



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Praça do Comércio – 1149-012 LISBOA

Tel: 213218900 Fax: 213474919

Horário: 9:00-12:30 / 13:30-16:00

Exmo(a) Senhor(a)

Rua Laura Alves, 4, 7º
Lisboa
1050-054 LISBOA

Nossa Referência:

Processo nº: 246/06-7

Data: 2006-07-07

Assunto: NOTIFICAÇÃO

Recorrente(s): FARMINDÚSTRIA-INVEST. PARTICIPAÇÕES E GESTÃO,SA-272

Recorrido(s): AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA-Aleg:373

Fica V.Ex^a notificado(a), do duto acórdão, cuja fotocópia se junta.

O Oficial de Justiça

(Lurdes Severino)



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Proc.nº 246/06

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça :

Em 3/8/2005, a Farmindústria - Investimentos, Participações e Gestão, S.A.¹, requereu, invocando os arts.53º e 54º da Lei nº18/2003, de 11/6 (que aprovou o regime jurídico da concorrência - Lei da Concorrência) e 46º, nºs 1º e 2º, al.a), 50º, 51º, 112º, nº2º, e 120º, nº1º, als. a) e b), do Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA), ao Tribunal de Comércio de Lisboa que, preliminarmente à instauração de acção administrativa especial de impugnação desse acto administrativo, decretasse providência cautelar de suspensão de eficácia do despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência de 22/7/2005, notificado à requerente no dia 26 seguinte, que determinou a abertura de procedimento oficioso contra esta nos termos do art.40º, nº2º, da pedita Lei nº 18/2003, e a notificou para proceder à notificação prévia, nos termos do art. 9º dessa mesma Lei, da aquisição de 49% do capital social da Alliance Unichem Farmacêutica, S.A. Tal assim por considerar-se ter ocorrido alteração na estrutura de controlo da Alliance Unichem, tendo-se passado duma situação de controlo exclusivo pela Alliance Santé Europe, S.A., para outra de controlo conjunto pela mesma, pela Farmindústria, ora requerente, e pela José de Mello.

Em requerimento com 282 items², antes de mais reportado ao art.120º, nº1º, al.a), CPTA, adiantou que, no domínio do direito da concorrência, a obrigação de notificação prévia é exclusivamente aplicável às operações de concentração de empresas e que o despacho referido : a) - padece de *vício de forma*, que torna esse acto anulável nos termos do art.135º do Código de Procedimento Administrativo (CPA), por preterição de formalidade essencial que consiste na falta de fundamentação resultante de explicitação insuficiente das razões pelas quais o negócio aludido está sujeito à obrigação de notificação prévia, não cumprindo, por isso, os requisitos do dever de fundamentação expressa constantes dos arts.124º, nº1º, al.a), e 125º, CPA ; b) - incorreu manifestamente em *violação da lei*, ao considerar como tal transacção que, pelas razões então indicadas, não configura operação de concentração de empresas, nos termos do art.8º, nºs 1º, al.b) (aquisição de controlo) e 3º, sujeita a notificação prévia nos termos do art.9º, nº1º, da Lei nº18/2003, de 11/6.

Foi assim, afirma-se, indevidamente determinada a submissão da transacção em causa a uma decisão de autorização, nos termos do art.12º da Lei aludida. Os efeitos de tal consequentes são conforme arts.11º e 40º, nº2º, dessa mesma Lei, o desfazer ou a suspensão duma operação já efectuada, com imediata suspensão da validade dos negócios jurídicos destinados a levar a efeito a transacção, que fica a depender de decisão final discricionária, expressa ou tácita, da Autoridade da Concorrência, que aprove ou proiba a operação notificada, com, sendo caso disso, a nulidade, conforme art.41º, dos negócios realizados, e a cominação de sanção pecuniária compulsória em caso de incumprimento e de, independentemente deste, poder ser aberto o respectivo processo contra-ordenacional, conforme arts.40º, nº2º, 43º e 46º, sempre da Lei nº18/2003. Tudo isso importa para a requerente, segundo alegou, prejuízos de impossível ou muito difícil reparação, irreversíveis

¹ O capital social da requerente é integralmente detido, directa e indirectamente, pela Associação Nacional das Farmácias (ANF).

