorrência, com violação do contraditório e consequentemente do direito de defesa da arguida.

¹ Das três arguidas que recorreram deste despacho de fls. 15.402-15.406, admitido com subida a final, nos próprios autos, só a arguida Abbott, Ld^a manifestou interesse no conhecimento do recurso (cfr. artº 412º, nº 5 do CPP, aplicável ex vi do artº 21º da Lei da Concorrência).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

b) A Nulidade da Nota de Ilícitude e dos actos subsequentes, devido:

- a falta de indicação suficiente do elemento subjectivo;
- a falta de indicação dos factos que revelem o volume de negócios a considerar pela recorrida;
- a não disponibilização á arguida dos meios de prova de que teve conhecimento a Autoridade da Concorrência.

d) A violação do direito ao silêncio.

Apreciando:

Conforme se colhe do despacho recorrido, proferido nos termos do artº 311º do CPP, ex vi do nº 1 do artº 41º do do Regime Geral das Contra-Ordenações e do nº 1 do artº 22º da Lei nº 18/2003 de 11/06, o Tribunal de Comércio conheceu e declarou improcedentes todas as questões prévias e nulidades suscitadas pelas recorrentes na Impugnação Judicial, designadamente, a saber;

- a) Da não disponibilização de meios de prova;
- b) Da invocada utilização de meios de prova que foram obtidos através de actos processuais inquinados pela nulidade da primeira Nota de Ilícitude.
- c) Da nulidade da Nota de Ilícitude e dos actos subsequentes por falta de indicação suficiente do elemento subjectivo e por falta de indicação dos factos que revelem o volume de negócios a considerar pela recorrida
- d) Da violação do direito ao silêncio das arguidas.
- e) Da violação da dedução da nota de ilicitude antes do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Tribunal de Comércio.
- f) Da nulidade do processo de contra-ordenação, da nota de ilicitude e da decisão final face á decisão do Tribunal de Comércio de Lisboa.
- g) Da preterição de formalidades essenciais, restantes nulidades e questões prévias suscitadas.

Pretende a recorrente com o presente recurso a revogação deste despacho e a sua substituição por outro que considere procedentes as questões ora suscitadas.

Vejamos:

Quanto á arguida nulidade do despacho recorrido, com fundamento no facto de ter sido proferido sem prévia notificação das alegações da Autoridade da Concorrência á arguida para o exercício do contraditório, não podemos deixar de referir que esta mesma questão foi também suscitada pela mesma arguida em requerimento autónomo, sobre o qual recaiu o despacho de fls. 15.771 que julgou improcedente tal nulidade, considerando não haver lugar á reclamada notificação das alegações da AdC, decisão que não foi objecto de recurso, donde, a inexistência de nulidade nesta forma de procedimento é questão que está adquirida para o processo, a coberto da força do caso julgado formal.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Porém, antes de tudo o mais coloca-se a questão prévia de saber se este despacho proferido pelo Tribunal de Comércio e ora posto em crise é susceptível de recurso para a Relação de Lisboa?

A Lei da Concorrência (LC) nada especifica sobre esta questão, remetendo para o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social, aprovado pelo DL n.º 433/82, de 27 de Outubro e sucessivamente alterado².

Vejamos, então, da admissibilidade ou não do recurso?

O art.º 73.º do RGIMOS, com a redacção do Dec-Lei n.º 323/2001, de 17/12, sob a epígrafe "**Decisões judiciais que admitem recurso**", dispõe o seguinte:

"1. Pode recorrer-se para a Relação da sentença ou do despacho judicial proferidos nos termos do artigo 64.º quando:

- a) For aplicada ao arguido uma coima superior a (euro) 49,40;*
- b) A condenação do arguido abranger sanções acessórias;*
- c) (...)*
- d) (...)*
- e) (...)*

2. Para além dos casos enunciados no número anterior, poderá a Relação, a requerimento do arguido ou do Ministério Público, aceitar o recurso da sentença quando tal se afigure manifestamente necessário à melhoria da aplicação do direito ou à promoção da uniformidade da jurisprudência.

3 (...)"

Este regime é, como parece evidente, um regime restritivo da admissibilidade de recursos contra a decisão judicial que conheceu do recurso interposto da decisão da autoridade administrativa que aplicou a coima.

O legislador na arquitectura processual do Regime Geral das Contra-Ordenações entendeu atribuir competência para o processamento das contra-ordenações e aplicação de coimas e sanções acessórias às competentes Autoridades Administrativas (arts. 33.º e 34.º), mas sujeitou a sua decisão a Impugnação Judicial (arts. 55.º e 59.º), e estabeleceu nos arts. 73.º e 63.º, n.º 2 as decisões de que cabe recurso para a Relação.

E se atentarmos na interpretação conjugada destes preceitos legais impõe-se a conclusão de que, em matéria contraordenacional, a regra é da irrecorribilidade das decisões judiciais, apenas admitindo recurso as decisões finais³, e condicionado à verificação dos requisitos taxativamente previstos no n.º 1 do citado artigo 73.º, ou dentro

² Aplicável, ex vi do art.º 52.º da Lei da Concorrência (D.L. n.º 18/2003, de 11 de Junho).

³ Neste sentido tem decidido maioritariamente a jurisprudência, indicando-se a título de exemplo e mais recentemente, os acs. da RL de 13/12/2007, proc. n.º 101/2007-5, de 18/01/2007, proc. n.º 95/2007-9, Ac. da RP de 6/05/2009, relatora: Maria Leonor Esteves; ac. da RC de 18/05/2007, proc. n.º 111/07.1, relator: António Piçarra. E neste sentido ved. "Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas", de Oliveira Mendes e Santos Cabral, 2003, págs. 186-187.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

do condicionalismo previsto no nº2 do mesmo preceito legal. Neste último caso, o recurso tem de ser a requerimento do MºPº ou do arguido, estar em causa a situação de sentença final não abrangida por qualquer das alíneas do nº 1 (pressupostos negativos), e ser manifestamente necessário á melhoria da aplicação do direito ou á promoção da uniformidade da jurisprudência (reservado a casos de manifesto erro na interpretação e aplicação da lei).

A única excepção a esta regra, de admissibilidade de recurso apenas de decisões finais, vem prevista no nº 2 do artº 63º, que estabelece a possibilidade de recurso para a Relação do despacho judicial de rejeição de recurso de impugnação judicial por extemporaneidade e falta de forma.

O estabelecimento desta excepção revela claramente, cremos nós, que o legislador adoptou, como regra, a irrecurribilidade das decisões judiciais, pois, nada dizendo, tal despacho judicial não seria susceptível de recurso nos termos do citado artº 73º. Por outro lado, ao prever expressamente a recorribilidade deste despacho de rejeição demonstra que em matéria contraordenacional quis afastar as regras contidas no Código de Processo Penal, pois se assim não fosse, aquela previsão autónoma de recorribilidade do aludido despacho seria redundante, visto que no regime processual penal a regra é a da recorribilidade das decisões (artº 399º, do CPP).

Esta solução desenhada pelo RGIMOS em matéria de recursos, restritiva da recorribilidade para o Tribunal da Relação, é bom que se diga que em nada afecta a garantia decorrente do acesso ao direito e aos tribunais, consagrada no artº 20º, nº 1 da CRP. A verdade é que esta garantia não implica a generalização do duplo grau de jurisdição, dispondo o legislador ordinário de liberdade para impor limites á sua admissibilidade, conformando-os á natureza do processo e dos interesses em causa. E neste caso, a irrecurribilidade justifica-se se atentarmos desde logo á natureza do próprio processo onde impera a celeridade e o menor formalismo, e á natureza do próprio ilícito de mera ordenação social e da sanção prevista, em que o bem jurídico tutelado é eticamente neutro e as coimas têm carácter meramente económico-administrativo.

E fazendo uma curta incursão pelo que tem sido o entendimento do Tribunal Constitucional nesta matéria vemos que por várias vezes decidiu (veja-se, por todos, o acórdão proferido no processo n.º 253/08, da 2ª Secção, Relator Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro), que o artigo 32º, nº 1, da Constituição, ao dispor que *o processo penal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso*, não atribui um direito ilimitado de impugnação de toda e qualquer decisão judicial proferida em processo penal. Como se refere no Acórdão nº 221/2000, invocando jurisprudência reiterada do Tribunal, «o direito ao recurso no processo penal garante-o a Constituição quanto às decisões condenatórias e relativamente àquelas que privem ou restrinjam a liberdade ou quaisquer direitos fundamentais do arguido.» Fora destas espécies de decisões, o Tribunal Constitucional tem entendido que o direito ao recurso se inscreve na liberdade de conformação do legislador e que a limitação da possibilidade de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

recurso é compatível com as garantias de defesa. Como se salienta num outro Acórdão do mesmo Tribunal, de uma forma muito clara e expressiva, que *"a lei assegura, como lhe compete para dar cumprimento aos objectivos constitucionais, que o arguido tenha possibilidade de recorrer de uma decisão condenatória. Multiplicar as possibilidades de recurso ao longo do processo seria comprometer outro imperativo constitucional: o da celeridade na resolução dos processos-crime (artigo 32º, nº 2, in fine, da Constituição da República Portuguesa). Ou seja, entre assegurar sempre o duplo grau de jurisdição, arrastando interminavelmente o processo, e permitir apenas o recurso das decisões condenatórias, permitindo uma melhor fluência do processo, o legislador optou decididamente pela segunda via"* (Acórdão nº 216/99, proferido no processo nº 1007/98, 1ª Secção, Relatora: Cons.ª Maria Helena Brito).

E, não estando constitucionalmente consagrado um direito ao recurso de todas as decisões proferidas em processo penal, por maioria de razão não pode entender-se que a Constituição imponha tal garantia no processo contra-ordenacional.

Após este breve percurso jurisprudencial sai reforçada a conclusão de que partimos, de que o citado artigo 73º restringe a admissibilidade de recurso à decisão final do processo de contra-ordenação. Donde flui, *a contrario sensu*, que as decisões interlocutórias, preparatórias da decisão final, **são irrecorríveis** (não deixando de o ser se proventura estas mesmas questões viessem a ser conhecidas e decididas globalmente na sentença final, porquanto o que releva é a natureza das questões suscitadas e não o momento em que são decididas).

Assim, no caso dos autos, a decisão proferida pela autoridade administrativa já foi objecto de uma apreciação parcial pelo Tribunal de Comércio, que se traduziu no despacho interlocutório proferido a fls.15.402 a 14.406, que indeferiu as nulidades e questões prévias suscitadas no recurso de impugnação judicial.

Ora, a arguida do que recorre é desta decisão de indeferimento das suscitadas nulidades e questões prévias, que pelas razões supra referidas não admite recurso para o Tribunal da Relação, devendo, por isso, ser rejeitado.

A admissão do recurso na 1ª instância não vincula este Tribunal (cfr. artº 414º, nº 3, do CPP).

Termos em que, **por inadmissível, rejeita-se o recurso interposto.**

*

B) DO RECURSO DA SENTENÇA.

O objecto dos recursos da sentença, delimitados pelas respectivas conclusões, colocam as seguintes questões:

I-Das arguidas Abbott, Lda e Menarini, Lda.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

1. Da nulidade do processo:

- a) por recusa de inquirição da uma testemunha por carta rogatória ou videoconferência, cujo depoimento foi reputado relevante para a defesa, e
- b) por não disponibilização de meios de prova apreciados pela AdC, violando o direito de defesa das arguidas.

2. Da nulidade da sentença, nos termos do artº 379º, nº1, als. a) e c) *ex vi* do artº 374º, nº 2, ambos do CPP, invocando:

- a) a valoração ilegal de depoimento indirecto (da testemunha Carlos Rombo), em violação do artº 129º, do CPP;
- b) a valoração dos documentos de fls. 4259 e 4315, redigidos em língua inglesa, que não foram traduzidos.
- c) a inexistência de exame crítico das provas;
- d) a inexistência de fundamentação de facto e de direito relativamente: a cada uma das alegadas práticas concertadas; á aplicação da lei mais favorável; á medida concreta da coima; ao depoimento de algumas testemunhas ouvidas e não mencionadas na fundamentação.
- e) a omissão de pronúncia sobre a suscitada questão da inconstitucionalidade do artº 43º, nº1, al. a) da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, na interpretação feita pela AdC no que se reporta ao "volume de negócios".

3. Dos vícios elencados no nº 2, als. a), b) e c) do artº 410º, do CPP: insuficiência para a decisão da matéria de facto provada; contradição insanável da fundamentação e a decisão, e erro notório na apreciação da prova.

4. Da qualificação jurídica dos factos.

-Da unidade ou pluralidade de infrações, ou infracção continuada?

5. Da prescrição.

6. Do erro de direito, relativo á interpretação que foi feita do artº 43º, nº 1, al. a) da Lei nº 18/2003 de 11 de Junho.

