

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

296

1. Relatório.-

Bayer Diagnostic Limited, sucursal em Portugal e Bayer Portugal S.A, com sede na Rua Quinta do Pinheiro n.º 5 Carnaxide, notificados do despacho da Autoridade da Concorrência que indeferiu a arguição de irregularidade por não terem os mandatários sido notificados da nota de ilicitude enviada em 28 de Agosto de 2007, recebida pelas arguidas em 29.08.2007, vieram interpor recurso de impugnação judicial nos termos do art.º 49º e 50º n.º 2 da Lei 18/2003 de 11 de Junho e 55º n.ºs 1 e 2 do Dec.-Lei 433/82 de 27.10, pedindo que seja reconhecida a nulidade insanável, ou em qualquer caso a irregularidade processual e ordenada à Autoridade da Concorrência a notificação dos respectivos mandatários das arguidas ora recorrentes com a consequente anulação do processado subsequente à notificação preterida.-

Alegaram para o efeito, em síntese, que as arguidas foram notificadas no âmbito de um processo, cujo desenvolvimento expõem, da “nova nota de ilicitude”, não tendo os seus mandatários, constituídos nos autos, sido notificados da mesma. Perante essa omissão os mandatários apresentaram um requerimento junto da Autoridade da Concorrência, requerendo que a Autoridade da Concorrência ordenasse proceder à notificação da nota de ilicitude, sob pena de irregularidade processual, tendo o pedido formulado sido indeferido.-

Juntaram documentos.---

A Autoridade da Concorrência apresentou alegações, pugnando pela irrecorribilidade da decisão, alegando que se trata de uma questão de mero expediente processual cujo recurso autónomo e imediato o legislador ao consagrar o n.º 2 do art.º 55 do RGCOG quis afastar, não se vislumbrando em que medida as arguidas viram efectivamente os seus direitos e interesses afectados. Acrescentou que inexistia qualquer irregularidade processual na notificação da nota de ilicitude, não existindo lacuna que determine o recurso ao Regime Jurídico das Contra-Ordenações e prevendo o n.º 1 do art.º 23º da Lei 18/2003 uma notificação alternativa e que, por ultimo, caso a Autoridade da Concorrência tivesse cometido alguma irregularidade/nulidade, a mesma ter-se-ia sanado por força do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do art.º 121º CPP, tendo os ilustres mandatários exercido os seus direitos de defesa no processo-

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Concluiu, pedindo que o recurso das impugnantes seja rejeitado, ou, caso assim não se entenda, seja totalmente improcedente e, em consequência, a decisão da Autoridade mantida na íntegra.-

2. Factos a considerar.

Resulta da prova documental junta aos autos que:

1 – Por decisão datada de 28.12.2004 a Autoridade da Concorrência condenou, no âmbito do PRC 06/03 as arguidas Abbott Laboratórios L.da e Bayer Diagnostics Europe Limited, Menarini Diagnósticos L.da, Roche Farmacêutica Química L.da e Johnson & Johnson L.da, no pagamento de coimas, por terem, de acordo com a decisão, ocorrido numa prática concertada, tendo por objecto a fixação uniforme de preços no âmbito de um concurso público, no qual todas eram concorrentes, infringindo assim o disposto no n.º 1 do art.º 4 da Lei 18/2003 de 11.06.-

2 – Em 31.01.2005 a Bayer Diagnostics Europe Limited recorreu da decisão da Autoridade da Concorrência para o Tribunal de Comércio de Lisboa, recurso que correu os seus termos no 1º juízo deste tribunal sob o n.º 406/05.9TYLSB.-

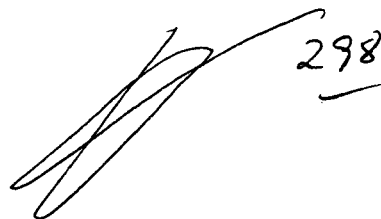
3 – No dia 06.10.2005 a Autoridade da Concorrência proferiu, no âmbito do processo de contra-ordenação n.º PRC 04/05, uma decisão de condenação, com aplicação de coimas às arguidas Abbott laboratórios L.da, Bayer Portugal S.A, Bayer Diagnostics Europe Limited, Menarini Diagnósticos L.da, Roche Farmacêutica Química L.da e Johnson & Johnson L.da, por terem, de acordo com a decisão, cometido diversas práticas concertadas restritivas da concorrência, tendo por objecto a fixação uniforme de preços, em violação do disposto nos nºs 1 e 2 do Dec.-Lei n.º 371/93 de 29 de Outubro e n.º 1 do art.º 4 da Lei 18/2003 de 11.06.-