² Em que, de facto, mesmo se um tanto repetitivamente, se deduz a " vasta argumentação " referida nos ítems 121º e 250º da alegação respectiva.

veis ou praticamente irreparáveis, que, em suma, consistem na paralisação dos efeitos do negócio em questão, na impossibilidade, em vista dos arts.11º, nº2º, e 41º, de lhes dar execução, e tal assim por tempo indeterminado, como resulta do nº3º do art.40º, todos da Lei nº18/2003, não podendo eventual sentença anulatória no processo principal reconstituir de modo pleno a situação que existiria sem a prática do acto, pelo que se mostra igualmente preenchida a previsão da al.b) do nº1º do art.120º CPTA, subsidiariamente invocada.

Finalmente, da ponderação de interesses exigida pelo nº2º desse artigo resulta serem os danos - prejuízos patrimoniais e inibição do exercício pela requerente dos direitos sociais respectivos na nova estrutura -, imediatos e irreversíveis, provenientes da sujeição da transacção a notificação prévia e, por tempo indeterminado, ao consequente procedimento de apreciação e autorização ou não oposição, em termos discricionários, superiores aos que resultariam da suspensão da eficácia do despacho, continuando a requerida a dispor de vários meios de controlo das actividades das empresas em questão, conforme, nomeadamente, arts.4º, 6º e 7º da Lei nº18/2003 e DL 370/93, de 29/10, este último relativo às práticas individuais restritivas do comércio. Concretizando :

Longe duma fundamentação cuidada, está-se perante falta ou ausência de fundamentação – *reclamatio*, insuficiência e obscuridade a tal equivalente, porquanto :

- em sede de facto : - a requerida limita-se a referir que a aquisição de controlo conjunto considerada decorre do Acordo Parassocial e restante documentação fornecida pela Farmindústria ; - não identifica as disposições dos acordos comunicados a que se refere ; - nem explica as razões pelas quais entendeu ter ocorrido alteração na estrutura de controlo da Alliance Unichem, tendo-se passado duma situação de controlo exclusivo pela Alliance Santé Europe, S.A., para outra de controlo conjunto pela mesma, pela Farmindústria, ora requerente, e pela J.Mello ;

- quanto ao direito : - não enquadra a decisão nas disposições precisas dos vários parágrafos e alíneas do art.8º da Lei nº18/2003, nem menciona qualquer dos pressupostos ou condições de que depende a submissão das operações de concentração a notificação prévia referidas no nº1º do seguinte art.9º.

Como assim, o acto aludido não permite à requerente conhecer com a precisão exigível os motivos da decisão e a ponderação concreta efectuada pela requerida, e extrair pleno efeito útil do recurso judicial a que tem direito, nem permite ao juiz o conveniente exercício do controlo jurisdicional da legalidade do despacho.

A manifesta ilegalidade do acto e consequente *violação da lei* prevenida na al.a), ou, pelo menos, o juízo negativo da não-improbabilidade do direito, bastante para efeitos do disposto na al.b) do nº1º do art.120º CPTA³, decorre, por sua vez, de que, prevenida no art.8º, nº 1º, al.b), a aquisição de controlo, sujeita a notificação prévia nos termos do art.9º, nº1º, da Lei nº18/2003, consubstanciada no facto de um accionista minoritário poder vetar ou impedir deliberações societárias estratégicas, é esse o caso da Alliance Santé, que, assim, mantém o controlo exclusivo que já detinha sobre a Alliance Unichem, não tendo, pois, ocorrido qualquer alteração na natureza ou estrutura do controlo exercido sobre esta, bem assim não existindo interesses comuns suficientes para se considerar que a requerente (Farmindústria) e a José de Mello votem em conjunto tais delibera-

³ Cita Vieira de Andrade, " A Justiça Administrativa ", 327, segundo o qual " a lei basta-se com um juízo negativo de não-improbabilidade para fundar a concessão de uma providência conservatória ".



