



Supremo Tribunal de Justiça

5ª Secção

Praça do Comércio - 1149-012 Lisboa
Telef: 213218900 Fax: 213474919 Mail: correio@lisboa.stj.pt

200460-10080820



R J 8 7 2 6 7 6 0 6 1 P T

Exmo(a). Senhor(a)

Avenida de Berna, N.º 19
1050-037 Lisboa

Processo: 3/14.8YQSTR.S1	Recurso (Concorrência)	N/Referência: 5404214 Data: 26-06-2015
Extraída dos autos de Ação Administrativa Especial, nº 1297/12.9BEPRT do Porto - Tribunal Administrativo e Fiscal - Secção Central		
Recorrente: Lactogal - Produtos Alimentares, S.A.		
Recorrido: Autoridade da Concorrência		

Notificação por via postal registada

Assunto: Acórdão

Fica V. Ex^a notificado, na qualidade de Mandatário dos Recorrido nos termos e para os efeitos a seguir mencionados:

De todo o conteúdo do duto acórdão proferido no processo acima indicado, cuja cópia se junta.

(A presente notificação presume-se feita no 3º dia útil posterior ao do envio – art.º 113º, n.º 2, do C. P. Penal).

A Oficial de Justiça,

Edite Rafael



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pº 3/14.8YQSTR.S1

Relator: Souto de Moura

“Lactogal – Produtos Alimentares, SA”, com sede na Rua do Campo Alegre, n.º 830, 5.º, Porto, instaurou ação administrativa comum contra a “Autoridade da Concorrência” (ADC), com sede na Avenida de Berna, n.º 19, Lisboa, em que pediu que:

a) Se reconheça, nos termos da al. a) do n.º 2 do art. 37.º do CPTA, a formação de um ato tácito de deferimento, no procedimento administrativo de controlo, da operação de concentração que correu termos na Autoridade da Concorrência, com a referência CCent 31/2011 Lactogal / Renoldy, e o direito da Autora a concretizar este negócio jurídico;

b) Se condene, nos termos da al. c) do n.º 2 do art. 37.º do CPTA, a ADC a abster-se de instaurar qualquer procedimento previsto na Lei da Concorrência contra a Autora, por implementação e concretização da operação de concentração ou adotar qualquer ato que contrarie, impeça ou onere a sua concretização (*vide* fls. 4 a 58, Vol. I).

A Ré, ADC, ao abrigo do disposto no art. 486.º do CPC, *ex vi* do art. 42.º do CPTA, contestou a ação interposta, vindo a defender, muito em síntese, que o procedimento administrativo deve ser declarado extinto, e que, em consequência, a presente ação deve ser julgada extinta por inutilidade superveniente da lide (*vide* fls. 547 a 613, Vol. II).

No dia 30-06-2014, pelo 1.º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, foi proferido despacho saneador-sentença que julgou a presente ação administrativa improcedente, por não provada, e que, em consequência, determinou a absolvição da “Autoridade da Concorrência” de todos os pedidos contra si formulados (*vide* fls. 871 a 905, Vol. III).

Inconformada com o teor desta decisão, a Autora “Lactogal – Produtos Alimentares, SA” dela veio a interpor recurso direto para o Supremo Tribunal de Justiça (*vide* fls. 940 a 965), que afirma



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[Assinatura]

restrito a questões exclusivamente de direito e que estriba no disposto no art. 93.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 08-05 (ou anteriormente no art. 55.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003, de 11-06).

A – FACTOS

Na decisão recorrida foi fixada a seguinte factualidade:

- “1. No dia 05/08/2011, a A. apresentou junto da AdC uma notificação da operação de concentração, que consistia na aquisição da totalidade do capital social da empresa Renoldy.*
- 2. Em 17/08/2011, na sequência da apresentação da notificação, a R. AdC enviou à A. uma comunicação informando que os elementos constantes da mesma se encontravam incompletos face à informação mínima a enviar pela notificante, de acordo com o estipulado no Ponto E, parágrafos 23 e 24, do anexo ao Regulamento n.º 120/2009.*
- 3. A A. solicitou duas prorrogações do prazo para a resposta à decisão de não produção de efeitos e pedindo informações complementares, pedidos que foram deferidos pela R..*
- 4. A A. respondeu ao pedido de informações solicitado, tendo apresentado um formulário de notificação reformulado, com data de entrada em 06/10/2011.*
- 5. A A. enviou à R., em 16/10/2011, às 17:13 horas, através do Sistema de Notificação Eletrónica de Operações de Concentração (SNEOC) um conjunto de informações adicionais, com correções de lapsos de escrita no formulário da notificação, dados adicionais sobre a atividade de produção e comercialização de nata (cfr. fls. 1430 a 1434 do processo de concentração), tendo ainda apresentado os mesmos elementos por fax nesse mesmo dia 16/10/2011 (às 17:17 horas) e em papel, no dia 18/10/2011.*
- 6. Por fax datado de 17/10/2011, a R. AdC informou a A. do seguinte:*
«tendo sido apresentada notificação correspondente à operação com a referência Ccent. N.º 31/2011 - Lactogal/Renoldy a 10 de Agosto de 2011, foi subsequente comunicado a V. Exas que os elementos da mesma se revelavam incompletos face à informação mínima a enviar pela Notificante, de acordo com o estipulado no Ponto E, parágrafos 23 e 24, do Anexo ao Regulamento n.º 120/2009, de 17 de março de 2009, relativo ao formulário de notificação de operações de concentração de empresas, solicitando-se, em conformidade, o envio dos elementos identificados e em falta no prazo de 10 dias úteis, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 32.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (Lei da Concorrência).