4 – Em 08.11.2005 a Bayer Diagnostics Europe Limited e Bayer Portugal S.A recorreram da decisão da Autoridade da Concorrência para o Tribunal de Comércio de Lisboa, recurso que correu os seus termos sob o n.º 1697/05.0TYLSB.-

5 – Em 26.04.07 o tribunal, após ter apensado os dois processos referidos, proferiu decisão, determinando a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência, a fim de ser suprida a omissão do direito de audiência e defesa das recorrentes.-

6 – Nos dias 2 de Maio e 7 de Maio de 2007, respectivamente, o Ministério Público e a Autoridade da Concorrência vieram requerer a aclaração da decisão, tendo

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

 298

sido proferida decisão na qual se afirmou que “não se descortina qualquer ambiguidade ou incompatibilidade entre o conteúdo decisório e a fundamentação da decisão”, concluindo que: “Nos termos e com os fundamentos expostos, aclara-se o sentido da decisão proferida nestes autos a fls. 12095-12104”.-

7 – Por carta datada de 28 de Agosto de 2007, recebida a 29.08, as arguidas Bayer Diagnostics Europe Limited e Bayer Portugal S.A foram notificadas pela Autoridade da Concorrência de uma “nova nota de ilicitude”, no actual processo PRC n.º 04/05 tendo sido concedido às arguidas um prazo de 30 dias úteis a contar da recepção para, querendo, se pronunciarem sobre o conteúdo da mesma.-

8 – Os mandatários constituídos das arguidas, no processo em causa, não foram notificados.-

9 – Com data de 03.09.2007, subscrito por José Luís da Cruz Vilaça, foi remetido à Autoridade da Concorrência o seguinte requerimento:

“Na qualidade de mandatários da Bayer Diagnostics Europe Limited e da Bayer Portugal S.A, vimos pelo presente, expor e requerer o seguinte:

(1) Tomámos conhecimento através das nossas Constituintes, de que a Autoridade da Concorrência terá elaborado uma Nota de Ilicitude no âmbito do processo mencionado em epígrafe.

(2) Resulta do disposto artigo 23º da Lei 18/2003 de 11 de Junho, em articulação com o n.º 2 do artigo 47º do Regime Jurídico das Contra-Ordenações e Coimas (“RGCO”), tal como aprovado pelo Decreto-Lei 433/82 de 27 de Outubro, na redacção resultante da Lei 109/2001 de 24 de Dezembro aplicável “ex vi” do n.º 1 do artigo 22º da Lei 18/2003 de 11 de Junho, que as notificações serão dirigidas “ao defensor escolhido cuja procuração conste do processo”, sendo que o arguido, por força do n.º 3 do mesmo, “informado através de uma cópia da decisão ou despacho”.

(3) Os mandatários das arguidas requereram a junção das respectivas procurações aos autos a 10 de Maio de 2005.-

(4) Mais esclarece o n.º 4 do art.º 47º do RGCO que. “se a notificação tiver de ser feita a várias pessoas, o prazo de impugnação só começa a correr depois de notificada a última pessoa”.-

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

(5) Ora, certamente por lapso dos serviços da Autoridade, não foram os mandatários das referidas arguidas, para o efeito constituídos ao abrigo da procuração junta ao processo, até à data notificados da supra referida Nota da Ilicitude.-

Termos em que, pelo presente, respeitosamente, se requer a V. Exas se dignem ordenar a notificação da Nota de Ilicitude no âmbito do processo mencionado em epígrafe, sob pena de irregularidade processual (...) porquanto os mandatários das arguidas pretendem exercer o seu direito de acesso ao processo e requerer um complemento à audição escrita, por via oral, nos termos do disposto no n.º 2 do art.º 26º da Lei 18/2003 de 11.06.”