7. Da medida da coima e da medida acessória.

8. Das alegadas inconstitucionalidades.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

II-Do recurso da arguida Johnson & Johnson, Lda.

O objecto do recurso, delimitado pelas conclusões, coloca as seguintes questões:

- a) Da violação do princípio *ne bis in idem*.
- b) Do enquadramento jurídico dos factos;
- c) Da prescrição.

Decidindo:

1. Da nulidade do processo.

a) A arguida Abbot, Lda veio no recurso que interpôs da decisão final invocar a nulidade do processo com base no facto de o Tribunal *a quo* haver recusado, sem fundamento válido, a inquirição da testemunha Francisco Gomez-Malagon por carta rogatória ou vídeo-conferência, cujo depoimento a defesa reputa como relevante para o apuramento dos factos, pretendendo que seja determinada a inquirição daquela testemunha, com a consequente nulidade do processo.

Acontece que tal pretensão está longe de ter qualquer viabilidade, bastando atentar, conforme consta do supra relatado, que a arguida Abbott, Lda recorreu para este Tribunal da Relação do despacho de fls. 15.893 a 15.896 que lhe indeferiu a inquirição da referida testemunha, recurso que não foi admitido por ter sido considerado irrecorrível.

Assim sendo, a recusa de inquirição desta testemunha, enquanto questão prévia ou incidental, mostra-se definitivamente decidida nos autos por força do caso julgado formal daquele despacho que a indeferiu, não podendo, por isso, voltar a ser equacionada nos autos.

Improcede assim a invocada nulidade.

b) As arguidas vieram arguir a nulidade do processo fundada na não disponibilização de elementos de prova apreciados pela AdC, com a consequente violação do direito de defesa das arguidas.

Acontece que as arguidas, ora recorrentes, suscitaram esta mesma questão aquando da Impugnação judicial, sobre a qual recaiu o despacho de fls. 14.402-14.406 (despacho de saneamento) que conheceu e julgou tal questão improcedente, com



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

trânsito em julgado, pelo que também esta questão se mostra assente nos autos no sentido da inexistência de qualquer nulidade com este fundamento.

2. Das nulidades da sentença recorrida nos termos do artº 379º, nº 1, als. a) e c) ex vi do artº 374º, nº 2, ambos do CPP.

a) Da valoração ilegal de depoimento indirecto (da testemunha Carlos Rombo), em violação do artº 129º, do CPP.

Refere a recorrente que a sentença valorou o depoimento da testemunha Carlos Rombo quando esta referiu "Ficamos surpreendidos quando fomos contactados pela AdC. Confrontamos os preços e constatámos um alinhamento suspeito, tendo sido informado pelos advogados que a nossa responsável (Drª Ana agulheiro) havia confessado o alinhamento de preços com outras empresas". O conhecimento desta testemunha é meramente indirecto, e o Tribunal não chamou a depor a fonte da informação, ou seja os advogados. Valorou um depoimento indirecto, tornando inválida a sentença recorrida.

Vejamos:

Parece evidente da leitura do artº 379º, nº1, als. a) e c) do CPP que este normativo contempla vícios formais da sentença, ou seja, incide sobre matérias que relevam da forma da decisão e não da sua substância: a falta das menções exigidas por lei, a falta do segmento decisório, a falta de pronúncia sobre determinada questão que tenha sido suscitada ou o conhecimento de outra que não podia ser conhecida, são tudo questões de forma e não de substância.

É verdade que a sentença fundada em provas nulas é também ela nula. Mas é preciso que a sentença seja mesmo fundada em provas nulas. Assim, se um facto essencial ao preenchimento do tipo legal de crime foi dado como provado apenas com base num meio de prova que é nulo, não parece haver dúvidas que a nulidade contagia a própria sentença.

Mas se a prova nula é uma entre muitas outras, válidas, que foram utilizadas, a situação é radicalmente diferente. Isto porque pode bem ter sido irrelevante para a decisão, ou seja, pode nem adiantar nada para a convicção do Julgador, que sempre daria o facto em causa como provado com fundamento em todas as outras provas, válidas, que tinham sido produzidas.

Trata-se de situação que só caso a caso pode ser ponderada.

Vejamos então o caso presente.

Em primeiro lugar, como é sabido, neste tipo de recurso o Tribunal da Relação não pode conhecer de recurso sobre matéria de facto. Ou seja, não podemos ir analisar o depoimento desta ou de outras testemunhas para aferir se dele se pode



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

extrair esta matéria de facto ou outra. O que já podemos é averiguar se foi violado o disposto no artº 129º, do CPP. E estamos em crer que não foi. Basta olhar para o que se escreve na decisão recorrida. Ao descrever passo a passo os elementos de prova que levaram o Tribunal a formar a sua convicção, a certa altura a Srª Juíza *a quo* escreveu. "Acresce que a testemunha Carlos Rombo, Director Geral da Roche, esclareceu em audiência o motivo pelo qual esta empresa decidiu pagar voluntariamente a coima aplicada pela AdC: "ficámos surpreendidos quando fomos contactados pela AdC, na medida em que havia tolerância zero para este tipo de actuações. Confrontámos os preços e constatámos, de facto, um alinhamento suspeito, tendo sido informados pelos Advogados que a nossa responsável (Dra. Ana Agulheiro) havia confessado o alinhamento de preços com outras empresas. Essa a razão de a funcionária ter saído e de termos pago a coima".

Este segmento, na perspectiva do Tribunal *a quo*, serviu apenas para fazer luz sobre o motivo pelo qual a Roche pagou voluntariamente a coima. E mesmo aí existe uma grande parte da resposta que é depoimento directo, e só uma pequena parte pode ser considerada indirecto, que é quando a testemunha afirma ter sido informada pelos advogados que a Dra. Ana Agulheiro teria confessado o alinhamento. Ora, se fosse possível afirmar, apenas com base na leitura da decisão recorrida, que um facto essencial à mesma tinha sido dado como provado exclusivamente com base num depoimento indirecto, aí sim verificar-se-ia o apontado vício e tal facto não poderia ser considerado provado, tornando inválida, nessa parte, a decisão. Como não é isso que sucede, teremos de concluir que, mesma na parte em que se alude a um depoimento que numa pequena parte vai buscar informação ao que terceiros teriam dito, isso não tem repercussão directa no julgamento de um facto essencial para a decisão, e como tal não releva.

Não assiste pois razão nesta parte ao recorrente, não padecendo a sentença da nulidade por si invocada.

b) Da valoração dos documentos de fls. 4259 e 4315, redigidos em língua inglesa, que não foram traduzidos.

Invocam as recorrentes que a sentença se baseou nos documentos de fls. 4259 e 4315 escritos em língua inglesa e não foram objecto de qualquer tradução, devendo ser desconsiderados na formação da convicção do decisor e a sentença devidamente alterada.

O artº 92º, nº1, do CPP dispõe que "*nos actos processuais, tanto escritos como orais, utiliza-se a língua portuguesa, sob pena de nulidade*". Não é, obviamente, o que está em causa agora, pois não estamos a falar de actos processuais, mas sim de um documento, usado como meio de prova. O que nos leva ao nº 6 do mesmo artigo, que estabelece que é igualmente nomeado intérprete quando se tornar necessário traduzir



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

documento em língua estrangeira e desacompanhado de tradução autenticada. Ora, o que sucedeu foi que o Tribunal *a quo* não chegou a sentir a necessidade de nomear intérprete para efectuar essa tradução porque, como ficou escrito na fundamentação, o próprio autor do documento, no decurso do seu depoimento, fez a respectiva tradução, e o Julgador, conjugando depoimento e documento, não viu necessidade de recorrer a outra tradução.

Por outro lado, esta nulidade, a existir, é sem dúvida uma nulidade sanável (art. 120º, nº 2, CPP), e deveria ter sido arguida antes de o acto processual em causa estar terminado (art. 120º, nº 3, a), CPP), o que não sucedeu, pelo que, a ter existido, está agora sanada.

Improcede também esta pretensão dos recorrentes.

c) Da inexistência de **exame crítico** das provas; e da **inexistência de fundamentação de facto e de direito** relativamente: a cada uma das alegadas práticas concertadas; á aplicação da lei mais favorável; á medida concreta da coima; ao depoimento de algumas testemunhas ouvidas e não mencionadas na fundamentação.

As recorrentes invocam basicamente que o Tribunal *a quo* ao considerar que existe uma pluralidade de contra-ordenações em concurso efectivo, deveria verificar para cada uma das contra-ordenações se estavam preenchidos os elementos que constituem o tipo, fundamentando as suas conclusões na sentença proferida. Acontece que o Tribunal *a quo* o que faz é fundamentar a decisão como se efectivamente estivéssemos perante uma contra-ordenação continuada, limitando-se a verificar o conjunto das elementos constitutivos do tipo para os diversos concursos em que considera existir prática concertada, na sua globalidade, como se fossem um facto incindível, considerando ter haver afectação sensível da concorrência olhando de novo para o conjunto dos concursos como um todo. O Tribunal não fundamenta porque é que considera que há acordo entre os cinco agentes da infracção e no que se traduz tal acordo.

Concluem pela falta de fundamentação da sentença considerando que a mesma não procede a uma exposição dos motivos de facto e de direito que levaram a concluir pela existência de cada uma das contra-ordenações consideradas, entendendo também que a sentença não apresenta o raciocínio lógico que o conduziu á conclusão do regime concretamente mais favorável.

E ainda que na sentença a prova testemunhal foi relegada, não explicando porque razão os documentos constantes dos autos lhe mereceram mais credibilidade do que o depoimento de todas as testemunhas arroladas pela defesa, sendo insuficiente dizer-se que "*reputam-se mais verdadeiros os documentos*", sem expor os



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

motivos que levaram a considerar que as testemunhas não eram credíveis, padecendo assim a sentença de omissão do exame crítico desta prova.

Vejamos:

A sentença é nula, conforme decorre das disposições conjugadas dos artigos 374º, nº 2 e 379º, nº 1, al. a), do CPP, quando não contiver a enumeração dos factos provados e não provados e não contiver a indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

A exigência de proceder ao exame crítico das provas constitui um reforço da estruturação formal da sentença, que passou a vigorar com as alterações introduzidas ao CPP pela Lei nº 59/98 de 25/08, permitindo-se ao julgador a partir de então dar a conhecer aos destinatários da sentença o processo de formação da sua convicção, ou seja, "o substrato racional que conduziu a que sua convicção se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova⁴.

Deste modo poderão os sujeitos processuais aferir das regras e critérios de valoração seguidos, tendo em vista a natureza das provas produzidas, e se o resultado probatório surge como o mais aceitável, segundo regras lógicas e de experiência comum.

Dito isto e olhando agora para a fundamentação sobre a matéria de facto que supra se transcreveu na íntegra, **falece total razão** às recorrentes. O Tribunal elencou todas as provas em que se baseou para formar a sua convicção. Na verdade, o tribunal *a quo* indicou de forma muito clara os meios de prova -o depoimento das testemunhas, ressaltando o que cada testemunha afirmou de mais relevante para o apuramento dos factos e a prova documental -que analisou criticamente, indicando todo o processo de formação da sua convicção, explicitando os processos intelectuais utilizados e inferidos das regras de experiência comum, que no seu conjunto conduziram à imputação daquelas práticas concertadas às arguidas.

Importa aqui reafirmar que nesta sede do que se trata é dos vícios formais da sentença, que relevam da forma da decisão e não da sua substância, tornando-se evidente que as recorrentes, confundindo estes planos, vieram impugnar questões que mais se prendem não com a forma, mas com o fundo da decisão.

Assim, e analisando a decisão sobre a matéria de facto, entende-se que o tribunal *a quo* efectivamente **fez o exame crítico das provas**, fundamentando com coerência a matéria de facto que fixou, mostrando ter seguido um processo lógico e racional na sua apreensão com respeito pelas regras de experiência comum, não nos merecendo por isso qualquer reparo aquela fundamentação.

Nestes termos se conclui pela inexistência da invocada nulidade da sentença, improcedendo nesta parte o recurso.

⁴ Conforme Marques Ferreira, in Jornadas de Direito Processual Penal, pág.229-230.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

d) A omissão de pronúncia sobre a suscitada questão da inconstitucionalidade do artº 43º, nº1, al. a) da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, na interpretação feita pela AdC no que se reporta ao “volume de negócios”.