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ções, nem tendo existido qualquer acção concertada entre aquela e esta, mas simples concomitâncias na alienação de participações às mesmas.

Em contestação com 172 artigos e 7 conclusões, a Autoridade da Concorrência, depois de, nomeadamente, invocar os arts.81º, al.f), da Constituição, 7º, nº3º, al.c) dos seus Estatutos, aprovados pelo DL 10/2003, de 18/1, 12º, nºs 3º e 4º da Lei nº18/2003, de 11/6, e o Regulamento (CE) nº 139/2004, de 20/1, relativo ao controlo das concentrações com dimensão comunitária, salientou que, como se vê do art.35º, nº1º, al.a), da Lei nº18/2003, aplicável ao procedimento oficioso previsto no art.40º, uma das possíveis decisões finais do procedimento de controlo das operações de concentração de empresas é a da inaplicabilidade dessa Lei, por a operação em causa não se encontrar abrangida pela obrigação de notificação prévia a que se refere o seu art.9º, e não ser exacto que a abertura daquele procedimento importe o desfazer da operação realizada.

Aditou, em síntese : - ter a Alliance Unichem tido em Portugal, em 2004, um volume de negócios superior a 150 milhões de euros, o que preenche a previsão da al.b) do art.9º da Lei nº18/2003 ; - que se está perante um acto de abertura ou início de procedimento, em relação ao qual deve ser considerada suficiente uma análise preliminar, e não a própria de uma decisão definitiva, com fundamentação mais exigente ; - releva para a avaliação da suficiência do conteúdo da fundamentação a sua comprehensibilidade do ponto de vista do destinatário médio, sendo de considerar cumprido esse dever se o contexto da motivação comunicada lhe permitir entender as razões de facto e de direito determinantes do acto ou medida em questão, e ter havido no caso referência clara e inequivoca do quadro jurídico em que assentou a decisão em crise ; - que, como resulta dos nºs 1º e 3º do art.8º da Lei nº18/2003, o controlo, nomeadamente conjunto, se define pela possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a actividade dumha empresa, e que o controlo exclusivo é o que confere a um accionista específico o *poder de determinar* as decisões estratégicas da empresa, pelo que só em circunstâncias excepcionais é considerado detido por accionista minoritário que tenha apenas poderes para as vetar ; - que, caracterizado o controlo conjunto pela possibilidade dumha situação de impasse decorrente do poder de duas (ou mais) empresas rejeitarem as decisões estratégicas propostas, a Farmindústria e a José de Mello, que detêm em conjunto 51% do capital social, têm importantes interesses comuns que, designadamente detendo aquela participações significativas nesta⁴, as incentivam a não votar em oposição, podendo, em conjunto, bloquear ou impedir decisões estratégicas ; - e que essa possibilidade resulta reforçada pelo mecanismo de resolução de impasse (*Deadlock Resolution*) constante da cláusula 7ª do Acordo Parassocial (em inglês a fls.95 dos autos, com tradução da contestante a fls.156 e a ordenada pelo tribunal a fls.210), de harmonia com a qual, podendo ser criados impasses tanto pela Alliance Santé sózinha, como pela Farmindústria e a José de Mello em conjunto, estas últimas podem, em último termo, obrigar à alienação das acções detidas pela Alliance Santé na Alliance Unichem ; - e, em suma, impedir a incerteza sobre a legalidade da decisão de abertura de procedimento oficioso que se concedesse a providência cautelar reclamada nos termos do art.120º, nº1º, al.a), CPTA (reportável à exigência geral em tal âmbito dum *fumus boni iuris*).