10 – Com data de 10.09.2007 foi proferida decisão, pela Autoridade da Concorrência subscrita pela instrutora Isabel Neto Telo, na qual se refere. “Em resposta ao requerimento de V. Exª de 03.09.07, sobre o assunto mencionado em epígrafe, esclarece-se que nos termos do n.º 1 do art.º 23º da Lei 18/2003 (A) as notificações são feitas pessoalmente, se necessário com o auxílio das autoridades policiais, ou por carta com aviso de recepção dirigida para a sede social, estabelecimento prisional ou domicílio em Portugal da empresa, do seu representante legal ou para o domicílio profissional do seu mandatário judicial para o efeito constituído.

Como se verifica o cumprimento desta norma, efectiva-se, através da observância de uma das duas previsões alternativas (e não cumulativas) que a mesma contém.

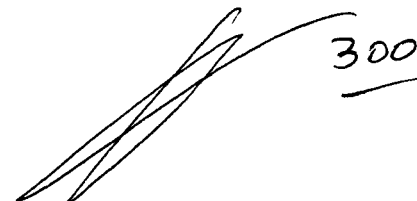
Assem sendo, e não enfermado a referida norma de qualquer lacuna que justifique o recurso a uma aplicação subsidiária do RGCO, nos termos do disposto no n.º 1 do art.º 22 da Lei 18/2003, as notificações respeitantes aos processos pró infracção aos artºs 4º, 6º e 7º, serão dirigidas alternativamente, para uma das entidades a que se refere o n.º 1 do art.º 23º da mesma Lei.

Nesta conformidade, não se considera procedente a interpretação conferida pelo requerimento de V. Exa ao n.º 1, do art.º 23º da Lei 18/2003”.-

11 – No dia 17.09.2007 e 19.09.07 foram consultados os autos supra referidos pelas arguidas Bayer Diagnostics Europe Limited e Bayer Portugal S.A.-

12 – As arguidas referidas em 11 apresentaram em 11.10.2007 resposta à nota de ilicitude.-

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

 300

1.

Refere o art.º 55º n.º 1 do Regime Geral dos Ilícitos de Mera Ordenação Social, publicado pelo Dec.-Lei 433/82, republicado pelo Dec.-Lei 244/95 de 14 de Setembro e alterado pela Lei 109/2001 de 24.12. que: “As decisões, despachos e demais medidas tomadas pelas autoridades administrativas no decurso do processo são susceptíveis de impugnação judicial por parte do arguido ou da pessoa contra as quais se dirigem”.---

Menciona o n.º 2 do mesmo normativo legal que: “O disposto neste artigo não se aplica às medidas que se destinem apenas a preparar a decisão final de arquivamento ou aplicação de coima, não colidindo com os direitos ou interesses das pessoas”.---

Ou seja, apenas são recorríveis, no âmbito do normativo referido, as medidas que afectem direitos e interesses do arguido ou da pessoa contra as quais se dirigem e não sejam apenas preparatórias da decisão final.---

A questão que se coloca, face aos normativos referidos é a da admissibilidade do recurso apresentado, tendo em atenção que o mesmo se trata da notificação da nota de ilicitude.-

É com a notificação da nota de ilicitude (a notificação dos artºs 25º n.º 1 al. b) e 26º n.º 1 da actual Lei da Concorrência como adiante se precisará) que é dado conhecimento ao arguido dos factos que lhe são imputados e do enquadramento jurídico dado aos mesmos, sendo que apenas a partir desse momento é que o arguido tem o direito efectivo de apresentar a sua defesa, através da “resposta à nota de ilicitude”.-

Assim sendo, não é defensável que se trate de uma “medida” que não colide com os direitos ou interesses das pessoas ou que seja meramente preparatória da decisão final. A referida “medida” colide e de forma essencial, com o exercício do direito de defesa do arguido e não se limita a preparar a decisão final, mas sim a fazer actuar os direitos de defesa e audição do arguido. Assim como tal, sem dúvida, para nós, deve ser admitido o recurso interposto, não estando em causa, a análise, no caso em concreto, de saber se essa decisão foi ou não lesiva dos direitos de defesa da arguida, uma vez que essa interpretação não é exigida para que o recurso seja admitido.-