A recorrente Menarini, Lda invoca que na Impugnação Judicial suscitou a apreciação da inconstitucionalidade do artº 43º, nº1, al. a) da Lei nº 18/2003, na interpretação feita pela a Autoridade da Concorrência, que reportou o “volume de negócio” a anos posteriores aos da prática da contra-ordenação. Esta questão não foi decidida pelo tribunal *a quo* no despacho saneador, tendo sido relegado o seu conhecimento para final, mas também não foi analisada pelo Tribunal *a quo* na decisão final. O Tribunal apenas aprecia na sentença a inconstitucionalidade suscitada pela Abbott, por o artº 43º “*não estabelecer um montante máximo da coima*”. Esta questão suscitada na Impugnação Judicial não se mostra prejudicada, porquanto o Tribunal faz exactamente a mesma interpretação da lei que fez a AdC, limitando a coima a aplicar pelo volume de negócios de anos posteriores ao ano em que ocorreram as contra-ordenações, verificando-se na decisão recorrida a mesma inconstitucionalidade apontada á interpretação da AdC.

Para decidir esta questão assim suscitada importa apenas dizer que nada tem que ver com o vício de omissão previsto na al. c) do nº1 do artº 379º, do CPP. Na verdade, a questão suscitada da inconstitucionalidade não consubstancia, só por si, uma “questão” no sentido em que essa expressão é utilizada na al. c) do invocado preceito legal: uma questão será um aspecto de um problema sobre o qual pode recair uma decisão autónoma, o que não é manifestamente o caso. A sentença recorrida aplicou o referido preceito legal, considerando, naturalmente, a interpretação que dele fez de acordo com os preceitos constitucionais.

3. Dos vícios elencados no nº 2, als. a), b) e c) do artº 410º, do CPP:

As recorrentes invocam vícios de *insuficiência da matéria de facto*, designadamente, para aferir da aplicação das coimas relativamente aos ilícitos ocorridos antes e no ano de 2003; para concluir se as contra-ordenações imputadas às arguidas ao abrigo da Lei nº 18/2003 ocorreram efectivamente na vigência desta Lei, por não ter sido dado como provado a data da entrega das respectivas propostas.

Invocam vícios de *contradição insanável* da fundamentação e entre a fundamentação e a decisão, e *erro notório na apreciação da prova*, dizendo, resumidamente o seguinte:

Da prova analisada pelo tribunal nunca poderia decorrer a conclusão de que a prática concertada dada como provada resulta do alinhamento dos preços

À luz da matéria de facto considerada provada -em que se deu como provado em concursos anteriores a Junho de 2001 a existência de paralelismos de preços -a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

conclusão que se impunha era a de que antes de 2001 já exista transparência no mercado;

Verifica-se assim uma contradição insanável entre a matéria de facto considerada provada e a decisão e erro notório na apreciação da prova, que têm de ser sanados, considerando como provado exactamente o oposto e, consequentemente, considerando-se que não existe qualquer prova de concertação, absolvendo-se a arguida das contra-ordenações imputadas.

-Se se deu provado que os preços foram definitivamente fixados em Junho de 2003 pela Portaria de 30 de Junho de 2003), não se pode também considerar provado que durante um período de mais de um ano e meio (2º semestre de 2003 e ano de 2004) o receio de baixa dos preços no sector farmacêutico continuasse a existir e a ser objecto de discussão. Contradição também evidente quando o Tribunal admite que desde Maio de 2003 as negociações se baseiam exclusivamente na taxa de inflação. Ou seja, se os preços no sector farmacêutico foram fixados em Junho de 2003 (30.06.2003), o Tribunal não poderia dar também como provado que após essa data a arguida participava em reuniões onde se discutia o receio e os modos de prevenir a baixa de preços e decidir que concertou preços nos concursos público ocorridos após aquela data. Ao considerar exactamente o contrario existe contradição insanável entre a própria matéria de facto provada, entre esta e a decisão e um erro notório na apreciação da prova, que têm de ser sanados, considerando-se provado exactamente o oposto e, consequentemente, considerando-se que não existe qualquer prova de concertação.

-O Tribunal imputou às arguidas uma prática concertada que se traduz em "falsear em alta" os preços dos concursos hospitalares, com intenção de provocar um aumento indevido nos preços dos concursos hospitalares, e serve-se de dois conceitos que não concretiza minimamente: o conceito de alinhamento de preços; o conceito de eliminação da incerteza quanto ao comportamento futuro de cada uma das concorrentes, pelo que o homem comum não percebe qual o critério utilizado na decisão para concluir pela existência de uma prática concertada face à matéria de facto provada, quando a arguida apresentou em alguns concursos sempre preços diferentes das suas concorrentes.

Vejamos.

Importa que se diga que no âmbito do recurso contra-ordenacional, a Relação funciona como tribunal de revista e apenas conhece de matéria de direito (cfr. rts. 52º da Lei nº 18/2003 e artº 75º, nº 1, do RGIMOS).

A verdade é que os invocados vícios não podem ser fundamento do recurso para este Tribunal. Contudo, importa ainda assim ver, oficiosamente, se os mesmos resultam da decisão recorrida.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Como sabemos o artº 410º, nº 2 do CPP alarga os poderes de cognição do tribunal de recurso a vícios documentados no texto da decisão proferida pelo tribunal *a quo*, que contendam com a apreciação dos factos, tendo como pressuposto que o *vício resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugado com as regras da experiência comum*. São vícios endógenos da decisão e que configuram vícios de lógica jurídica ao nível da matéria de facto, que impossibilitam uma decisão logicamente correcta

Mas avançamos desde já não ser o caso.

O Tribunal *a quo* deu como provado a existência de práticas restritivas da concorrência, através de práticas concertadas, tendo por objecto a fixação uniforme de preços no âmbito de procedimentos públicos de aquisição do Reagente para Determinação de Glicose no Sangue, durante os anos de 2001 a 2004, ambos inclusive, e nos quais tais empresas eram concorrentes.

A tese das arguidas na invocação do erro notório na apreciação da prova assenta na seguinte premissa:

A Sentença recorrida extrapolou, retirando do paralelismo de comportamento quanto aos preços a prova da existência de contactos ilícitos, porquanto inexistem elementos de prova que demonstrem tais contactos, ou que, antes de cada concurso, os concorrentes tenham contactado para trocar informações.

Mas não é verdade.

Sabemos que o tipo de ilícito de práticas concertadas exige como um dos seus elementos constitutivos essenciais a existência de *contactos ilícitos* que tenham por efeito ou objecto afectar a concorrência. Exige também outro elemento constitutivo essencial (autónomo e distinto da existência de contactos ilícitos) que se traduz no *paralelismo de comportamentos*⁵.

Ora, da fundamentação da sentença resulta que o tribunal considerou provada a existência de reuniões nas quais as cinco empresas envolvidas, incluindo as ora arguidas combinaram os preços. O alinhamento de preços é a face visível dessa concertação entre as empresas.

Se é verdade que o alinhamento de preços pode não passar de um indício de um eventual acordo de colaboração, a verdade é que no caso dos autos, o tribunal através da prova produzida conseguiu demonstrar, de forma lógica e racional, que aquele alinhamento de preços, não era uma decisão espontânea e unilateral de cada uma das empresas, que não surgiu por mero acaso, ou porque, sendo os concursos públicos se ficou a saber quais eram os preços praticados por cada uma das empresas, mas que decorreu de uma prévia combinação (que começou com um acordo na reunião de 2001), e mantida ao longo dos anos até 2004 inclusive, sempre com o mesmo objectivo de alinhar os preços em alta. E fundamentou essas reuniões

⁵ Tudo, conforme resulta da doutrina nacional e estrangeira e da jurisprudência dos Tribunais da União Europeia em sede de aplicação do artº 101º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), ex artigo 81º do Tratado CE.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

conjugando os elementos documentais, com a prova testemunhal produzida, de forma lógica e consistente, em observância do que são os princípios de apreciação da prova (artº 127º, do CPP).

A verdade é que a constatação de comportamentos paralelos no mercado pode constituir uma infracção às regras da concorrência, desde que se possa demonstrar que tal paralelismo de comportamentos resulta de um acordo, de uma prática concertada -um entendimento entre as arguidas.

É sabido que, embora o artº 101º do TFUE proíba todas as formas de conluio que sejam de molde a falsear a concorrência, não proíbe os operadores económicos do direito de se adaptarem de maneira inteligente ao comportamento verificado ou presente dos seus concorrentes.

Mas acontece que objectivamente verifica-se tal paralelismo: a reiterada apresentação de propostas com condições económicas idênticas para fornecimento das fitas reagentes por parte das empresas em causa nos concursos públicos e demais procedimentos abertos pelos diferentes Hospitais do SNS, o que constitui um indício forte de uma concertação que se realizou numa fase anterior.

E provaram-se contactos entre as arguidas, com vista ao alinhamento de preços.

Por último uma referência às infracções praticadas após 1 de Junho de 2003 (data da entrada em vigor da Portaria que fixou os preços nos produtos farmacêuticos.

Entendem as recorrentes que se se deu provado que os preços foram definitivamente fixados em Junho de 2003 pela Portaria de 30 de Junho de 2003), não se pode também considerar provado que durante um período de mais de um ano e meio (2º semestre de 2003 e ano de 2004) o receio de baixa dos preços no sector farmacêutico continuasse a existir e a ser objecto de discussão

Mas nenhuma contradição se vislumbra. A verdade é que as arguidas mantiveram tal conduta anticoncorrencial para além dessa data, tendo todo interesse em manter aqueles preços.

Assim, e em conclusão a sentença mostra-se isenta de qualquer dos vícios elencados no artº 410º, nº 2 do CPP.

Deste modo todas as considerações jurídicas que se seguirão apenas podem ter por base os factos considerados assentes pela sentença recorrida.

*

4. Da qualificação jurídica dos factos.

As arguidas, subsidiariamente ao não acolhimento da tese da falta de prova conducente à sua absolvição, reclamam então o enquadramento dos factos como uma



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

só infracção continuada, ou, como também avança a recorrente Menarini, Lda, a ocorrência de uma única infracção.

Vejamos:

A sentença recorrida, face á factualidade apurada, considerou a existência de de práticas restritivas da concorrência por parte das arguidas, através de práticas concertadas, tendo por objecto a fixação uniforme de preços no âmbito de procedimentos públicos de aquisição do Reagente para Determinação de Glicose no Sangue, durante os anos de 2001 a 2004, e nos quais tais empresas eram concorrentes, com violação, *em concurso efectivo*, do disposto no artº 2º, nº 1 do DL nº 371/93, de 29 de Outubro e do artº 4º, nº 1 da Lei nº 18/2003.

Vejamos, para melhor compreensão, o que diz a sentença recorrida em sede de enquadramento jurídico (transcrição):

"A norma ora em apreço (artº 2º nº 1, do DL nº 371/93, de 29 de Outubro) tem a sua fonte no artigo 81º, nº 1, alínea a) do Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE), a que lhe sucedeu, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o actual artigo 101º, nº 1, alínea a) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Rezam eles, respectivamente, assim:

"São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção"

e

"São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção"

Comparando, pois, os respectivos regimes, vemos que o direito português da concorrência mantém, na essência, os mesmos pressupostos objectivos de imputação (adaptados ao âmbito nacional), e que são eles:

a) os agentes têm que ser empresas;

b) a acção desenvolvida deverá ter consistido num acordo ou prática concertada entre empresas ou em decisão de associação de empresas;

c) a acção desenvolvida terá tido por objecto ou efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, e

d) o objecto ou efeito anti-concorrencial deverá ter atingido todo o mercado nacional ou parte dele.

Isto visto, e porque, como constatámos, a legislação interna da concorrência assimilou os mesmos conceitos comunitários, é lícito procurar na jurisprudência comunitária a concreta definição de tais conceitos.

Assim, e designadamente quanto aos conceitos de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Empresa

É considerada uma empresa qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento (Acórdão Wouters, do Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2002 – Processo C-309/99) – noção acolhida no artigo 2º, nº 1 da nova LdC.

No caso dos autos, todas as arguidas são sociedades comerciais que exercem o comércio e, como tal, são empresas na referida acepção.

Acordo e prática concertada

Acórdão do TJCE de 14 Julho 1972, proferido no processo nº 48/69 (Imperial Chemical Industries, Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias), <http://curia.europa.eu>

“53. A decisão impugnada refere que os aumentos não podem ser explicados unicamente por a estrutura do mercado ter uma natureza oligopolista.

54. Não é plausível que, sem uma concertação prévia, os principais produtores que abastecem o mercado (...) tenham, por várias vezes, aumentado com percentagens idênticas e praticamente no mesmo momento os preços de uma mesma e importante série de produtos (...).

55. A Comissão defendeu que, para haver concertação, não é necessário que os interessados estabeleçam um plano comum a fim de adoptarem um determinado comportamento.

56. Basta que se informem previamente da atitude recíproca que têm a intenção de adoptar, de forma a que cada um possa delinear a sua acção na perspectiva de um comportamento análogo da parte dos seus concorrentes.