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A autoridade da Concorrência recepcionou subsequentemente dois pedidos de prorrogação de prazo para a resposta aos referidos pedidos, os quais foram deferidos, tendo sido o prazo prorrogado, primeiro por 10 dias úteis a 30 de agosto e, sem eguida, por mais 15 dias úteis a 14 de setembro de 2014.

Foi, a 6 de Outubro de 2011, recepcionada na Autoridade da Concorrência resposta ao pedido de completude do Formulário.

Na sequência da análise desta resposta, verificou-se, contudo, que os elementos constantes da mesma se revelavam incompletos face à informação mínima a enviar pela Notificante, nos termos do Regulamento nº 120/2009 (...). Não obstante, os elementos em falta, relativos aos pontos 4.1 e 4.2 (Delimitação do mercado do Produto e Geográfico Relevante), à Subsecção IV da Secção IV (informação Geral relativa aos mercados relevantes) e ao ponto 4.5.3 (principais Concorrentes e respetivas quotas de mercado), foram objeto de remessa no dia 16 de outubro, pelo que se vem comunicar a V. Exas que a notificação da operação em referência produziu efeitos no dia útil subsequente, 17 de Outubro de 2011».

7. A 18/10/2011, a R. AdC promoveu a publicação do anúncio da notificação da operação de concentração em dois jornais de circulação nacional.

7A. Em 19/10/2011, a R. AdC comunicou à A. que «tendo sido rececionada a comunicação de V. Exas, no processo em referência (...) no passado dia 16 de outubro, verifica-se que a mesma foi remetida de forma incompleta, na versão confidencial e, em especial, no respeitante ao ponto 13, pelo que se solicita o envio da versão integral».

7B. Em 20/10/2011, a A. enviou à R. uma missiva com o seguinte teor:

«confirmamos que, de facto, na versão PDF do requerimento apresentado pela Lactogal, em 16 de outubro de 2011, o parágrafo 13 encontrava-se cortado face à redação original em formato word.

Nesse sentido (...) juntamos nova versão PDF correspondendo à versão integral do respetivo requerimento».

7C. Em 16/11/2011, A R. solicitou à A. um conjunto de elementos, tendo esta respondido a este pedido de elementos por fax datado de 30/11/2011.

7D. Em 30/11/2011 e 22/12/2011, A R. solicitou à A. um conjunto de elementos, tendo esta respondido a este pedido de elementos por missiva datada de 13/01/2012 (a versão confidencial), e tendo protestado juntar a versão não confidencial do documento no prazo de 2 dias, o que viria a efetuar no dia 17/01/2012.

7E. Em 25/01/2012, a R. enviou à A. uma missiva (fax) a indicar que «a versão confidencial da resposta apenas deu entrada a 17 de janeiro de 2011» [2012], «pelo que vem a AdC comunicar que o prazo de instrução do procedimento a que se refere o nº 1 do artigo 34º esteve suspenso, nos termos do nº 3 do mesmo artigo, até à receção dos elementos



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[Assinatura]

solicitados, acompanhados da fundamentação das confidencialidades indicadas e da versão não confidencial da resposta, ou seja, até 17 de janeiro de 2011» [2012].

8. No dia 26/01/2012 a AdC emitiu um projeto de decisão de passagem a investigação aprofundada da Autoridade da Concorrência.

9. Por missiva datada de 26/01/2012, a A. dirigiu à R. a seguinte mensagem:

«Exmo. Sr. Presidente do Conselho da Autoridade da Concorrência,

A Lactogal Produtos Alimentares S.A., (Lactogal), notificante no processo acima identificado, constata que o prazo para adopção de uma decisão expressa no presente procedimento terminou ontem, dia 25 de janeiro de 2012.

Neste sentido, e nos termos do n.º 1 do artigo 35.º da Lei da Concorrência, produziu-se o deferimento tácito da operação de concentração.