Decisão.-

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

301

Pelo exposto, porque tempestivamente interposto de decisão recorrível e, por quem tem legitimidade para o efeito, admito o presente recurso apresentado Bayer Diagnostics Europe, Limited e Bayer Portugal S.A, com efeito meramente devolutivo.-

Resolvida esta questão analisemos o mérito da pretensão.-

3. Irregularidade/nulidade de omissão de notificação.-

Dispõe o art.º 22º do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei 18/2003 de 11 de Junho sob a epígrafe “normas aplicáveis” inserido na Secção II, com a epígrafe “Processos relativos a práticas proibidas” que: “1 – Os processos por infracção ao disposto nos artigos 4º, 6º e 7º regem-se pelo disposto na presente secção, na secção I do presente capítulo e, subsidiariamente, pelo regime geral dos ilícitos de mera ordenação social”.-

Refere, por sua vez o artigo 23º do mesmo regime jurídico que “As notificações são feitas pessoalmente, se necessário com o auxílio das autoridades policiais, ou por carta registada com aviso de recepção, dirigida para a sede social, estabelecimento principal ou domicílio em Portugal da empresa, do seu representante legal ou para o domicílio profissional do seu mandatário judicial para o efeito constituído”.-

A questão colocada é a de saber se, face ao conteúdo dos artigos referidos, é necessário recorrermos à aplicação prevista da lei subsidiária ou se o art.º 23º regula integralmente a matéria das notificações a efectuar no âmbito do processo em crise, não sendo necessário o recurso ao Regime Jurídico das Contra-Ordenações, mais concretamente ao disposto nos artºs 46º e 47º do RGCO.-

A infracção às normas previstas na Lei 18/2003 de 11.06 e às normas comunitárias, constituem contra-ordenação, nos termos do art.º 42º puníveis com coima (art.º 43º) e sanção acessória de publicitação da infracção (art.º 45º). Seguem o regime das contra-ordenações, previsto no Dec.-Lei 433/82 de 27.10, com as subsequentes alterações, com as especificidades previstas na citada lei da concorrência.-

Ou seja, a ordem nesta matéria é ver em primeiro lugar o regime da Lei da Concorrência (artºs 22º a 29º), após o RGCO e apenas num momento posterior se necessário e se admissível, o direito processual penal que deverá ser aplicado

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

302

Nos termos do art.º 50º do RGCO não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória, sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre.—

O art.º 25º n.º 1 al. b) da Lei da Concorrência refere que: “Terminado o inquérito, a Autoridade decidirá: (...) Dar início à instrução do processo, através de notificação dirigida às empresas ou associações arguidas, sempre que conclua, com base nas investigações levadas a cabo, que existem indícios suficientes de infracção às regras da concorrência”. Nos termos do art.º 26º n.º 1 do mesmo diploma legal na notificação referida “... a Autoridade fixa às arguidas um prazo razoável para que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas e para que requeiram as diligências complementares de prova que considerem necessárias”.—

A referida notificação mais não se pode entender do que uma particularização do mencionado art.º 50º citado, consagrando aqui o direito de defesa e de audição do arguido.-

Está em causa nos autos a notificação referida, importando fazer incidir a nossa atenção particular sobre o conteúdo do mencionado artigo 23º e sobre o regime subsidiário previsto nos artºs 46º e 47º do RGCO, impondo-se ainda ter em atenção o Cód. de Processo Penal, na parte que regula as notificações, designadamente o art.º 113º com a epígrafe “Regras gerais sobre notificações”.-

Se nos debruçarmos antes de mais sobre este último normativo concluímos claramente que o mesmo regula a forma das notificações (designadamentenº 1), mas também a substância das mesma, os termos em que estas devem ocorrer (designadamente n.º 9).-

Dirigindo-nos agora para o RGCO (embora fazendo um percurso inverso do supra referido, apenas para explicitar o raciocínio adoptado) verificamos que nos artºs 46º e 47º desse mesmo regime, a forma não é regulada, mas apenas a substância das mesmas, os termos em que devem ocorrer. Quanto à forma existe omissão.-

Por fim debruçando-nos agora sobre o mencionado art.º 23º da Lei da Concorrência, tendo em atenção a leitura que fizemos dos normativos supra referidos,