57. A Recorrente defende que a decisão impugnada seria baseada (...) numa concepção errónea da noção de prática concertada, ao identificar este conceito com o comportamento cientemente paralelo dos participantes num oligopólio, enquanto o comportamento em questão foi devido a decisões autónomas de cada empresa (...).”

64. Embora o artigo [81.º] faça a distinção entre “prática concertada” e “acordos entre empresas” ou “decisões de associações de empresas”, é com a preocupação de apreender, nas proibições deste artigo, uma forma de coordenação entre empresas que, sem se ter desenvolvido até à celebração de uma convenção propriamente dita, substitui cientemente uma cooperação prática entre elas aos riscos da concorrência.

65. Pela sua própria natureza, a prática concertada não reúne assim todos os elementos de um acordo, podendo todavia resultar, nomeadamente, de uma coordenação que se manifesta pelo comportamento dos participantes.

66. Embora um paralelismo de comportamento não possa, por si só, identificar uma prática concertada, é contudo susceptível de constituir um indício sério da mesma quando alcança condições de concorrência que não correspondem às condições normais do mercado, tendo em consideração a natureza dos produtos, a importância e o número de empresas e o volume do referido mercado.

67. Tal é nomeadamente o caso quando o comportamento paralelo é susceptível de permitir aos interessados a procura de um equilíbrio dos preços a um nível diferente daquele que teria resultado da concorrência (...).

68. A questão de saber se existe concertação neste caso apenas pode, por conseguinte, ser apreciada correctamente se os indícios invocados pela decisão



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

impugnada forem considerados não isoladamente, mas no seu conjunto, tendo em conta as características do mercado dos produtos em causa."

Orientações relativas à aplicação do artigo 81º do TCE

"15. O tipo de coordenação de conduta ou colusão entre empresas, que cai no âmbito de aplicação do nº 1 do artigo 81º (ac. C-49/92, processo Anic Partecipazioni, Col. 1999, ponto 108 e o processo C-277/87, Sandoz Prodotti, Col. 1990, p. I-45) é aquele em que pelo menos uma empresa se comprometa perante outra a adoptar determinada conduta no mercado ou que, na sequência de contactos entre elas, seja eliminada ou, pelo menos, substancialmente reduzida, a incerteza quanto à sua conduta no mercado. Por conseguinte, a coordenação pode assumir a forma de obrigações que regulam a conduta no mercado de pelo menos uma das partes ou de acordos que influenciam a conduta no mercado de pelo menos uma das partes, ao causarem uma alteração nos seus incentivos. Não é necessário que a coordenação seja do interesse de todas as empresas em causa, do mesmo modo que não tem, necessariamente, de ser expressa. Pode também ser tácita. (...)

16. Acordos entre empresas são abrangidos pela regra de proibição do nº1 do artigo 81º, quando são susceptíveis de ter um impacto negativo apreciável nos parâmetros da concorrência no mercado, como o preço (...). Os acordos podem ter este efeito, ao reduzir consideravelmente a rivalidade entre as partes no acordo ou entre estas e terceiros."

Podemos concluir, então, e resumidamente, que a prática concertada acaba por consistir na manifestação, revelação ou execução da vontade comum de duas ou mais empresas; num alinhamento de actuações ou conjugação de estratégias comerciais com vista à eliminação das incertezas quanto ao comportamento futuro de cada uma das participantes no mercado – o que equivale a dizer que a prática concertada é um modo de distorção das regras da concorrência.

A referida prática concertada assentará assim num acordo, podendo esse acordo consistir ou não num plano perfeitamente traçado, gizado no seu pormenor, devidamente formalizado e válido para a ordem jurídica. Aliás, pela sua própria natureza e fins visados, estamos certos que assim não sucederá – ou seja, a maioria dos acordos será meramente verbal e revestirá a forma de acordo de cavalheiros ou cartel informal e será até juridicamente inválida. Essencial, porém, é que tenham existido contactos directos ou indirectos entre as empresas e que, na sequência desses contactos, conhecedoras do comportamento comercial das concorrentes, ajam em conformidade com a referida vontade comum.

No caso dos autos, a existência da prática concertada resulta do alinhamento dos preços praticado pelas arguidas ao longo de anos, movidas por uma vontade e objectivo comuns, sendo certo que ficou demonstrado que tal alinhamento não poderia ser alcançado sem os necessários contactos entre as arguidas.

Ao actuarem como actuaram, as arguidas reduziram ou eliminaram as incertezas quanto ao comportamento das restantes no mercado em que operavam.

Condutas que tenham POR OBJECTO ou COMO EFEITO impedir, falsear ou restringir a concorrência

Orientações relativas à aplicação do artigo 81º do Tratado – Comunicação da Comissão 2004/C 101/08, publicada no Jornal Oficial da União Europeia em 27/04/2004

"20. Esta distinção entre restrições por objectivo e restrições por efeito é importante. Quando se verifica que o objectivo de um acordo é restringir a concorrência, não é necessário ter em conta os seus efeitos concretos. Por outras palavras, para efeitos da aplicação do nº 1 do artigo 81º, não é necessário demonstrar os efeitos anticoncorrenciais efectivos quando o acordo tem por objectivo restringir a concorrência (ac. C-49/92 Proc. Anic Partecipazioni, Col. 1999, ponto 99).

21. As restrições de concorrência por objectivo são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência.

Trata-se de restrições que, à luz dos objectivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência (...).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Esta presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objectivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objectivos das regras comunitárias da concorrência. As restrições por objectivo, como (...) o aumento dos preços (...), são (...) prejudiciais para o bem-estar dos consumidores, dado que os obrigam a pagar preços mais elevados pelos bens e serviços em causa.

22. (...) A forma como um acordo é efectivamente aplicado pode revelar que o seu objectivo é restringir a concorrência, ainda que o acordo formal não contenha qualquer disposição expressa nesse sentido. A existência de provas da intenção subjectiva das partes de restringir a concorrência constitui um factor relevante, mas não uma condição indispensável.

23. (...) No caso dos acordos horizontais (entre concorrentes), as restrições da concorrência por objectivo incluem a fixação dos preços (...).

24. (...) No caso das restrições da concorrência por efeito, não existe qualquer presunção de efeitos anticoncorrenciais. Para que um acordo seja restritivo em termos de efeitos deve afectar a concorrência real ou potencial a ponto de permitir esperar, com um grau de probabilidade razoável, efeitos negativos no mercado relevante a nível dos preços (...).

Do exposto resulta que o Direito da Concorrência pune os acordos, decisões ou práticas concertadas ainda que estes não tenham tido qualquer efeito na concorrência, bastando que o objecto (=objectivo) dos mesmos tenha sido o de impedir, falsear ou restringir essa concorrência.

No caso dos autos, a existência da prática concertada resulta do alinhamento dos preços praticado pelas arguidas ao longo de anos, movidas por uma vontade e objectivo comuns, sendo certo que ficou demonstrado que tal alinhamento não poderia ser alcançado sem os necessários contactos entre as arguidas.

Pelas razões expostas, e tendo em consideração a factualidade provada, conclui-se que as Recorrentes praticaram as infracções pelas quais vêm acusadas porquanto resulta assente que, agindo com a intenção de provocarem um aumento indevido nos preços constantes das propostas que apresentavam nos concursos hospitalares (com o fim último de, indirectamente alcançarem um aumento dos preços no sector farmacêutico), falsearam os referidos preços em alta com que se apresentaram a concurso, o que fizeram na sequência de uma estratégia conjuntamente delineada e concretizada, ao longo de anos, de modo deveras relevante e significativo, porquanto actuaram em múltiplos hospitais sítos nos mais diversos pontos do país.

Sucessão de leis no tempo:

Feita a análise da antiga LdC, importa agora definir a aplicação da nova LdC. É que, conforme os autos demonstram, as arguidas não apresentaram as diversas propostas de uma só vez: foram-no fazendo ao longo de anos. Nesse entretanto, ou seja, no período que medeia a apresentação da primeira proposta em apreço e a última, verificou-se uma alteração na legislação: nos dias 16/06/2003 e 26/06/2003 (no território continental e nas regiões autónomas, respectivamente) entrou em vigor a Lei nº 18/2003, de 11 de Junho (nova Lei da Concorrência), que revogou o Dec-Lei nº 371/93, de 29 de Outubro.

(...)

Conclui-se, pois, que, para além da introdução da expressão "de forma sensível", nenhuma outra alteração se verificou em sede do tipo contra-ordenacional – sendo certo que, ainda que não literalmente expressa, já antes se reputava como ilícita não toda e qualquer restrição da concorrência mas apenas e só a restrição que assumisse algum relevo: ou seja, e por outras palavras, já antes se qualificavam de proibidas apenas as acções que restringissem de forma sensível a concorrência.

(...)



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O que significa, por outras palavras ainda, que a nova LdC não trouxe, em sede de tipo, qualquer alteração significativa.

Por outro lado, e quanto ao caso concreto, também não temos dúvidas de que o pressuposto da afectação sensível da concorrência no todo ou em parte do mercado nacional se mostra preenchido, porquanto basta atentar na posição relevante que estas empresas têm no mercado (segundo a Abbott, este mercado é composto por apenas 6 agentes económicos), no número de concursos em que intervieram em infracção ao direito da concorrência, naqueles em que os produtos lhes foram adjudicados e na quantidade/localização das respectivas entidades adjudicantes.

*

Isto visto, e apesar de, como dizíamos, não se ter verificado alteração legislativa ao nível do tipo, tal não significa que tenhamos de enveredar necessariamente pela regra da aplicação da lei vigente no momento da prática do facto e afastar a nova LdC às infracções antigas: na verdade, o artigo 2º, nº 4, do Cód. Penal (aplicável ex vi do artigo 32º do RGCO) manda ainda que se averigüe qual o regime que em concreto se mostra mais favorável às arguidas, o que implica a análise completa de ambos os regimes e a aplicação daquele que, a final, lhes resultar mais favorável.

Assim, e sem prejuízo da eventual aplicação de lei mais favorável, podemos desde já afirmar que as arguidas incorreram na prática das seguintes contra-ordenações:

A – a arguida **Abbott** violou o artigo 2º, nº 1, alínea a) do Dec-Lei nº 371/93, de 29 de Outubro:

- 1) no concurso público n.º 199/2002 aberto pelo Hospital de Santa Maria, em Lisboa;
- 2) no concurso público n.º 199/2003 aberto pelo Hospital de Santa Maria, em Lisboa;
- 3) no concurso limitado n.º 2/10001/2002, aberto pelo Centro Hospitalar de Cascais;
- 4) no concurso limitado n.º 2/10003/2003, aberto pelo Centro Hospitalar de Cascais;
- 5) no concurso público n.º 410002/2003, aberto pelo Hospital de S. João, no Porto;
- 6) no concurso público n.º 110010/2002, aberto pelo Hospital de Santo António, no Porto;
- 7) na consulta prévia n.º 31/2002, aberta pelo Centro Hospitalar das Caldas da Rainha;
- 8) no concurso público internacional n.º 30003/2003, aberto pelo Hospital de São Francisco Xavier, em Lisboa;
- 9) no concurso limitado n.º 2-1-0021/03, aberto pelo Hospital de Santo António dos Capuchos;
- 10) no concurso público internacional n.º 1/2002, aberto pelo Hospital Doutor José Maria Grande;
- 11) no concurso público n.º 3/2003, aberto pelo Hospital Doutor José Maria Grande;
- 12) no concurso público internacional n.º 01-23/03, aberto pelo Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia;
- 13) no concurso público n.º 110006/2003, aberto pelo Centro Hospitalar de Póvoa de Varzim / Vila do Conde;
- 14) no concurso público n.º 27/2002, aberto pelo Instituto Português de Oncologia de Francisco Gentil, em Lisboa;
- 15) no concurso público n.º 126/2003, aberto pelo Instituto Português de Oncologia de Francisco Gentil, em Lisboa;
- 16) no concurso limitado n.º 03.S4/2003, aberto pelo Hospital Pulido Valente, em Lisboa;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 17) no concurso público n.º 120003/2003, aberto pelo Hospital Distrital da Figueira da Foz;
- 18) na consulta prévia n.º 610319/2002, aberta pelos Hospitais da Universidade de Coimbra;
- 19) na consulta prévia n.º 610183/03, aberta pelos Hospitais da Universidade de Coimbra;
- 20) na consulta prévia n.º 610473/03, aberta pelos Hospitais da Universidade de Coimbra;
- 21) no concurso público n.º 110009/03, aberto pelos Hospitais da Universidade de Coimbra;
- 22) no concurso público n.º 300002 (2003), aberto pelo Hospital de S. Marcos;
- 23) na consulta prévia n.º 170075/2002, aberta pelo Hospital de Sousa Martins;
- 24) no concurso público n.º 1/026/1/1/2002, aberto pelo Hospital de São Teotónio;
- 25) no concurso público n.º 10/2003, aberto pelo Hospital da Senhora da Oliveira;
- 26) no concurso público n.º 5/2003, aberto pelo Hospital Distrital de Faro;
- 27) no concurso limitado n.º 210001/2003, aberto pelo Centro Hospitalar de Coimbra;

B – A mesma arguida violou o artigo 4º, nº 1, alínea a) da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho:

- 1) no ajuste directo n.º 410343/2004, aberto pelo Centro Hospitalar de Cascais;
- 2) no concurso público n.º 01-37/04, aberto pelo Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia;
- 3) no concurso público n.º 110004/2004, aberto pelo Centro Hospitalar de Póvoa de Varzim / Vila do Conde;
- 4) no ajuste directo n.º 440007/2004, aberto pelo Hospital Pulido Valente, em Lisboa;
- 5) na consulta prévia n.º 610513/03, aberta pelos Hospitais da Universidade de Coimbra;
- 6) na consulta prévia n.º 610566/03, aberta pelos Hospitais da Universidade de Coimbra;
- 7) no concurso público n.º 110009/04, aberto pelos Hospitais da Universidade de Coimbra;
- 8) no concurso público internacional n.º 110013/2004, aberto pelo Hospital de Espírito Santo, em Évora.