Quanto ao *periculum in mora*, obtemperou-se que : - a eventual procedência da acção administrativa especial de impugnação para eliminação do despacho do Conselho da Autoridade requerida, a propor pela requerente conforme arts.54º da Lei nº18/2003, e 46º, nº2º, al.a), e 50º CPTA, eliminaria

⁴ E tendo a Associação Nacional das Farmácias, que controla a Farmindústria, administradores no Conselho de Administração de empresas do Grupo José de Mello, sendo, por exemplo, o Vice-Presidente da ANF Vice-Presidente também da José de Mello Saúde.

rá todos os efeitos jurídicos decorrentes desse acto ou da sua execução imediata ; - em relação aos arguidos prejuízos dele decorrentes, a requerente não alega factos concretos, determinados, susceptíveis de convencer que, dificilmente reparáveis, são, segundo um juízo de normalidade e pelas regras da experiência comum, consequência adequada, típica ou provável dessa execução, ficando-se por vaga alegação de hipotéticos prejuízos, só genérica e abstractamente invocados : - não aplicáveis os prazos dos arts.32º a 37º da Lei da Concorrência permanece a sujeição ao disposto no art.58º e ao dever de celeridade imposto pelo art.57º CPA ; - e nem a decisão de não oposição ou de proibição é arbitrária, sendo, bem que discricionária, judicialmente sindicável ; - por fim sendo a nulidade a consequência que decorre dos arts.11º, nº1º, e 41º da Lei da Concorrência (Lei nº 18/2003, de 11/6) para os negócios jurídicos que, confirmando-se que dela carecem, não disponham de autorização expressa ou tácita da operação de concentração que lhes está subjacente, ou que sejam realizados em desobediência a uma decisão de proibição por parte da Autoridade da Concorrência.

Com referência ao nº5º do art.120º CPTA, a contestante alega que a não suspensão da operação nos termos do art.11º da Lei nº18/2003 é susceptível de determinar danos graves à estrutura da concorrência, irreversíveis ou irreparáveis nas consequências já produzidas apesar do disposto no art.37º, nº1º, al.b), daquela Lei. Esses danos podem traduzir-se na eliminação dos concorrentes existentes no mercado da distribuição grossista de produtos farmacêuticos, em que de modo relevante se incluem os medicamentos, com grande importância na economia nacional, e podem atingir os consumidores, afectados em bem essencial, que é a saúde, e traduzir-se na criação de obstáculos ao acesso de novas empresas ao mercado, e na possibilidade de se limitar a liberdade de escolha e de actuação dos consumidores e fornecedores. Essas potenciais consequências negativas para o interesse público excedem os prejuízos de carácter pecuniário invocados em abstracto pela requerente ; os meios de controlo da concorrência por ela referidos não constituem providências susceptíveis de evitar ou atenuar os danos que resultariam para o interesse público da suspensão da eficácia do despacho em causa, precisamente advindo o controlo das operações de concentração da consciência de que as consequências resultantes de certas alterações estruturais com efeitos nefastos para a concorrência escapam aos mecanismos tradicionais de defesa da concorrência a que a requerente alude; e nem sequer, por fim, tratando o DL 370/93, de 29/10, de instrumentos de defesa da concorrência.

Este procedimento cautelar foi julgado improcedente por sentença de 25/11/2005.

É dessa decisão que, ao abrigo do art.55º, nº2º, da Lei nº18/2003, vem interposto este recurso, processado como de agravo (conforme art.140º, nº1º, CPTA) limitado à matéria de direito, e com efeito devolutivo (predito art.55º, nº3º).

A matéria de facto a ter em conta é, pois, a fixada pela instância recorrida, para que se remete em obediência ao disposto nos arts.713º, nº6º, 749º e 762º, nº1º, CPC.