Na medida em que não foi a Lactogal notificada de um projeto de decisão para efeitos de audiência de interessados, não existindo neste momento prazo para a realização da mesma, vem respeitosamente requerer a V. Ex.ª informação sobre o estado do processo, bem como declaração confirmando o deferimento tácito da operação de concentração».

10. Em 27 de janeiro de 2012, a A. foi notificada de uma resposta da AdC ao seu pedido de informação sobre o estado do processo e de declaração de ocorrência do deferimento tácito, nos termos do qual a AdC questionou a A. sobre a fundamentação do seu pedido, mais informando que o processo estava em fase de audiência de interessados.

11. Em 03/02/2012, a A. respondeu a este pedido, apresentando as razões de facto e de direito subjacente ao seu entendimento de que se formou uma decisão tácita de não oposição.

12. Em 09/02/2012, a A. apresentou, em sede de audiência de interessados, observações ao projeto de decisão reiterando a formação de um ato de deferimento tácito e solicitando a declaração do mesmo.

13. Em 09/02/2012 a R. notificou a A. da decisão de passagem a investigação aprofundada, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 35.º da Lei da Concorrência.

14. A Ora A. instaurou ação administrativa especial contra a R., pedindo a anulabilidade do ato referido no número 13., ação que viria a dar origem ao Processo n.º 26/12.1YQSTR, que correu termos no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e que foi extinto, por decisão de 09/10/2012, por inutilidade superveniente da lide, nos termos do disposto no art.º 286.º, al. e), do Cód. Proc. Civil.

15. Em 03/04/2012, a R. dirigiu à A. o pedido de mais um conjunto de elementos, tendo sido concedido um prazo de 10 dias para responder.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

16. Em 17/04/2012, a A. dirigiu à R. uma missiva, com o seguinte teor:

«Assunto: Ccet. N° 31/2011 - Lactogal/Renoldy - desistência do procedimento (...)

A Lactogal Produtos Alimentares, S.A., notificante no procedimento de controlo de concentrações acima identificado, vem respeitosamente, nos termos do artigo 110º do Código do Procedimento Administrativo, desistir do procedimento em curso, nos seguintes termos:

Como consta do processo, a Lactogal entende que se formou um acto de deferimento tácito da operação de concentração no dia 25 de Janeiro de 2012, por decurso do prazo de instrução de primeira fase, sem que tenha sido proferida por essa autoridade uma decisão expressa sobre a concentração notificada.

A Lactogal solicitou à Autoridade da Concorrência que declarasse o deferimento tácito da operação de concentração logo no dia seguinte, 26 de janeiro de 2012.

Envioi a Autoridade da Concorrência um projeto de decisão de passagem a investigação aprofundada no dia 26 de Janeiro de 2012.

Em resposta, a Lactogal apresentou observações a esse projeto de decisão, em 9 de Fevereiro de 2012, insistindo que se formou um acto de deferimento tácito e requerendo a sua declaração pela Autoridade da Concorrência.

Defendendo posição divergente, a Autoridade da Concorrência sustentou ter inexistido um acto de deferimento tácito e deliberou a passagem a investigação aprofundada nesse próprio dia, 09 de Fevereiro de 2012, tendo a decisão sido notificada no dia 10 de Fevereiro.

A Lactogal e a Autoridade da Concorrência divergem assim quanto a uma questão técnico-jurídica fundamental (...)

Considerando esta factualidade e considerando que a Notificante entende inclusivamente que se terá formado um ato de deferimento tácito em momento anterior à decisão de passagem a investigação aprofundada, em divergência com a Autoridade da Concorrência, que decidiu prosseguir para segunda fase do procedimento, a Lactogal vem respeitosamente, nos termos do artº 110º do Código do Procedimento Administrativo, desistir do procedimento de controlo de concentrações ainda em curso para que o mesmo termine.»

17. A R., em 26/04/2012, deliberou então:

«Decisão da autoridade da concorrência de arquivamento - Processo Ccent.31/2011 - Lactogal/Renoldy

1. A 5 de Agosto de 2011, com produção de efeitos a 17 de outubro de 2011, foi notificada à Autoridade da Concorrência, nos termos dos arts. 9º e 31º da Lei nº 18/2003, de 11 de junho (doravante Lei da Concorrência), uma operação de concentração que consiste na aquisição da Renoldy - Produção e Comercialização de Leite e produtos Lácteos, S.A. ("Renoldy") pela Lactogal Produtos Alimentares, S.A., ("Lactogal").

(...)

4. A 20 de Abril de 2012, a Notificante apresentou um requerimento vinculativo de desistência do procedimento acima referido, nos termos do art. 110º do Código do Procedimento Administrativo, ex vi art. 30º da Lei da Concorrência.