C – a arguida Menarini violou o artigo 2º, nº 1, alínea a) do Dec-Lei nº 371/93, de 29 de Outubro:

- 1) no concurso público n.º 199/2002 aberto pelo Hospital de Santa Maria, em Lisboa;
- 2) no concurso público n.º 199/2003 aberto pelo Hospital de Santa Maria, em Lisboa;
- 3) no concurso limitado n.º 2/10003/2003, aberto pelo Centro Hospitalar de Cascais;
- 4) no concurso público n.º 410002/2003, aberto pelo Hospital de S. João, no Porto;
- 5) no concurso público n.º 110010/2002, aberto pelo Hospital de Santo António, no Porto;
- 6) no concurso público n.º 110031/2003, aberto pelo Hospital de Santo António, no Porto;
- 7) no concurso público internacional n.º 30003/2003, aberto pelo Hospital de São Francisco Xavier, em Lisboa;
- 8) no concurso limitado n.º 2-1-0021/03, aberto pelo Hospital de Santo António dos Capuchos;
- 9) no concurso público n.º 3/2003, aberto pelo Hospital Doutor José Maria Grande;
- 10) no concurso público internacional n.º 01-23/03, aberto pelo Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia;
- 11) no concurso público n.º 126/2003, aberto pelo Instituto Português de Oncologia de Francisco Gentil, em Lisboa;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 12) no concurso limitado n.º 03.S4/2003, aberto pelo Hospital Pulido Valente, em Lisboa;
- 13) no concurso público n.º 120003/2003, aberto pelo Hospital Distrital da Figueira da Foz;
- 14) na consulta prévia n.º 610319/2002, aberta pelos Hospitais da Universidade de Coimbra;
- 15) na consulta prévia n.º 610158/03, aberta pelos Hospitais da Universidade de Coimbra;
- 16) no concurso público n.º 110009/03, aberto pelos Hospitais da Universidade de Coimbra;
- 17) no concurso público n.º 300002 (2003), aberto pelo Hospital de S. Marcos;
- 18) na consulta prévia n.º 170075/2002, aberta pelo Hospital de Sousa Martins;
- 19) no concurso público n.º 1/026/1/1/2002, aberto pelo Hospital de São Teotónio;
- 20) no concurso público n.º 10/2003, aberto pelo Hospital da Senhora da Oliveira;
- 21) no concurso público n.º 110013/2003, aberto pelo Hospital de Espírito Santo, em Évora;
- 22) no concurso público n.º 5/2003, aberto pelo Hospital Distrital de Faro;
- 23) no concurso limitado n.º 210001/2003, aberto pelo Centro Hospitalar de Coimbra.

D – A mesma arguida violou o artigo 4º, nº 1, alínea a) da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho:

- 1) no concurso público internacional n.º 1/2004, aberto pelo Hospital Doutor José Maria Grande;
- 2) no concurso público n.º 01-37/04, aberto pelo Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia;
- 3) no concurso público n.º 110009/04, aberto pelos Hospitais da Universidade de Coimbra;
- 4) no concurso público internacional n.º 110013/2004, aberto pelo Hospital de Espírito Santo, em Évora.

E -a arguida Johnson & Johnson incorreu na prática de 1 (uma) contra-ordenação por violação do artigo 2º, nº 1, alínea a), do Dec-Lei nº 371/93, de 29 de Outubro, no concurso limitado n.º 210001/2003, aberto pelo Centro Hospitalar de Coimbra”.

(...).

Concurso de contra-ordenações ou uma contra-ordenação continuada?

Conforme resulta da matéria provada, as arguidas não praticaram apenas uma acção isolada, antes a reiteraram. Nessa sequência, a AdC concluiu pelo cometimento de várias contra-ordenações autónomas.

Vejamos se assim é.

A unidade ou pluralidade de infracções depende do número de resoluções adoptadas pelas arguidas: se as diversas actividades são a expressão de uma única resolução que a todas preside, haverá a prática de uma única contra-ordenação; se há pluralidade de resoluções, as actividades que preenchem um determinado tipo contraordenacional integram tantas contra-ordenações quantas as resoluções tomadas.

No caso concreto dos autos, este Tribunal entende o seguinte: o momento crucial em que as arguidas concertaram as estratégias comerciais de alinhamento nas propostas a apresentar nos concursos hospitalares deu-se no dia 04/06/2001. É um facto. Daí, porém, não resulta (salvo melhor entendimento) que as empresas em causa hajam adoptado apenas uma única resolução e que, consequentemente, a conduta haja de ser classificada como infracção única.

Efectivamente, a apresentação de várias propostas ao longo de anos, com preços diversos mas alinhados entre si mostra que as arguidas se foram pautando pelos mesmo objectivos, que mantiveram, e que foram renovando a resolução em cada ida a concurso.

Encontramo-nos, pois, perante uma pluralidade de infracções.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Constituirão tais infracções uma contra-ordenação continuada?
(...)

.... não vislumbramos nos autos qualquer circunstância exterior que, propiciando tal recaída, diminua consideravelmente a culpa das arguidas. Ou seja, não vislumbramos qualquer circunstância que tenha incentivado as empresas à repetição (nem colhe, obviamente, o argumento da Abbott – arts. 1170 a 1212 - de que teria sido “arrastada” para a repetição na sequência das frequentes reuniões promovidas pela APIFARMA e da inerente “convivência” trazida por tais reuniões. De facto, não só não vemos como pode uma “convivência” para discussão de assuntos lícitos apelar à repetição de ilícitos como, bem pelo contrário, a renovação sucessiva das resoluções sempre foi essencial para levarem a bom termo o objectivo inicialmente traçado. (...).

Donde, a situação dos autos é a de concurso efectivo de contra-ordenações e não a de uma contra-ordenação continuada”.

*

Importa agora apreciar o assim decidido face às questões suscitadas pelas recorrentes nas respectivas motivações de recurso.

Enquadramento dogmático / unidade e pluralidade de infracções.

A sentença recorrida, em face da factualidade apurada considerou, **e bem**, que a conduta das arguidas é subsumível na previsão do nº 1 do artº 4º da Lei nº 18/2003, por *práticas concertadas* com objecto restritivo da concorrência.

E não questionando esta subsunção dos factos, as recorrentes colocam fundamentalmente a questão de saber se a factualidade apurada integra uma pluralidade de infracções, como o entendeu o tribunal *a quo* na esteira do entendimento da AdC, ou, uma única infracção ou uma infracção continuada como defendem as recorrentes.

A sentença recorrida, como vimos, considerou que embora as arguidas tenham concertado as estratégias comerciais de alinhamento dos preços nas propostas a apresentar nos concursos hospitalares na reunião que teve lugar no dia 04/06/2001, não resulta que hajam adoptado apenas uma *única resolução* e que, consequentemente, a conduta haja de ser classificada como infracção única, e conclui pela existência de uma *pluralidade de infracções*.

Entendeu o Tribunal *a quo* que a apresentação de várias propostas ao longo de anos, com preços diversos mas alinhados entre si mostra que as arguidas se foram pautando pelos mesmos objectivos, que mantiveram, e que foram *renovando a resolução* em cada ida a concurso, assim concluindo por uma *pluralidade de infracções*, afastando depois a possibilidade de uma contra-ordenação continuada por não existir *qualquer circunstância exterior* que tenha incentivado as arguidas à *renovação sucessiva das resoluções* e que pudesse diminuir a culpa.

As recorrentes, discordando da tese da pluralidade de infracções, consideram que o Tribunal *a quo* alicerçou a sua decisão no sentido da uma *infracção*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

continuada, mas que concluiu depois, erradamente, por uma pluralidade de infracções, em concurso real. Cabe aqui referir que as arguidas já na impugnação judicial se insurgiram, aduzindo abundante argumentação, contra o enquadramento jurídico adoptado pela AdC da pluralidade de infracções e que veio depois a ser seguida pela sentença recorrida.

E as recorrentes, de um modo geral, assentam tal impugnação na seguinte linha de argumentação:

-A sentença recorrida, por diversas vezes, referencia a reunião de 4 de Junho de 2001 como estando no cerne da resolução quanto ao alinhamento dos preços -a resolução da prática da infracção ocorreu nessa data- referindo expressamente que *"o momento crucial em que as arguidas concertaram as estratégias comerciais de alinhamento nas propostas a apresentar nos concursos hospitalares deu-se no dia 4/06/2001"*.

-A sentença recorrida não identifica o acordo para cada uma das infracções consideradas, não descrevendo factos que sustentem resoluções autónomas que justifiquem uma pluralidade de juízos de censura e, necessariamente, um concurso efectivo de infracções

-A consideração do volume de negócios apenas do último ano só se compreende se entendermos as alegadas actuações da arguida numa perspectiva de *infracção continuada* ou *duradoura*, na medida em que a respectiva execução e consumação implica um conjunto de factos que se prolonga no tempo.

E avançando a nossa posição, desde já afirmamos que não podíamos estar em maior desacordo com a conclusão de *uma pluralidade de infracções* a que chegou a sentença recorrida.

Apreciando:

Como vimos a sentença recorrida e as recorrentes na sua impugnação colocam a questão á luz da *teoria do concurso de infracções*.

A esta luz, e respondendo a esta questão que vem colocada e que sempre seria de conhecimento officioso, importa, para uma maior clareza, proceder ao seu enquadramento teórico, com o aprofundamento adequado ao caso.

E vamos começar pela letra da lei, dispondo sobre esta matéria o artº 30º do Código Penal, sob a epígrafe *"Concursos de crimes e crime continuado"*, o seguinte:

"1-O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.

2-Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Como escreve Figueiredo Dias (Direito Penal, Tomo I, fls. 977 e seguintes), torna-se indispensável determinar quando e sob que pressupostos e circunstâncias se está perante um crime ou antes perante uma pluralidade de crimes. Esta forma de suscitar a questão já revela que determinante, ao menos como via de princípio, não é a pura questão ontológica, ou epistemológica, ou gnoseológica da "unidade" e da "pluralidade", mas que ainda aqui e uma vez mais, se defronta um **problema especificamente jurídico-penal**, político-criminalmente conformado e a decidir segundo os cânones metodológicos próprios da dogmática do direito penal".

O problema começa desde logo por receber consagração a nível jurídico-constitucional, na medida em que no artº 29º, nº 5 do Texto Fundamental se dispõe que *"ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime"*. É o conhecido princípio *"ne bis in idem"*.

Regressando ao texto da lei, o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente. Doutrinalmente costuma falar-se na primeira hipótese de concurso heterogéneo, e na segunda de concurso homogéneo.

Na análise deste problema da unidade ou pluralidade de infracções têm sido seguidas, no essencial, **duas vias fundamentais**: a de atender prioritariamente à unidade ou pluralidade de **tipos legais de crimes violados**; ou a de conferir relevo decisivo à **unidade ou pluralidade de acções praticadas** pelo mesmo agente.

E é fácil de ver que o nosso ordenamento jurídico penal vigente acolheu a primeira dessas vias⁶.

Assim, como ensina o mesmo Mestre, de acordo com o artº 30º, nº 1, do CP, não parece pois haver espaço para a distinção entre um concurso real e um concurso ideal. No ordenamento jurídico penal português, ou existe um concurso efectivo ou verdadeiro (*hoc sensu*, real), ou há unidade do facto punível, e, logo, de crime.

Eduardo Correia sempre defendeu o critério que veio a ser plasmado no artº 30º, nº 1 do CP, ou seja, decisivo para aferir da unidade ou pluralidade de infracções não é a unidade ou pluralidade de acções em si mesmas consideradas, mas sim a unidade ou pluralidade de tipos legais de crimes violados pela conduta de um mesmo agente, e submetidos, num mesmo processo penal, à cognição do Tribunal. É aliás a orientação se não unânime, pelo menos esmagadoramente dominante na doutrina nacional (cfr. Figueiredo Dias, ob cit, fls. 985).