Em alegação com 250 items e 85 conclusões (que, a todas as luzes, frontalmente brigam com a síntese imposta pelo art.690º, nº1º, CPC), a recorrente propõe novamente as duas questões (e só importa referir, conforme arts.713º, nº2º, 749º e 762º, nº1º, CPC) analisadas na decisão recorrida, a saber, a de apurar se a decisão da requerida que, nos termos do art.40º, nº1º, da Lei da Concorrência (falada Lei nº18/2003), sujeitou a transacção efectuada pela recorrente ao procedimento oficioso de controlo das operações de concentração de empresas enferma ou não de *vício de forma* que consiste na *insuficiência de fundamentação* legalmente equiparada pelo art.125º CPA à



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

falta da mesma, e a de determinar se efectivamente se verifica, ou não, a *violação da lei* outrossim arguida com referência à previsão do art.120º, nº1º, CPTA, de que em via principal se invocou a al.a), e subsidiariamente a b).

Houve contra-alegação com 277 artigos e 183 conclusões - o que por igual desmerece comentário.

Iniciada pela questão prévia da impossibilidade superveniente da lide, nos termos do art.287º, al.e), CPC, determinada pelo decurso do prazo de caducidade da providência cautelar pretendida em vista do disposto nos arts.135º CPA e 58º, nº2º, al.b), 59º, nº1º, 113º, nº1º (equivalente ao art.383º CPC), 123º, nºs 1º e 3º, CPTA, é tal que se passa a considerar.

Desde logo, seria de inutilidade e não de impossibilidade que, se bem parece, se trata⁵. Esta tese da recorrida desenvolve-se, de todo o modo, assim :

O acto impugnado foi notificado em 26/7/2005. São arguidos vício de forma por falta de fundamentação e violação da lei geradores, conforme art.135º CPA, da anulabilidade desse acto. Contado daquela notificação, conforme art.59º, nº1º, o prazo de 3 meses para a propositura da acção administrativa especial de anulação estabelecido no art.58º, nº2º, al.b), CPTA terminava em 28/10/2005. Ora essa acção só foi proposta em 14/12/2005. Daí a caducidade prevista no art.123º, nº 1º, CPTA, de conhecimento oficioso, conforme seu nº3º.

Em resposta, a recorrente lembrou ter, com a reforma do contencioso administrativo, havido alteração significativa do regime de contagem dos prazos de impugnação, que de prazos substantivos, como na Lei de Processo dos Tribunais Administrativos (LPTA), passaram a ser prazos processuais, com regime de contagem paralelo ao estabelecido na lei processual civil.

Deste modo, e em vista do determinado nos arts.58º, nº3º, CPTA e 144º, nºs 1º e 4º, CPC, o prazo mais curto, de 3 meses, estabelecido na al.b) do nº2º daquele art.58º passou a suspender-se nas férias judiciais⁶, que, conforme art.12º da Lei nº3/99, de 13/1, abrangiam o período de 16/7 a 14/9.

Como assim, o prazo de 3 meses em questão só começou efectivamente a correr em 15/9, tendo a acção em causa sido proposta, em 14/12, antes de esgotado esse prazo.

É, nesta conformidade, evidente a improcedência da questão prévia nem por isso inspiradamente suscitada pela Autoridade da Concorrência.

Corridos os vistos legais, cumpre decidir. Assim, e notado à partida que as alegações das partes repetem em larga medida o já adiantado no requerimento inicial e na contestação deste procedimento, atrás resumidos :

A sentença em recurso registou que a fundamentação imposta, no caso, pela al.a) do nº1º do art. 124º CPA, deve, consoante o seguinte art.125º, ser constituída por exposição *sucinta* dos funda-

⁵ Nada, propriamente, impedia que se decretasse a providência pretendida - mas seria, de óbvio modo, inútil fazê-lo para declarar, de imediato, já decorrido o falado prazo de caducidade.