5. Nestes termos, e em face do requerimento apresentado pela Lactogal, o Conselho da Autoridade da Concorrência, no uso da competência que lhe é conferida (...) declara extinto o procedimento correspondente à análise da operação de



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[Assinatura]

Ccent. Nº 31/2011 -Lactogal/Renoldy, nos termos do art. 110º do Código do Procedimento Administrativo, aplicável ex vi art.º 30º da Lei da Concorrência»."

B – RECURSO

A recorrente "LACTOGAL – Produtos Alimentares, SA" termina o recurso interposto com a formulação das seguintes conclusões (vide fls. 962 a 965):

- "A. *O presente recurso jurisdicional vem interposto de um segmento em particular do saneador-sentença, datado de 30 de Junho de 2014, proferido pelo 1.º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que julgou improcedente a acção administrativa oportunamente intentada pela Recorrente contra a Recorrida (Processo nº 3/14.8YQSTR);*
- B. *Em concreto, a Recorrente vem reagir da apreciação e do julgamento efectuado pelo Tribunal a quo (i) quanto à qualificação do requerimento de desistência do procedimento administrativo apresentado pela Recorrente e (ii) quanto ao efeito jurídico daí resultante;*
- C. *Em primeiro lugar, o Tribunal a quo interpretou erroneamente o sentido e o alcance do requerimento de desistência apresentado pelo Recorrente ao abrigo do artigo 110º, nº 1 do CPA, pois, contrariamente ao que resulta da decisão recorrida, a Recorrente não desistiu, nem renunciou ao direito a concretizar a operação de concentração aqui relevante, tendo, bem diferentemente, desistido, tão-somente, da continuação de um procedimento administrativo que, nos termos do disposto no artigo 106º do CPA, já se encontrava materialmente extinto;*
- D. *Tal extinção já tinha ocorrido, dado que, conforme demonstrado em sede de petição inicial, para a qual se remete, no momento em que o requerimento de desistência foi apresentado junto da Recorrida, já se havia formado acto tácito de não oposição à operação de concentração;*
- E. *A prova cabal de que o que ocorreu foi uma desistência do procedimento (e não mais do que isso) encontra-se no teor do próprio requerimento de desistência, tendo a Recorrente, nesse mesmo documento, asseverado, por mais do que uma vez, que se havia formado acto tácito (tendo a intervenção da Recorrente no procedimento, depois dessa data, acontecido sob reserva) e que por essa razão se encontrava a desistir do procedimento, por o mesmo se ter tornado desnecessário para o efeito pretendido pela Recorrente;*



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

João

- F. Nada impedia, portanto, a Recorrente de obstar à continuação da tramitação procedimental imposta pela Recorrida depois da formação de decisão tácita de não oposição à concentração (ocorrida em 25 de Janeiro de 2012), tanto mais que a Recorrida insistia em peticionar à Recorrente inúmeros elementos documentais, originando, com esse comportamento, sérios constrangimentos ao seu agir diário e sujeitando-a à aplicação de pesadas sanções contra-ordenacionais;
- G. Ao ter decidido de modo diferente do que se explanou nas conclusões anteriores, o Tribunal a quo errou na qualificação jurídica atribuída ao requerimento de desistência apresentado, devendo tal vício de julgamento conduzir à revogação da decisão recorrida, no segmento supra identificado;
- H. Em segundo lugar, o Tribunal a quo atribuiu ao requerimento de desistência efectivamente apresentado no respectivo procedimento administrativo um efeito jurídico que não decorre da lei, tendo, com essa actuação, preterido, de modo flagrante, o preceituado nos artigos 106º do CPA e 35º, nº 4 da Lei da Concorrência;
- I. Com efeito, diferentemente do que se pode ler na sentença recorrida, da apresentação desse requerimento de desistência não resulta qualquer efeito impeditivo da análise da questão de fundo que separa a Recorrente e a Recorrida (atinente à formação (ou não) de deferimento tácito), justamente porque desse requerimento não deriva, pura e simplesmente, qualquer desistência ou renúncia ao direito em causa, conforme supra exposto;
- J. O único efeito jurídico decorrente do requerimento de desistência apresentado pela Recorrente consistiu no terminus prático de um procedimento que, como se mencionou, a Recorrida insistia em querer prolongar, quando, na verdade e em rigor jurídico, já se encontrava extinto;
- K. Ao desistir do procedimento, a Recorrente não manifestou "a sua vontade de dar sem efeito o procedimento que iniciou, retirando-lhe qualquer efeito útil", pela simples razão de que, na data em que apresentou esse requerimento (17 de Abril de 2012), já se encontrava formada decisão tácita de não oposição à operação de concentração (ocorrida, reitera-se, em 25 de Janeiro de 2012);
- L. Não há qualquer contradição no comportamento da Recorrente, pois quando desistiu do procedimento já se havia formado uma decisão tácita de não oposição à concentração, sendo completamente errada a asserção segundo a qual "arquivando-se o procedimento administrativo por desistência do particular, é como se este nunca tivesse existido, não se podendo retirar o efeito útil pretendido pela A": é assim em procedimentos administrativos em que não se tenha formado, de modo expresso ou tácito, decisão de deferimento da pretensão do particular, mas não em procedimentos, como o presente, em que já existia, à data da desistência, uma decisão de não oposição à concentração;