Indo às palavras de Eduardo Correia, decisivo da unidade ou pluralidade de crimes só pode ser "o número de valorações que, no mundo jurídico-criminal, correspondem a uma certa actividade". "Pluralidade de crimes significa, assim, pluralidade de valores jurídicos negados".

Destarte, se a actividade do agente preenche diversos tipos legais de crime, necessariamente se negam diversos valores jurídico-criminais, e estamos, por

⁶ Enquanto que a segunda via tem sido seguida principalmente pela jurisprudência e doutrina germânicas, e depois, por influência destas, passou para outros países.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

consequente, perante uma pluralidade de infracções; pelo contrário, se só um tipo legal é realizado, a actividade do agente só nega um valor jurídico-criminal, e estamos, portanto, perante uma única infracção (Eduardo Correia, Direito Penal, II, nº 35, a).

E chegamos agora a um segundo momento: pode acontecer que o juízo concreto de reprovação tenha de ser formulado várias vezes em relação a actividades subsumíveis a um mesmo tipo legal de crime, a actividades, portanto, que encarnam a violação do mesmo bem jurídico. Esta tem sido a orientação dominante na jurisprudência nacional, emergente do artº 30º, nº1, in fine, do CP. Porém, tal orientação não é imune a críticas, nomeadamente por abandonar cedo demais, nas palavras de Figueiredo Dias, a concepção global do tipo. Certo que o bem jurídico assume na questão da tipicidade um relevo primacial e insubstituível. Mas não é esta razão para que os restantes elementos típicos sejam minimizados e para esquecer que a certos propósitos deve mesmo recorrer-se, para além da análise de todos eles, a uma consideração global do sentido social do comportamento que integra o tipo.

Finalizando, para este Mestre, "o crime por cuja unidade ou pluralidade se pergunta é o facto punível e, por conseguinte, uma violação de bens jurídico-penais que integra um tipo legal ao caso efectivamente aplicável. A essência de uma tal violação não reside pois nem por um lado na mera acção, nem por outro na norma ou no tipo legal que integra aquela acção; reside no substracto de vida dotado de um sentido negativo de valor jurídico-penal, reside, (...) no ilícito-típico: **é a unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica, existente no comportamento global do agente submetido à cognição do Tribunal, que decide em definitivo da unidade ou pluralidade de factos puníveis e, nesta acção de crimes**".

Em resumo: o aplicador da lei tem de começar por determinar, por interpretação típica e sistemática, se uma pluralidade de normas ou de leis incriminadoras convocadas em abstracto por um certo conteúdo de ilícito são concretamente aplicáveis umas ao lado das outras ou se, diferentemente, há umas normas que prevalecem sobre outras e excluem a sua aplicação. "Se, face às normas concretas e efectivamente aplicáveis, vários tipos legais se encontrarem preenchidos pelo comportamento global haverá concurso, mas não necessariamente concurso efectivo ou puro. Este pode não existir, se se verificar que à pluralidade de normas efectivamente aplicáveis corresponde, apesar dela, um sentido jurídico-social de ilicitude material dominante, verificando-se então um concurso aparente ou impuro. Se apenas um tipo legal foi preenchido, será de presumir que nos deparamos com uma unidade de facto punível; a qual, no entanto, também ela pode ser elidida se se mostrar que um e o mesmo tipo especial do crime foi preenchido várias vezes pelo comportamento do agente. Isto significa que o procedimento não pode em qualquer caso reduzir-se ao trabalho sobre normas, mas tem sempre de ser completado com um trabalho de apreensão do conteúdo de ilicitude material do facto⁷".

⁷ Figueiredo Dias, ob. cit, fls. 991.



S

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Munidos que estamos deste ensinamento dogmático-conceitual, vamos então olhar para o caso concreto destes autos.

E o trabalho está muito facilitado, porque desde logo temos como adquirido que é um só o tipo legal preenchido pela conduta dos agentes. O que nos resta apurar é se esse mesmo e único tipo legal foi várias vezes preenchido pelas condutas dos agentes, ou se só o foi uma vez: e ainda, caso optemos pela primeira alternativa, se a isso deve corresponder uma pluralidade de infracções ou uma só infracção.

A resposta, não temos dúvidas em afirmar, está na análise do tipo legal em causa, na sua interpretação minuciosa, à luz do bem jurídico que se pretende proteger, sendo que a própria natureza deste, como vamos explicar, nos aponta o caminho a seguir.

Vejamos:

A Lei da Concorrência (Lei nº 18/2003, de 11 de Junho), proíbe, nos termos do seu artº 4º, nº 1, os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas entre empresas que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência.

Importa então atentar no conteúdo específico dos respectivos elementos jusconcorrenciais constitutivos do tipo legal.

É bom ter presente a dificuldade de interpretação que muitas vezes gera a caracterização dos elementos jusconcorrenciais constitutivos destas normas de proibição da concorrência, na medida em que a lei frequentemente recorre a elementos predominantemente normativos⁸ e não descritivos. E por isso, o conteúdo de tais elementos tem de ser apreendido tendo em conta as especificidades do direito da concorrência e com o recurso aos ensinamentos doutriniais e do fundamental "acquis" comunitário neste domínio dado o paralelismo deste ordenamento com o ordenamento nacional, que em muitos anos de experiência tem melhor sedimentados tais conceitos.

Dito isto, a contra-ordenação prevista no artº 4º da LC pressupõe naturalmente o preenchimento do seu tipo objectivo, ou seja, a preenchimento dos pressupostos de aplicação da norma. São eles a qualidade de empresa, a realização de um acordo ou prática concertada entre empresas ou de uma decisão de associação de empresas, o objecto ou efeito anticoncorrencial da prática, o carácter sensível da restrição da concorrência e a existência de um mercado relevante⁹.

⁸ Que se podem definir como aqueles cujo sentido nos obriga a recorrer a valorações constantes de outras ordens normativas, jurídicas ou sócio-culturais, ou a outras linguagens científico-técnicas, e em contraponto com os elementos descritivos que se definem como aqueles cuja significado é susceptível de ser apreendido pelos sentidos, cujo significado típico coincide, globalmente, com o que é atribuído pela linguagem comum (cfr. Direito Penal, Parte Geral, V.II, de Taipa de Carvalho, 2004).

⁹ Cfr. "Lei da Concorrência", Anotada, de Miguel Mendes Pereira, em anotação ao artº 4º da Lei.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A proibição prevista no citado artº 4º incide, pois, sobre acordos e práticas concertadas entre empresas ou decisões de associações de empresas que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.

Esta norma proibitiva contempla estatuições alternativas: a restrição concorrencial pode ser *por objecto*, ou a restrição concorrencial pode ser *por efeito*.

Em termos simples diremos que se distinguem, na medida em que a restrição *por objecto* é aquela que, pela sua natureza, pode restringir a concorrência, a restrição *por efeito* torna-se necessário comprovar uma afectação da concorrência efectiva com potencialidade para produzir efeitos negativos sobre os principais parâmetros da concorrência.

E quanto ao preenchimento desta norma de proibição ela opera do seguinte modo: para determinar se uma prática concertada é proibida pelo artº 4º da LC, não será necessário ter em conta os seus efeitos concretos, sempre que for evidente que tal prática tem *por objecto* impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado nacional. Deste modo, se se apura que o acordo ou prática concertada entre empresas tem como *objecto* a restrição da concorrência, não há que demonstrar para o preenchimento do tipo legal um efeito adverso para a concorrência. Dito de outro modo, só serão apurados em concreto efeitos anticoncorrencias se não for possível apurar um *objectivo* restritivo da concorrência

A lógica reside no facto de se considerar que determinadas formas de colusão entre empresas são, pela sua própria natureza, prejudiciais ao funcionamento regular da concorrência. A esta categoria do *objecto restritivo da concorrência* está subjacente a ideia de que, intrinsecamente, certos elementos de acordos ou de práticas concertadas entre empresas, associados ao contexto em que se inserem, apresentam um elevado potencial restritivo da concorrência, presumindo-se, assim, com grande consistência, os efeitos anticoncorrencias.

Assim resulta das Orientações relativas à aplicação do artº 81º do Tratado, actual artº 101º do TFUE -Comunicação da Comissão 2004/C, 101/08, ao estabelecer que *"Esta distinção entre restrições por objectivo e restrições por efeito é importante. Quando se verifica que o objectivo de um acordo é restringir a concorrência, não é necessário ter em conta os seus efeitos concretos. Por outras palavras, para efeitos da aplicação do nº 1 do artigo 81º, não é necessário demonstrar os efeitos anticoncorrencias efectivos quando o acordo tem por objectivo restringir a concorrência."*

As restrições de concorrência por objectivo são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência.

Trata-se de restrições que, à luz dos objectivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência (...).

Esta presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objectivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objectivos das regras comunitárias da concorrência". (conforme pontos 20 e 21).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Assim sendo, a verificação de um acordo ou de práticas concertadas entre empresas com *objecto restritivo da concorrência* é suficiente para a concretização do tipo de infracção em causa.

Daqui decorre, á luz do critério da intensidade do "ataque" ao bem jurídico, que estamos perante uma contra-ordenação de perigo.

Subsequentemente, e com relevo para a caracterização da infracção em causa, importa saber se estamos perante uma infracção formal ou de mera actividade, em que só o evento jurídico é essencial? E se estamos perante uma infracção instantânea em que todas os elementos do tipo legal se preencheram no momento em que ocorreu o acordo ou as práticas concertadas?

A resposta, do nosso ponto de vista, só pode ser negativa.

E esta resposta passa fundamentalmente pela caracterização do elemento jusconcorrencial essencial da infracção em causa, referente ao *objecto restritivo da concorrência*, ou seja, pela análise da sua dimensão específica.

De modo igualmente essencial coloca-se a caracterização do bem jurídico protegido pela norma de proibição em causa.

A jurisprudência tem vindo de forma consolidada a considerar que o direito da concorrência não se destina unicamente a proteger os interesses directos dos concorrentes ou dos consumidores mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência enquanto tal.

Os bens jurídicos subjacentes a estas normas de proibição correspondem a bens imateriais, associados ao efectivo funcionamento concorrencial dos mercados e que tipicamente ficam comprimidos ou afectados enquanto as partes se não dissociarem dos entendimentos para que convergiram.

Considerando a natureza do bem jurídico e tendo em vista a caracterização a que já aludimos do elemento do tipo referente ao *objecto restritivo da concorrência* podemos dizer que numa certa perspectiva os efeitos anti-concorrenciais também estão presentes no tipo legal, só que de forma presumida. Assim o entendeu o legislador que considerou, em face de certos elementos dos acordos ou contactos concertados entre empresas, associados ao contexto jurídico e económico em que se inserem, haver um elevado potencial restritivo da concorrência, independentemente da avaliação em concreto de efeitos dos acordos sobre o funcionamento do mercado.

Logo daqui resulta que a *presunção jurídica* de efeitos anti-concorrenciais está substancialmente sustentada na análise da natureza e conteúdos dos acordos e práticas concertadas, e na ponderação do contexto jurídico e económico em que se inserem, pois só assim se poderá identificar e qualificar os acordos com *objecto restritivo da concorrência*. Diremos que só de um comprovado objectivo anti-



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

concorrencial poderão decorrer efeitos anti-concorrenciais, a legitimar a sua presunção.

Ora, o que decorre deste enfoque analítico é a negação de uma análise meramente formal, na consideração da categoria do *objecto* restritivo da concorrência, não bastando que ocorra a formalização de qualquer forma de concertação das partes, havendo que "verificar, mesmo de modo perfunctório, a base de sustentação da presunção associada a um estado duradouro em si mesmo adverso ao funcionamento do mercado, inerente por seu turno ao acordo com *objecto* restritivo da concorrência nesta análise de efeitos" (cfr. Prof. Luís D. S. Morais, in estudo, "Conceito de *Objecto* e Efeitos Restritivos da Concorrência...", Almedina).

A verdade é que o direito da concorrência tem evoluído mais recentemente num sentido cada vez menos formalista, reiterando a necessidade de se ter em conta na análise do *objectivo* de um acordo ou prática concertada entre empresas o *concreto contexto jurídico e económico em que os mesmos se inserem*¹⁰.

O que se verifica é então um estado duradouro anti-concorrencial criado pelo tal acordo ou prática concertada, em que os bens jurídicos ficam comprimidos ou afectados, por todo o tempo em que perdurar aquele estado anticoncorrencial, não se esgotando no tempo de conclusão do acordo ou dos suportes formais do entendimento e vontades convergentes entre as empresas. O que se torna de mais específico na caracterização das infracções da concorrência é precisamente a projecção no tempo dos elementos que compõem os respectivos factos ilícitos.