⁶ Cita Mário Aroso Almeida e Carlos Cadilha, "Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos", 292-293.

mentos de facto e de direito da decisão (nº1º), e esclarecer *concretamente* a motivação do acto, equivalendo à falta de fundamentação a indicação de fundamentos de que, por sua *obscureza*, *contradição* ou *insuficiência*, efectivamente não resulte esse concreto esclarecimento (destaque nossos).

A fundamentação exigível, prossegue, constitui conceito relativo, que varia conforme o tipo de acto e as circunstâncias do caso concreto, sendo suficiente quando permita ao destinatário normal conhecer as razões pelas quais se adoptou a decisão em causa, em termos de poder impugná-la, mesmo contenciosamente. Ora :

A decisão impugnada indica claramente não apenas os factos que, em concreto, justificam, no entender da requerida, a abertura do processo administrativo e a obrigatoriedade da notificação imposta, como também as razões de direito que a determinaram.

Clara e lógica a exposição dos seus fundamentos de facto e de direito, menciona a operação em causa, que qualifica, e remete para as disposições tidas por aplicáveis da Lei da Concorrência, sendo, nomeadamente, facilmente apreensível o seu enquadramento jurídico.

Podendo um destinatário normal apreender as razões que a determinaram, vê-se da alegação respetiva que a recorrente a entendeu bem, tal como a motivação que conduziu à decisão impugnada. Isto posto :

Não passa, desde logo, de extrapolação transparente a tese da recorrente, no item 7º da alegação respetiva, de que dessa conclusão da sentença recorrida resulta a impossibilidade da invocação do predito vício de forma em procedimento cautelar ; ao invés do adiantado no subsequente artigo 8º, de modo algum se pode extrair dessa conclusão que os vícios de forma por falta de fundamentação e de violação da lei por acto administrativo se excluem, não podendo ser arguidos em simultâneo ; e nem, ainda, assim se terá afirmado que um acto administrativo está suficientemente fundamento porque num processo cautelar se contestou a sua legalidade - idem, item 11º (cfr. também conclusão 63ª da mesma alegação).

Encontra-se na decisão impugnada um discurso suficiente para a justificar, isto é, com “ a intenção ou densidade funcional mínima exigida pela racionalidade teleológica que caracteriza a decisão administrativa ” de que fala José Carlos Vieira de Andrade, em “ O Dever de Fundamentação dos Acto Administrativos ” (1991), 235, citado pela recorrente.

Bem que porventura não alcançada a “ fundamentação cuidada ” pretendida, isto é, com a formalização dada por exigível no requerimento inicial deste procedimento, mas tanto bastando em relação ao acto preliminar em crise, identifica a situação real ou de facto que a entidade reguladora entendeu ocorrer, refere a previsão legal tida por aplicável, e tira a respectiva consequência.

Exigir ao que reconhecidamente não passa de “ uma primeira convicção ”, a confirmar ou não através do procedimento oficioso, que seja “ uma convicção forte e quase consolidada da existência dumha operação de concentração ”, com “ um elevado grau de maturação e desenvolvimento jurídico ” (items 36º, 38º e 40º da alegação da recorrente) é que parece envolver, de algum modo, contradição.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É, em todo o caso, a liberdade de iniciativa económica consagrada no art. 61º da Constituição que, precisamente, a Lei da Concorrência visa defender, prevenindo actos de tal eventualmente lesivos.

Destarte negada a efectiva verificação do *vício de forma* arguido, passa-se a cuidar da outrossim alegada *violação da lei*. Deste modo :

Como a recorrente observa, face ao disposto nas als.a) e b) do nº1º do art.120º CPTA, a sua pretensão nestes autos podia ser deferida por : a) - ser evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal ; b) - não sendo manifesta a falta de fundamento dessa pretensão, haver fundado receio da constituição duma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação.

Antes de mais invocada a previsão da al.a), é certo reportar-se a situação em que a providência deve ser concedida sem necessidade do preenchimento dos requisitos estabelecidos nas als.b) e c) e no nº2º desse artigo.