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

a forma das notificações, que não é regulada no RGCO, que subsidiariamente será, como vimos, o diploma aplicável. A intenção do legislador foi, em nosso entender evitar o recurso duplamente subsidiário ao Processo Penal para o efeito, eliminando outras formas de notificação que pretendeu que não ficassem consagradas, como a via postal simples e os editais e anúncios, face desde logo às consequências gravosas de ausência de resposta a determinadas notificações e do objecto/objectivo das mesmas, também no prosseguimento do processo contra-ordenacional (cfr. artº 18º da Lei da Concorrência).-

Em nosso entender este foi o pensamento do legislador e não o referido e entendido pela Autoridade da Concorrência.-

Assim sendo, encontra-se aberto o caminho para a aplicação subsidiária do RGCO. E este diploma, no seu artigo 47º, determina a notificação dirigida ao defensor escolhido cuja a procuração conste dos autos, sendo o arguido informado através de uma cópia da decisão ou do despacho (nºs 2 e 3).-

Concluisse assim que se verificou no caso a omissão da formalidade referida prescrita pela lei.-

Qualifiquemos agora o vício

Determina o artº 118º nºs 1 e 2 do Cód. Proc. Penal que:

“1. A violação ou inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei.

2. Nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular”.-

Na espécie, não sendo a omissão cominada com nulidade, importa concluir estarmos perante uma irregularidade.-

Nos termos do art.º 123º nº1 do citado diploma legal “Qualquer irregularidade do processo só determina a invalidade do acto a que se refere e dos termos subsequentes que possa afectar, quando tiver sido arguida pelos interessados no próprio acto ou, se a este não tiverem assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificados para qualquer termo do processo ou intervindo em algum acto nele praticado”.-

No caso, dúvidas não existem que a irregularidade foi tempestivamente arguida, face aos termos do processo.-

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Defende a Autoridade da Concorrência que a existir a alegada irregularidade a mesma encontra-se sanada.-

Refere o artigo 121º n.º 1, relativamente à sanção das nulidades, que deverá ser aplicado às irregularidades, face à omissão de normativo regulador de sanção das irregularidades (art.º 4º Cód. Proc. Penal) que as nulidades ficam sanadas se os participantes processuais interessados:

- a) “renunciarem expressamente a argui-las”;
- b) “tiverem aceite expressamente os efeitos do acto anulável”
- c) “Se tiverem prevalecido de faculdade a cujo exercício o acto anulável se dirigia”.-

Ora na espécie qual era a faculdade a que a notificação em crise se dirigia? A mesma era claramente o exercício dos direitos de defesa e de audição da arguida face à notificação efectuada.-

Ora a arguida, tal como ficou provado exerceu esse direito de defesa apresentando “resposta à nota de ilicitude”. Ora a apresentação dessa resposta claramente permite concluir que a arguida se prevaleceu da faculdade a cujo exercício o acto anulável se dirigia, ou seja exerceu o seu direito de defesa e audição.-

Assim sendo, importa considerar que a irregularidade se encontra sanada, e consequentemente deverá improceder a pretensão da arguida de anulação do processado posterior à notificação omitida.-

Cabe assim concluir que o recurso procede parcialmente considerando-se verificada a irregularidade suscitada mas entendendo-se que a mesma se mostra sanada.-

A arguida deverá suportar as custas do recurso, porque no mesmo decaiu parcialmente, fixando-se a taxa de justiça devida em 2 Ucs (artºs 92º, 93º e 94º RGCO) e 87º n.º 2 al. a) CCJ).-.-

4. Decisão.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o recurso apresentado por Bayer Diagnostics Europe Limited e Bayer Portugal S.A, declarando verificada a irregularidade processual de omissão de notificação dos mandatários constituídos no processo PRC 04/05 da “Nova Nota de Ilicitude”, irregularidade que se entende



305

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

encontrar-se sanada, improcedendo o recurso quanto ao pedido de anulação do processado subsequente à notificação.-

Custas pela arguida, fixando-se a taxa de justiça em duas Ucs.

Notifique e Deposite---

Cumpra o disposto no art.º 70º n.º 4 do Dec.-Lei 433/82 de 27.10.—

(processei e revi)

Lisboa 21.11.07 (após 17h00)

Elisabete Assunção