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mez

- M. *Ao decidir nos termos enunciados, o Tribunal a quo errou, preterindo o quadro jurídico aplicável (em especial, o estabelecido nos artigos 106.º do CPA e 35.º, n.º 4 da Lei da Concorrência), devendo tal decisório ser revogado pelo Tribunal ad quem;*
- N. *Por fim, solicita-se ao presente Tribunal ad quem que, nesta sede, aprecie e julgue a questão de saber se se formou (ou não) uma decisão tácita de não oposição à operação de concentração de empresas aqui relevante.*
- O. *Assim o impõem razões ligadas à estreita conexão que tal temática apresenta com as questões a decidir nestes autos, mas também o disposto no artigo 149º, nº 3 do CPTA e o próprio princípio da tutela jurisdicional efectiva, constitucional e legalmente consagrado (cfr. os artigos 20º da Constituição e 2º do CPTA), na dimensão subjectiva relativa ao direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável.*
- P. *Deverá assim ser decidido, atendendo ao exposto na Petição Inicial apresentada pela Recorrente, que o referido acto tácito se formou, uma vez que a Autoridade da Concorrência não se pronunciou no prazo de trinta dias previsto no artigo 34º, nº 1 da Lei n.º 18/2003, valendo essa ausência de pronúncia como decisão de não oposição, nos termos do artigo 35º, nº 4 da mesma Lei, e que, em razão desse acto tácito, se constituiu na esfera jurídica da Recorrente o direito de concretizar a operação de concentração em causa no presente processo."*

A recorrente "LACTOGAL – Produtos Alimentares, SA" terminou o recurso interposto com a dedução do pedido para que seja revogada a decisão proferida a 30-06-2014 pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e para que seja substituída por outra que julgue a ação administrativa oportunamente intentada totalmente procedente por provada.

2. A recorrida "AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA" apresentou contra-alegações que termina com a formulação das seguintes conclusões (vide fls. 971 a 989):

- "A. *O Saneador Sentença de 30.6.2014 recorrido fez uma correta interpretação e aplicação da lei aos factos, motivo pelo qual deve ser mantido.*
- B. *O recurso da A., restrito à matéria de direito, versa somente sobre a parte da Saneador Sentença de 30.6.2014 que julgou os efeitos da desistência do requerimento de notificação de uma operação de concentração. Ou seja, a matéria de facto assente não é posta em causa.*



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[Assinatura]

- C. *Prescreve o nº 3 do artigo 149.º do CPTA ex vi n.º 1 do artigo 151.º do CPTA, que «aos factos materiais fixados pelo tribunal recorrido, o tribunal de revista aplica definitivamente o regime jurídico que julgue adequado».*
- D. *A censura que é dirigida ao Saneador Sentença de 30.6.2014 respeita ao juízo de improcedência do deferimento tácito, não porque existe erro de julgamento que implique alguma nulidade (que não alega) e, consequentemente, determine a revogação do Saneador Sentença de 30.6.2014, somente porque o juiz a quo entendeu que a desistência da Recorrente, retirou o efeito útil do seu pedido.*
- E. *Efetivamente, a desistência do procedimento que ocorreu antes de proferida uma decisão final sobre o mesmo, implica a renúncia implícita aos eventuais direitos decorrentes daquele mesmo procedimento, nos termos do artigo 110.º do CPA. O processo não se encontrava extinto (porque não se tinha formado o alegado deferimento tácito, em 25 de janeiro de 2012).*
- F. *A Recorrente continuou a participar ativamente no procedimento após a notificação de 26 de janeiro de 2012 do projeto de decisão de passagem a investigação aprofundada, nos termos do artigo 37.º e 38.º da Lei n.º 18/2003, conforme resultam dos factos provados no Saneador Sentença de 30.6.2014 - 12, 15 e 16 -, o que salvo melhor opinião, revela a intenção de se manter no procedimento aceitando os atos praticados, nos termos do n.º 4 do artigo 53.º do CPA.*
- G. *A A. ora Recorrente manifestou de forma livre e sem reservas a sua vontade de dar sem efeito o procedimento que iniciou, tendo-se mantido no mesmo de forma ativa até esse momento, pelo que deverá improceder, no tocante a esta parte, o invocado erro de julgamento. A Recorrente aceitou continuar no procedimento e, somente, em 17 de abril de 2014, desistiu do procedimento, nos termos dos artigos 110.º.*
- H. *A desistência, nos termos do artigo 110.º do CPA, como resulta no Saneador Sentença de 30.6.2014, implica a desistência do requerimento de notificação de uma operação de concentração obrigatória, nos termos dos artigos 9.º e 31.º da Lei n.º 18/2003, e todos os atos expressos (ou tácitos, o que se coloca, por exercício de raciocínio mas sem conceder) que o integram.*
- I. *É incongruente com a pretensão inicial formulada pela Recorrente a sua participação ativa após a Decisão de Passagem a Investigação Aprofundada, no decurso da audiência de interessados, nos termos do artigo 38.º da Lei n.º 18/2003, como assente no Saneador Sentença de 30.6.2014, nos termos do n.º 4 do 53.º do CPA.*
- J. *Finalmente, não pode ser conhecida e decidida pelo Tribunal ad quem o, agora, invocado reconhecimento do deferimento tácito, uma vez que o Saneador Sentença de 30.6.2014 recorrido não se pronunciou sobre tal questão e nem o podia fazer, nos termos do artigo 608.º do CPC, ex vi artigo 1.º do CPTA.*