Citando Mário Aroso de Almeida, " Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos ", 299, referiu-se na sentença recorrida que aquela al.a) contém " uma norma derogatória, para situações excepcionais, do regime de que depende a concessão de providências em circunstâncias normais, cujo sentido e alcance é afastar, para essas situações, a normal aplicação dos requisitos previstos nas als.b) e c) do nº1 e no nº 2 do art.120º ".

Salientou-se, no entanto, que, uma vez que se trata duma *avaliação preliminar e sumária* efectuada em cumprimento de obrigação imposta no art.40º (nºs 1º, al.a), e 2º), da Lei da Concorrência, não obstante tratar-se de decisão vinculada (não discricionária), não é, nem pode ser, por faltarem os elementos necessários, este o momento próprio, tanto por parte da requerida, como, agora, por parte do tribunal, " para conhecer e concluir, ou não, com certeza, pela existência de operação de concentração " (destaque nossos).

É isto que, em extrapolação desmerecedora de comentário e para invocar o art.268º, nº4º da Constituição, a recorrente transforma na negação da sindicabilidade da decisão impugnada - items 197º ss da alegação respectiva, incorrendo a propósito da *omissão de pronúncia* arguida no item 205º em confusão entre *questões e argumentos* de há muito doutrinal e jurisprudencialmente reputada com referência ao disposto no art.668º, nº1º, al.d), CPC. (O mesmo, aparentemente, no item 210º). É indo mais longe - se bem se crê, longe demais, enfim - que na contra-alegação da recorrida (items 238º ss) se sustenta que, só, na realidade, decisivo o acto final do procedimento oficioso sindicado, se está, afinal, perante acto não lesivo e como tal não impugnável - o que contradiz a invocação que outrossim vem a fazer ainda do nº4º do art.11º da Lei nº18/2003.

Bastando, em todo caso, para justificar a abertura desse procedimento, a " sustentada probabilidade " referida no item 50º da alegação da recorrente, nada, *nas circunstâncias documentadas*, permite duvidar da " forte convicção da justeza e validade da abertura " desse procedimento (idem, 52º), que está longe de ser o mero *pro forma* a que a exigência propugnada pela recorrente duma " convicção quase consolidada " o degrada (nomeadamente no item 95º da alegação respetiva).

É no procedimento oficioso aberto em vista daquela avaliação - a que, *prima facie*, ao menos, não pode negar-se consistência, e a que de modo nenhum é atribuível a ligeireza de "tiro no escuro" aludida na conclusão 58^a da alegação da recorrente - que se irá investigar a operação e alcançar conclusão mais segura a esse respeito.

Precisamente para que a Autoridade requerida possa proceder a essa investigação, é necessária a notificação prévia em questão, a fim de se habilitar com os elementos necessários para poder concluir, por modo seguro e definitivo, pela existência, ou não, de operação de concentração, e, a existir, se pode, ou não, ser autorizada.

Presente o disposto no art.8º, nºs 1º, al.a), e 3º, e no art.9º da Lei da Concorrência, o procedimento oficioso foi aberto com base em prova indiciária de que duas empresas adquiriram o controlo de outra através da aquisição de parte do seu capital social. Tal, tanto quanto se entende, terá justificado o juízo consistente ou a "certeza prática" de que houve o incumprimento da obrigação de notificação prévia a que a recorrente alude no item 95º da alegação respectiva. Essa notificação tem precisamente em vista as averiguações necessárias para conhecer mais precisamente as condições da operação, não sendo exigível que, na falta de todos os elementos necessários, a entidade reguladora fundamentalmente ou exprima certeza inequívoca (praticamente definitiva) da existência de operação de concentração. E nem também a lei propriamente exige os procedimentos inspectivos ou de inquérito prévios que a recorrente propugna ou, por assim dizer, recomenda, invocando o princípio da proporcionalidade consagrado no art.5º CPA.