Em síntese diremos que esta dimensão assim objectivada como um estado duradouro impede que se determine o *objecto restritivo* da concorrência de forma *instantânea*, ou seja, no momento isolado do acordo ou dos actos de práticas concertadas, e consequentemente que se atribua à respectiva infracção uma natureza formal. A não se entender assim, estar-se-ia a esvaziar a infracção e o bem jurídico protegido.

Aqui chegados, tendo presente a caracterização do elemento normativo relativo ao *objecto restritivo da concorrência*- em que resulta a criação de um estado em si mesmo adverso ao funcionamento concorrencial do mercado, e em que o desvalor jurídico resulta precisamente da potencialidade continuada da produção de efeitos anti-concorrenciais- entendemos que a infracção em causa que vimos caracterizando, deverá ser qualificada como infracção permanente. (esta a posição defendida por Luís D.S. Morais, in ob cit.).

¹⁰ Espelham mais recentemente este novo enfoque analítico o acórdão GloxoSmithKline Services c. do Tribunal de Justiça de 6/10/2009, bem como o acórdão do Tribunal de Justiça de 4/06/2009 (3ª secção), no processo C-08, T-Mobile (disponível, na versão portuguesa, no sítio institucional do Tribunal de Justiça da União Europeia, em www.curia.eu, comentado este último por João Pateira Ferreira na Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, número 2, Abril-Junho 2010.



9

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em termos conceptuais a estruturação das infracções permanentes¹¹ assenta em duas fases distintas: a primeira, correspondendo à produção de um estado anti-jurídico, projectando-se tipicamente numa acção, a que se pode chamar a consumação inicial (neste caso o acordo ou práticas concertadas com objecto anticoncorrencial); a segunda, a que se pode chamar consumação protraída no tempo, correspondendo à permanência ou manutenção desse estado e do evento que o consubstanciou, envolvendo o não cumprimento pelo agente do dever que lhe imporia a remoção desse estado. Projecta-se tipicamente numa omissão relativa ao dever de fazer cessar o estado anti-jurídico criado.

Realça-se o facto de este dever característico das infracções permanentes ocorrer com maior probabilidade quando estão em causa bens jurídicos imateriais¹², designadamente, de bens jurídicos imateriais não passíveis, pelo seu conteúdo, de destruição, mas apenas de compressão, como é caso do bem jurídico tutelado pelo direito da concorrência como já acima o referimos. Esta afectação do bem jurídico manter-se-á tipicamente enquanto perdurar, por omissão, o estado anti-jurídico lesivo, inicialmente criado pelas empresas em relação ao acordo ou práticas concertadas que tenham mantido.

Deste modo, o estado anti-jurídico típico das infracções permanentes, perdura enquanto as partes não cumprirem o dever da sua remoção, mediante a sua concreta dissociação das bases de entendimentos e comportamentos convergentes que configuram o acordo ou práticas concertadas, ou seja, enquanto se mantiver em execução a actividade lesiva. No fundo, a infracção consoma-se quando as partes deixarem de se conformar com o programa de cooperação delineado no acordo.

Este entendimento já tem sido reconhecido na nossa jurisprudência a propósito de modalidades de cooperação empresarial com *objecto* restritivo da concorrência, como foi o caso da sentença de 2/05/2007, no Processo 965/06.9 do Tribunal de Comércio, que caracterizou precisamente a infracção da concorrência como um "ilícito de natureza permanente, distinguindo uma fase, compreendendo a conduta do agente até ao aparecimento de determinado estado antijurídico e na segunda fase "que perdura no tempo até que o agente cumpra o dever de fazer cessar o estado antijurídico criado. Idêntica orientação seguiu o Tribunal de Comércio na sentença de 28/07/2006, no processo 261/06.1, e na sentença de 9/12/2005, no Proc. 1307/05.6.

¹¹ Partindo da doutrina geral do crime, seguindo a Lição do Prof. Eduardo Correia, in *Direito Criminal I*, pags. 309, 310, 1971.

¹² Cfr. prof. Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, I.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Feita esta incursão relativamente á caracterização da norma de proibição do artº 4º, nº 1, da Lei nº 18/2003, é tempo de regressar ao caso dos autos.

Resulta, em síntese, da factualidade apurada a realização de um acordo inicial levado a cabo em 4/06/2001, entre cinco empresas, três delas, ora arguidas, tendo em vista a fixação uniforme de preços no âmbito de procedimentos públicos de aquisição de reagente para determinação de Glicose (em concursos públicos, ajuste directo, consulta prévia), com o fim de um aumento dos preços e visando também directamente um aumento dos preços no sector farmacêutico. Nessa reunião as arguidas concertaram as estratégias comerciais de alinhamento nas propostas a apresentar nos concursos hospitalares, e com o mesmo objectivo, foram trocando informações em subsequentes reuniões em datas não concretamente apuradas, no período que decorreu entre 2001 e 2004.

E retomando agora o *curso de infracções*, e em vista da operada caracterização jurídica da infracção em causa, concluímos pela ocorrência de uma **infracção única**, em que as empresas no acordo de 4/06/2001 formularam o desígnio de delinearem uma estratégia conducente ao aumento dos preços, e que foram concertando ao longo dos anos seguintes, mas apenas para dar execução áquela mesma estratégia, sem haver que renovar o desígnio em cada concurso em que participaram.

Sendo decisivo o estado de funcionamento do mercado criado pelo programa global de actuação em que as empresas se envolveram, este programa, enquanto tal, materializado num único *objecto restritivo* da concorrência, configura **uma única infracção** ao direito da concorrência. Importa que se diga que os concursos hospitalares em que as arguidas intervieram não passam de manifestações de existência ou subsistência do acordo e concertação inicial e depois mantida entre as empresas e que têm repercussões para determinar a duração da infracção, mas que não relevam autonomamente para efeitos de concretização e/ou consumação da infracção.

Por se nos afigurar pertinente, citamos aqui a nível de orientação jurisprudencial comunitária, um precedente de referência, correspondente ao acórdão "Hercule v Commission", de 1991 (decisão também conhecida como caso "Polypropylene") que em situação versando comportamentos de cooperação empresarial concluiu por **uma única infracção** que se manteve por um período de seis anos, considerando que *a situação complexa envolvendo um acordo e práticas concertadas entre empresas consistia num padrão de conduta convergente orientada para o aumento dos preços*. O TPI considerou neste acórdão que "seria artificial autonomizar ou cindir em várias infracções esse padrão de conduta".

Trata-se, pois, de **uma única infracção** de **natureza permanente**, cuja consumação se protraí no tempo, até ter cessado o estado anti-jurídico criado.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Uma só palavra em relação à tese da infracção continuada, defendida pelas arguidas, para dizer que a sua construção sempre estaria arredada face à conclusão a que chegamos de que em cada acto isolado de execução daquele plano de concertação não houve renovação da resolução anticoncorrencial.

4.1.Quanto á arguida Johoson & Johonson.

Esta recorrente veio invocar a violação do princípio ne bis in idem.

Fundamenta tal violação dizendo que esta segunda condenação nos presentes autos sanciona exactamente os mesmos factos em suporte dos quais são invocados exactamente as mesmas provas. Para além desta identidade factual, também não se pode olvidar que o concurso público pelo qual se pretende sancionar agora a recorrente já era do conhecimento da AdC quando esta a condenou pela prática de 36 contra-ordenações, e se alguma relevância jurídica poderia ser retirada da apresentação da proposta ao único concurso que fundamenta a condenação da recorrente, então tal teria de ter ocorrido até ao trânsito em julgado da primeira condenação.

Entende a recorrente que não pode haver lugar a um outro processo com fundamento em determinadas actividades que constituem elementos de um concurso de infracções que já foram objecto de um processo, pois, se assim for, o juiz será forçado a concluir que elas deveriam ter sido aí apreciadas.

O Tribunal *a quo* não podia, neste novo processo, apreciar factos que formam uma unidade de sentido e que faziam parte do "objecto do processo" anterior.

Apreciando.

Importa começar por afirmar que assiste inteira razão á recorrente, e que sai reforçada se quando confrontada com o enquadramento jurídico destes mesmos factos a que se operou neste recurso.

De acordo com o nº 5 do artº 29º da Constituição da República "ninguém pode ser julgado mais que uma vez pela prática do mesmo crime".

Como tem sido unanimemente reconhecido na jurisprudência e na doutrina, o ***ne bis in idem*** tem duas consequências ou concretizações relevantíssimas: a **proibição da dupla valoração** do mesmo substrato material nele contido, e por outro lado, para usar a formulação de Figueiredo Dias, o **mandado de esgotante apreciação** de toda a matéria tipicamente ilícita submetida à cognição do tribunal num certo processo penal.

E é o que acontece neste caso. Efectivamente, a arguida foi condenada pela prática de 36 contra-ordenações no âmbito do processo 4/05, já transitado em julgado, sendo que como vimos o único concurso público referenciado nos presentes



9

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

autos integra a mesma e única infracção, não podendo por isso, neste processo voltar a ser julgada, sob pena de violação do caso julgado.

Deste modo, importa declara extinto o procedimento contra-ordenacional instaurado contra a arguida J&J, por violação do princípio *ne bis in idem*.

5. Da prescrição.

A questão da prescrição vem suscitada pelas arguidas, além de que o seu conhecimento é oficioso.

Como é sabido, a determinação do momento da consumação da infracção tem naturais consequências para efeitos de contagem do prazo de prescrição do procedimento criminal, *ex vi* do artº 119º do Código Penal.

Face á alteração a que se procedeu ao nível do enquadramento jurídico, tendo-se concluído que a conduta das arguidas constitui uma infração única de natureza permanente, decorrendo desta natureza permanente uma consumação protaída no tempo ou duradoura, que ocorrerá com o cessar do estado anti-jurídico criado.

Face á factualityde apurada, o momento da consumação da contra-ordenação ocorreu com o último concurso em que as partes participaram, sendo essa a dimensão temporal que a sentença considerou como estado anti-concorrencial em que se consubstanciou o objecto restritivo da concorrência decorrente do acordo e práticas concertadas prosseguida entre as empresas arguidas.

Neste caso, o último concurso que foi considerado com elevância pela sentença recorrida no que se refere á arguida Menarini, Lda foram as propostas abertas em 11.11.2003 (concurso público internacional nº 110013/2004 -Hospital Espírito Santo em Évora) e posteriormente, no caso da arguida Abbot, em Abril de 2004, sendo nessas datas que ocorre o momento da consumação da contra-ordenação, revelando que até esses momentos as partes não se dissociaram das práticas concertadas que vinham desenvolvendo.

Assim, e dando como assente o prazo prescricional máximo de oito anos considerado fundadamente pela sentença recorrida e aceite pelas arguidas, e que temos por correcto, e porque é na data da consumação da infracção que se inicia a contagem do prazo de prescrição, vemos que ainda não decorreu o prazo global de prescrição da contra-ordenação praticada pelas arguidas.

6. Quanto á medida da pena.

Face á alteração a que se procedeu ao nível do enquadramento jurídico dos factos, importa aferir das sua repercussão na operação da fixação da pena.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Recapitulando, a sentença recorrida condenou as arguidas nos seguintes termos: a arguida ABBOTT, Lda, na coima única de € 3.000.000,00 (três milhões de euros), pela prática de 27 (vinte e sete) contra-ordenações previstas no artigo 2º, nº 1, alínea a), do Dec.-Lei n.º nº 371/93, de 29 de Outubro, e de 8 (oito) contra-ordenações previstas no artigo 4º, nº 1, alínea a), da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho; e a arguida MENARINI, Lda, na coima única de € 2.000.000,00 (dois milhões de euros), pela prática de 23 (vinte e três) contra-ordenações previstas no artigo 2º, nº 1, alínea a), do Dec.-Lei n.º nº 371/93, de 29 de Outubro, nas coimas individuais de 100.000,00 (cem mil euros) e 4 (quatro) contra-ordenações previstas no artigo 4º, nº 1, alínea a), da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho.

Porque, como vimos, o recurso das arguidas obteve provimento parcial no que à qualificação jurídica dos factos diz respeito, importa agora determinar a coima que lhes deve ser aplicada, tendo presente que, contrariamente ao que se decidiu na decisão recorrida, estamos perante uma só infracção, que, como também já explicámos, se consumou em Abril de 2004 e Outubro de 2003, datas em que as arguidas ainda mantinham o estado anti-jurídico no mercado.

E, excluindo as referências à comparação entre os regimes sancionatórios que se sucederam no tempo, porque aplicável à situação (à única infracção) é apenas a vigente à data da prática do facto, a lei actualmente em vigor (art. 2º, 1 CP), no mais damos aqui por reproduzido, com as necessárias adaptações, aquilo que na decisão recorrida se explicou sobre tal matéria.