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[Assinatura]

- K. *Em conclusão, o Saneador Sentença de 30.6.2014 que julgou improcedente a pretensão da A., ora Recorrente, por não provada e absolveu a AdC do pedido, deve ser mantido, porque não padece de erro de julgamento.*
- L. *A aceitação, da Decisão de Passagem a Investigação Aprofundada, pois, participou na audiência de interessados, nos termos do artigo 38.º da Lei n.º 18/2003, preclui o reconhecimento do efeito jurídico de um pretendo deferimento tácito de realização de uma operação de concentração, não obstante a "reserva", nos termos do n.º 4 do artigo 53.º do CPA.*
- M. *Do exposto, nem à luz do artigo 149.º do CPTA e nem à luz dos números 1 e 5 do artigo 20.º da CRP, se poderá arrimar a razão da recorrente quanto à necessidade de decisão de mérito pelo Venerando Tribunal em benefício do princípio da tutela jurisdicional efectiva.*
- N. *Caso assim não se considere, o que se coloca por dever de patrocínio sem conceder, verifica-se que da matéria de facto assente no Saneador Sentença de 30.6.2014, que está definitivamente decidida, a questão da produção de efeitos da notificação completa em 20.10.2011, nos termos dos artigos 8.º, 9.º e n.º 1 do artigo 34.º da Lei n.º 18/2003.*
- O. *Assim, no termo da audiência de interessados e até à tomada da decisão de passagem a investigação aprofundada, não tinha ainda decorrido o prazo de 30 dias úteis previsto, nos termos conjugados do n.º 1 do artigo 34.º e do artigo 35.º da Lei n.º 18/2003 e artigo 72.º do CPA ex vi artigo 30 da Lei n.º 18/2003, não se tendo, portanto, operado qualquer deferimento tácito como advogado pela A., ora Recorrente.*
- P. *Pelas razões supra expostas e melhor desenvolvidas quanto à forma de contagem dos prazos em sede de controlo de operações de concentração explanadas na Contestação da AdC (para as quais se remete por razões de economia e celeridade processual), o pedido da A. deve ser julgado improcedente por não provado pois não se verificou o deferimento tácito."*

A finalizar as contra-alegações, a "AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA" sustenta que deve ser negado provimento ao recurso e que deve ser confirmado o saneador-sentença proferido em 30-06-2014 pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão ou, caso assim não se entenda, deve ser julgado improcedente o pedido de reconhecimento do deferimento tácito.

3. A Senhora Procuradora-Geral Adjunta deste Supremo Tribunal de Justiça, ao abrigo do disposto no art. 146.º do CPTA, emitiu parecer nos seguintes termos (*vide* fls. 1000 a 1009):



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"(...) 2. Importa salientar o que foi decidido no acórdão recorrido proferido no Tribunal da Concorrência em 30/06/2014 para nos podermos pronunciar sobre o recurso dele interposto.

2.1. Independentemente das varias questões suscitadas, no recurso interposto da decisão da Autoridade da Concorrência, pela Lactogal – Produtos Alimentares, S.A. o tribunal da Concorrência só se pronunciou /decidiu expressamente sobre uma questão prévia - o efeito da desistência de queixa que a Autora havia apresentado à Ré deixando por resolver a questão de saber se havia ou não ausência de decisão no prazo, previsto no art.º 35 da Lei da Concorrência para poder valer ou não como decisão de não oposição à operação de concentração como a Autora pretendia.

A acção proposta pela Autora foi julgada não procedente, por não provada e, em consequência, foi absolvida a Ré, Autoridade da Concorrência dos pedidos, porque a A. ao desistir do procedimento de concentração, manifestou a sua vontade de dar sem efeito o procedimento que havia iniciado, retirando-lhe qualquer efeito útil.