A insistência na tese de que a Alliance Santé mantém o controlo exclusivo que já detinha sobre a Alliance Unichem dado tratar-se de accionista minoritário que ficou com o poder de vetar deliberações societárias estratégicas faz recordar o obtemperado a esse respeito na contestação, designadamente que esse controlo consiste mais no poder de determinar essas decisões do que no poder de as impedir, e que o controlo conjunto considerado decorre da possibilidade de duas empresas com interesses comuns, como é indubitavelmente o caso da Farmindústria e da José de Mello, aquela com participações de 30% nesta, rejeitarem as decisões estratégicas propostas. Acresce a própria solução acordada para a resolução de situação de impasse constante da cláusula 7^a do Acordo Parassocial, segundo a qual aquelas empresas podem, em último termo, obrigar à alienação das ações detidas pela Alliance Santé na Alliance Unichem.

Não evidenciada a procedência da pretensão de anulação do acto impugnado a deduzir na acção principal, concluiu-se - bem - não se verificarem os pressupostos da aplicação do art.120º, nº1º, al. a), CPTA.

Quanto, então, à sua al.b), adiantou-se, com Mário Aroso de Almeida, ob. cit., 299 e 300, que a concessão da providência depende, nesses casos, do *periculum in mora*, que aquela lei articula com o critério do *fumus boni iuris* na sua formulação negativa, ou seja, em termos da inexistência de elementos que tornem evidente a improcedência ou inviabilidade da pretensão material.

Foi, porém, e desde logo, a existência desses elementos que, pelo contrário, a sentença impugnada entendeu ocorrer efectivamente.

Tem-se por inofismável a contradição em que nesse juízo se incorreu com o adiantado em tema de vício de forma, justamente apontada na alegação da ora recorrente (respectivas pp.4 a 6, a fls.274 a 276 dos autos e conclusões 68^a a 71^a).

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aditou-se, no entanto, não se mostrarem, por outro lado, concretizados os prejuízos alegados - com o que há que concordar, pois, a este respeito, a recorrente se limitou a lançar mão de fórmulas vagas e conceitos gerais, mencionando neste âmbito a suspensão dos efeitos do negócio sob pena de *eventuais* consequências contra-ordenacionais.

Em tema da arguida irreparabilidade dos prejuízos arguidos, na contra-alegação oferecida chamou-se ainda a atenção para o disposto no nº4º do art.11º da Lei nº18/2003.

Em relação, por fim, ao nº2º do art.120º CPTA, ou seja, em tema de proporcionalidade e adequação, observou-se estar em causa o regular funcionamento da economia num mercado sensível e relevante como é o da saúde. A esse propósito interessa, de facto, o constante da al.f) do art.81º, da Constituição, relativo a interesses com relevância sempre superior aos prejuízos eventualmente causados à requerente pela abertura do processo oficioso e consequente notificação ordenada. Isto assim no juízo de valor legal que tal autoriza sem imposição das actividades administrativas preparatórias, condicionadas ou paralelas a que a recorrente alude. E tal deste modo apesar de, como mais faz notar (no item 69º da alegação respectiva), a abertura dum procedimento oficioso e o cumprimento do dever de notificação prévia que daí emerge representarem uma ingerência restritiva na liberdade negocial e de gestão dos sujeitos económicos e, portanto, na liberdade fundamental de iniciativa económica das empresas envolvidas, com assento art.61º da Constituição - de que, todavia, se recorda, na contra-alegação, a parte final.

Mandando o "zelo judicativo necessário" que se percorressem demoradamente as alegações das partes, assim se procurou proceder, alcançando-se, a final, a decisão que segue :

Nega-se provimento a este recurso.

Custas pela recorrente.

Lisboa, 6/7/2006

Oliveira Barros
Oliveira Barros
Relator

Oliveira Barros, relator

Adjuntos : Cons. Salvador da Costa

Cons. Ferreira de Sousa

Proc.nº 246/06