Refere-se na sentença recorrida que "a contra-ordenação em causa é punida com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas partes na infracção, 10% do volume de negócios no último ano (artigo 43º, nº 1, alínea a) da Lei nº 18/2003 (nova LdC).

Para efeitos do referido artigo 43º, o volume de negócios a considerar será o volume total de negócios que cada arguida obteve durante o ano da cessação da execução da infracção (e não no ano anterior a cada infracção, como defende a **Menarini**) - conforme, aliás, jurisprudência dos Tribunais superiores, designadamente no Tribunal da Relação de Lisboa (v.g. Ac. de 11/07/2007, proferido no processo nº 7251/2007-3, www.dgsi.pt).

E como bem se decidiu na decisão *sub judice*, sendo que o teor literal da lei não levanta margem para dúvidas, o volume de negócios a considerar não é apenas o verificado no mercado afectado pela infracção (mercado dos reagentes, sector hospitalar), mas sim o volume total dos negócios da arguida/empresa.

Assim, como bem se decidiu na primeira instância, a contra-ordenação cometida pelas arguidas **Abbott e Menarini** é abstractamente punível com coima que não pode exceder:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- o para a **Abbott**, o valor de **€ 11.132.217,70** (correspondente a 10% do seu volume de negócios durante o ano de 2004);
- o para a **Menarini**, o valor de **€ 1.174.768,93** (correspondente a 10% do seu volume de negócios durante o ano de 2003);

Passemos agora á determinação da medida concreta da coima

Na determinação da respectiva medida concreta manda a lei que se atenda aos seguintes critérios:

- a **gravidade** da contra-ordenação, a **culpa**, a situação **económica** do agente e o benefício económico que o agente retirou da prática da contra-ordenação (artigo 18º do RGCOG);
- a **gravidade** da infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional / as vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infracção / o carácter reiterado ou ocasional da infracção / o grau de participação na infracção / a **colaboração** prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo / o comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência (artigo 44º da nova LdC).

Assim, por aplicação subsidiária das regras constantes do Código Penal, podemos assentar em que:

- art. 40º, nº 2 "Em caso algum a (coima) pode ultrapassar a medida da culpa"
- art. 47º, nº 2 - "O tribunal fixa (o montante da coima) em função da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos pessoais."
- art. 71º, nº 1 "A determinação da medida da (coima), dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção."
- art. 71º, nº 2 - "Na determinação concreta da (coima) o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo (...), depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- o O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;
- o A intensidade do dolo ou da negligência;
- o Os sentimentos manifestados no cometimento do (ilícito) e os finis ou motivos que o determinaram;
- o As condições pessoais do agente e a sua situação económica;
- o A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do (ilícito);
- o A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da (coima)."

Consequentemente, e no trabalho de determinação da respectiva medida concreta, importa ter presente:

-a conduta global das arguidas é **grave** na medida em que, tendo cada arguida um papel de relevo no mercado nacional dos reagentes (perceptível, inclusivamente, pelo nº de concursos ganhos não obstante, por vezes, o seu preço não ser sequer o mais baixo) as suas actuações concertadas contribuíram para o desvirtuamento efectivo de uma das regras basilares no comércio que é o da sã e livre concorrência, ou seja, interferiram com o equilíbrio entre os vários agentes económicos, a transparência nas relações de mercado e a liberdade de formação de preços na oferta e na procura - o que, por outras palavras, ofende o dever de lealdade na concorrência e, em última análise, os direitos dos consumidores e o funcionamento da economia nacional;

-a elevada intensidade da culpa - atento o dolo directo;

-que, por inerência da subida de preços, as arguidas retiraram um **benefício económico** ilícito - benefício esse que, em igual medida (não concretamente apurada) acarretou um **dano para o erário público** e a consequente privação ou redução da sua afectação a outros fins;

-a situação económica das arguidas revelada nos autos, e

-o tempo de duração da execução da infracção

Assim, tudo visto e ponderado, e sendo um **adquirido** que a alteração da qualificação jurídica a que se procedeu, nos termos supra expostos, não altera em



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

nada os factos provados, nem as circunstâncias tidas em conta pela decisão recorrida na fixação da pena se agarrou para fixar a pena única a aplicar às arguidas, entende este Tribunal da Relação que o raciocínio e a lógica que estão por detrás da ponderação feita na primeira instância, em sede de aplicação de uma coima única ao concurso de contra-ordenações, pode e deve ser utilizado aqui e agora, em sede de determinação da coima. Concretizando, a alteração da qualificação jurídica não teve qualquer efeito: a) na gravidade da contra-ordenação, que se mede pelos factos provados e não pelas categorias abstractas previstas na lei, tendo a ilicitude a mesma amplitude; b) na culpa das arguidas; c) na sua situação económica; d) no benefício económico que retiraram da prática dos factos (artigo 18º do RGCO); e) no dano causado à manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional; f) no carácter reiterado ou ocasional da infracção; g) na colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo; h) e no comportamento das arguidas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência (artigo 44º LdC).

Destarte, são válidas e mantém actualidade as considerações então expendidas: que cada uma das contra-ordenações (leia-se a totalidade das condutas) em apreço é grave na medida em que, tendo cada arguida um papel de relevo no mercado nacional dos reagentes (perceptível, inclusivamente, pelo número de concursos ganhos não obstante, por vezes, o seu preço não ser sequer o mais baixo) as suas actuações concertadas contribuíram para o desvirtuamento efectivo de uma das regras basilares no comércio que é o da sã e livre concorrência, ou seja, interferiram com o equilíbrio entre os vários agentes económicos, a transparência nas relações de mercado e a liberdade de formação de preços na oferta e na procura - o que, por outras palavras, ofende o dever de lealdade na concorrência e, em última análise, os direitos dos consumidores e o funcionamento da economia nacional;

- que se verifica elevada intensidade da culpa - atento o dolo directo;
- que, por inerência da subida de preços, as arguidas retiraram um benefício económico ilícito - benefício esse que, em igual medida (não concretamente apurada) acarretou um dano para o erário público e a consequente privação ou redução da sua afectação a outros fins;
- a situação económica das arguidas revelada nos autos, e
- a amplitude temporal das condutas

Apenas há uma alteração que se apresenta como incontornável. Referimo-nos à coima aplicada à arguida Menarini, que foi fixada em dois milhões de euros, por ser uma coima única, resultante de um cúmulo jurídico. Agora, a coima que vai ser aplicada a essa arguida é também uma só coima, não por resultar de um



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

cúmulo jurídico, mas sim por estar em causa uma só contra-ordenação. O que vale por dizer que a coima a aplicar a esta arguida não pode exceder, nos termos do artigo 43º,1,a da Lei 18/2003 (nova LdC), o valor de **€ 1.174.768,93**, correspondente a 10% do seu volume de negócios de 2003, por ser este o ano da consumação da infracção (**tal como resulta da decisão recorrida** referimo-nos ao concurso público internacional nº 110013/2004 -Hospital Espírito Santo em Évora.- em que a proposta da arguida Menarini foi aberta em **11.11.2003**).

Assim, tudo visto e ponderado, e mantendo os mesmos critérios utilizados pelo Tribunal de primeira instância, que nos parecem válidos e não merecedores de censura por esta Relação (quando aquele ponderou o número de infracções nós iremos ponderar o número de condutas nocivas dentro da mesma infracção), considerando pois o número de condutas atribuídas a cada uma das arguidas e o diferencial de volume de negócios, tal como a decisão recorrida considerou, julgamos que se justifica condenar a arguida numa coima de **€ 1.000.000\$00** (um milhão de euros).

Pelo que, tudo visto e ponderado, entende este Tribunal manter integralmente o valor da coima aplicada à arguida Abbott, de **€ 3.000.000,00 (três milhões de euros)**, e condenar a arguida Menarini no pagamento de uma coima de **€ 1.000.000,00 (um milhões de euros)**.

Relativamente à **sanção acessória**, entendemos que a AdC aplicou devidamente a lei e ponderou correctamente as necessidades de prevenção (*maxime*, as-de-prevenção geral), motivo por que manteremos a mesma.

7. Das alegadas inconstitucionalidades:

Invocam as recorrentes:

a) **Da violação do artº 32º, nºs. 1 e 2 e do artº 205º da CRP** pela decisão recorrida, ao defender-se que do paralelismo de preços se pode presumir a existência de um dos elementos do tipo: a existência de acordo ou de prática concertada, invertendo-se o ónus de prova.

b) **Da inconstitucionalidade do artº 43º da Lei nº 18/2003** na interpretação que lhe foi dada pelo tribunal *a quo*.

Invoca para todos os efeitos legais a inconstitucionalidade da interpretação feita pelo Tribunal *a quo* do artº 43º da Lei nº 18/2007, que fundamenta resumidamente no seguinte: o Tribunal *a quo* considerou ocorrer um concurso efectivo de infracções e que a prática de cada contra-ordenação se verifica no momento da apresentação da proposta em cada concurso. Existindo concurso efectivo de contra-ordenações praticadas em diversos anos, considerou que "o último ano" a que se refere o artº 43º, nº 1, da Lei 18/2003 de 11 de Junho, é o ano em que tiver sido concretizada a última



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

das infracções que o agente decidiu praticar. Entende a recorrente que esta interpretação implica que no momento da prática das infracções é impossível saber ao agente qual é o limite máximo da coima a que virá eventualmente a estar sujeito, não podendo antecipar o último ano em que o agente virá a decidir concertar preços. Tal interpretação é grosseiramente violadora do princípio da legalidade constitucional, por impedir que o agente no momento em que decide praticar a contra-ordenação tenha consciência das consequências daí recorrentes.

c) Da **inconstitucionalidade** por violação do artº 32º, nº1 e 2 e do artº 205º, ambos da CRP face á decisão recorrida ao defender que do paralelismo de preços se pode presumir a existência de um dos elementos do tipo: a existência de acordo ou de prática concertada, invertendo-se o ónus da prova. O Tribunal não poderia presumir, tinha de ter uma certeza para além de qualquer dúvida razoável. O Tribunal *a quo* nem exigiu a prova de acordo; bastou para a condenação a existência de um paralelismo de preços, o que aliás, como resultou provado, já acontecia em concursos públicos abertos antes de 4.06.2001. O Tribunal não podia presumir a existência de prática concertada.

Relativamente a tais questões suscitadas de inconstitucionalidade, face ao que foi decidido, entendemos que a interpretação de tais preceitos legais se mostra em consonância com todos os preceitos constitucionais.

*

DISPOSITIVO.

Termos em que os Juizes da 3ª secção deste Tribunal da Relação de Lisboa, acordam no seguinte:

1. Em **Rejeitar**, por inadmissibilidade legal, o **recurso interlocutório** interposto pela recorrente ABBOT, Lda;

2. Em **declarar extinto o procedimento contra-ordenacional**, por violação do princípio **ne bis in idem**, relativamente á recorrente **Johnson & Johnson, Lda**;

3. Em Julgar parcialmente procedentes os recursos interpostos da sentença pelas recorrentes Abbot, Lda e Menarini, Lda e, consequentemente, **decide-se**:

a) **Alterar a qualificação jurídica** dos factos, incorrendo cada uma das arguidas na prática de **uma única contra-ordenação**, prevista e punida pelo artº 4º, nº 1, al. a), da Lei nº 18/2003 de 11 de Junho e, consequentemente, **condenam-se** as arguidas:

-a arguida **Abbot, Lda**, na mesma coima de de **€ 3.000.000,00 (três milhões de euros)**, e



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

-a arguida **MENARINI, Ld^a**, na coima de **€ 1.000.000,00 (um milhão de euros)**,

b) Manter a condenação de cada uma das arguidas na **sanção acessória** que lhes foi aplicada.

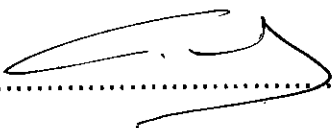
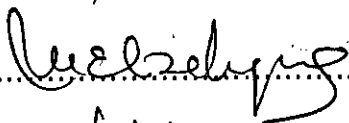
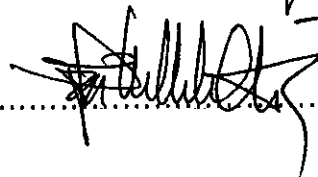
4.As **custas** do processo ficam a cargo das recorrentes Abbot, Ld^a e Menarini, Ld^a, fixando-se a taxa de justiça, respectivamente, em 10 e 8 Ucs.

Notifique.

*

Elaborado, revisto e assinado pela relatora Conceição Gonçalves e assinado pelos desembargadores Maria Elisa Marques e Cotrim Mendes, Presidente da secção.

Lisboa, 15 de Dezembro de 2010


.....

.....

.....