E a verificação/constatação da sua desistência àquele procedimento foi o fundamento que o tribunal/recorrido apresentou para não conhecer o eventual deferimento tácito defendido pela Autora.

Daqui decorre que no recurso interposto pela Lactogal só pode ser impugnada a verificação/existência da desistência de procedimento e as consequências nele decorrentes, tal como aliás também é proposto pela R. na sua suas conclusões.

2.2. A Autora/recorrente nas suas conclusões constitui como objecto de apreciação no recurso e, em primeiro lugar, o efeito que produziu a desistência, por parte da Autora do procedimento de controle de concentrações.

Com efeito e conforme resulta dos factos provados, em 17 de Abril de 2012, a Autora, Lactogal Produtos Alimentares, S.A. dirigiu a Ré, Autoridade da Concorrência, uma missiva na qual declarava desistir do procedimento de concentrações acima identificado, nos termos do art. 110.º do Código de Procedimento Administrativo. [f. 16].

Tal procedimento, iniciou-se com a apresentação pela Autora no dia 5 de Agosto de 2001, junta da R. [autoridade da concorrência] de uma notificação da operação de concentração, que consistia na aquisição da totalidade do capital social da empresa Renoldy [facto provado 1].

Entende a autora que quando desistiu do procedimento de concentração já se teria "formado acto tácito de não oposição à operação de concentração, tendo assim somente "desistido da continuação de um procedimento administrativo de base que já se tinha extinguido (materialmente) com a formação do acto tácito".

Não nos parece que se possa acolher a posição defendida pela autora.

Com efeito, estabelece o art. 110.º do Código do Procedimento Administrativo que «1- os interessados podem, mediante requerimento escrito, desistir do procedimento ou de alguns dos pedidos formulados, bem como renunciar aos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, salvo nos casos previstos na lei. 2- A desistência ou renúncia dos interessados não prejudica a continuação do procedimento, se a administração entender que o interesse público assim o exige.»

Assim, a desistência num procedimento de que trata o art.º 110.º do Código de Procedimento Administrativo, representa, na prática, a desistência de um pedido ou requerimento, como seu acto contrário. O particular apenas pode desistir do que requereu, pois só o requerimento lhe pertence. Em certos casos, essa desistência leva ao fim do procedimento. Mas



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se o procedimento não foi por si desencadeado, mas pela Administração, ele não pode desistir, por nesse caso a desistência não estar na sua disponibilidade.

Mas uma vez que a desistência só extingue o direito à decisão no procedimento a que se reporta, o agente poderá sempre despoletar a abertura de novos procedimentos, caso haja desistido de outros anteriores com o mesmo objecto (e fundamentos), não havendo quaisquer limitações a que assim faça (António Francisco de Sousa, "Código de Procedimento Administrativo, anotado e comentado, quidjuris sociedade editora, 2010, pág. 331).

Ora, entendemos como também defende a R. (autoridade da concorrência), e foi decidido pelo tribunal/recorrido, que a A. ao desistir do procedimento de autorização para a realização de uma operação de concentração, uma vez que esta ainda não tinha terminado, desistiu de todos os actos e formalidades praticados no mesmo procedimento, bem como todos os seus efeitos.

E ainda porque não havia sido aceite que o acto tácito de não oposição pretendido pela Autora se tinha concretizado.

O requerimento de desistência apresentado pela Autora apenas visou que o procedimento de controle deixasse de produzir os seus efeitos úteis, uma vez que o procedimento administrativo não se encontrava ainda extinto.

Assim, e perante a desistência apresentada pela Autora do procedimento de concentração, a R. determinou o seu arquivamento, pelo que entendemos que a questão do deferimento tácito da operação de concentração ficou prejudicada.

Este entendimento foi o sufragado na douda sentença recorrida da qual consta que "o particular, ao desistir do procedimento, manifesta a sua vontade de dar sem efeito o procedimento que iniciou, retirando-lhe qualquer efeito útil. É absolutamente contraditório, portanto, que o particular, por uma banda, manifeste uma posição em que se pretende retirar qualquer efeito útil ao procedimento e, por outra banda, pretende dele extrair um acto administrativo tácito. No fundo, arquivando-se o procedimento administrativo por desistência do particular, é como se este nunca tivesse existido, não se podendo retirar o efeito útil pretendido pela A.. E por isso, que o tribunal não aceitou a posição da A. Logo à partida entendemos que não será possível conceder o direito pretendido pela A., no sentido de se considerar formado um acto tácito de não oposição à operação de concentração, atendendo à desistência desse procedimento."

2.3 A segunda questão suscitada pela Autora no seu recurso prende-se com a questão de saber se ocorreu a formação de acto tácito de deferimento do procedimento administrativo de controlo de concentração, pelo que assistia à A. o direito de concretizar esse negócio jurídico.

Parece-nos, tal como atrás já referimos que não pode ser objecto do recurso a eventual formação de acto tácito de deferimento do procedimento administrativo de controle de concentração, por que a mesma não foi objecto de decisão pelo tribunal.

Ainda que hipoteticamente pudesse vir a ser apreciada esta questão nada teríamos a acrescentar à posição defendida pela R. na sua resposta, uma vez que o recurso interposto se terá de restringir àquela questão de direito.

Com efeito, e subscrevendo as contra-alegações da recorrente verifica-se que: "(i) A operação de concentração em referência foi notificada de modo completo no dia 20 de outubro de 2011 [n.º 1 do artigo 34.º da Lei n.º 18/2003]-Facto 7.º A e B; (ii) O prazo previsto no iniciou-se, em consonância no dia 21 de outubro [artigo 32.º e n.º 3 do artigo 34.º



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer

e da Lei n.º 18/2003]; (iii) O referido prazo esteve suspenso [números 2 e 3 do artigo 34.º da Lei n.º 18/2003] desde o dia 17 de novembro de 2011 até ao dia 17 de janeiro de 2012, para resposta ao pedido de elementos da AdC de forma completa - Factos 7C e 70; (iv) No dia 26 de janeiro de 2012, a AdC emitiu projeto de decisão de passagem a investigação aprofundada - Facto 8; (v) O prazo esteve novamente suspenso entre o dia 27 de janeiro e o dia 9 de fevereiro [n.º 4 do artigo 38.º da Lei n.º 18/2003], data do termo para recepção das observações em sede de audiência de interessados e da decisão da AdC de passagem a investigação aprofundada - Facto 10 a 13; (vi) Na sequência da decisão de passagem a investigação aprofundada, foi desenvolvido um conjunto de diligências instrutórias tendo em vista, subsequentemente à audiência de interessados, a decisão final [artigo 37.º da Lei n.º 18/2003]; (vii) A Recorrente participou activamente no procedimento, respondendo mesmo à audiência de interessados [artigo 38.º da Lei n.º 18/2003 e n.º 4 do artigo 53.º do CPA] - Facto 12; (viii) A Recorrente veio desistir do procedimento em 17 de abril de 2012 [n.º 1 do artigo 110.º do CPA ex vi artigo 30.º da Lei n.º 18/2003] - Facto 16; (ix) A AdC proferiu decisão final de desistência do procedimento administrativo ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 110º do CPA, aplicável ex vi artigo 30º da Lei n.º 18/2003 - Facto n.º 17. "

Na matéria de facto do Saneador Sentença de 30.6.2014 já constava que o prazo de 30 dias (úteis) sobre a notificação para a tomada de uma decisão, ressalvados os períodos de suspensão, ainda não tinha ocorrido e, consequentemente, não tinha deferimento tácito, nos termos conjugados do n.º 1 do art. 34.º e do art. 35.º da Lei n.º 18/2003 e art. 72.º do CPA ex vi art. 30 da Lei n.º 18/2003.

Assim e por tudo isto somos de parecer que deve ser negado provimento ao recurso interposto pela Lactogal, Produtos Alimentares, S.A. e confirmado o duto acórdão recorrido, por não haver violação do disposto no art. 106.º do CPTA e art. 35.º n.º 4 da Lei da Concorrência."

4. Notificadas as partes para, querendo, responderem ao parecer emitido pela Senhora Procuradora-Geral Adjunta, ambas o fizeram dentro do prazo legal.

A Autora "Lactogal – Produtos Alimentares, SA" veio defender, muito em síntese, que o parecer do MP deve ser desentranhado dos autos, porque legalmente inadmissível, em face da delimitação objectiva do direito de pronúncia constante do art. 146.º, n.º 1, do CPTA. Acresce que não desistiu nem renunciou ao direito a concretizar a operação de concentração em causa, pelo que deve ser revogada a decisão proferida em 30-06-2014 pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (*vide* fls. 1013 a 1013 a 1018).

A Recorrida "Autoridade da Concorrência", também muito em síntese, veio reafirmar que deve ser negado provimento ao recurso interposto e que deve ser confirmado o saneador-sentença proferido pelo tribunal de 1.ª instância (*vide* fls. 1022 a 1025).

5. Colhidos os vistos, cumpre decidir.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

C – APRECIÇÃO:

1. Competência da 5.ª Secção Criminal do STJ para a apreciação do recurso

Do enquadramento da questão, pendente de recurso, resulta inequívoco que o objeto do presente processo não tem natureza penal, porque não está em causa a prática de qualquer infração criminal ou contraordenacional a que tenha sido aplicada ou imposta uma pena (de multa ou de prisão), ou uma coima, por parte de uma autoridade judicial ou de uma autoridade administrativa.

Trata-se de uma ação que se enquadra no âmbito dos poderes de natureza administrativa da ADC, em que se discute a eventual formação de um ato tácito de não oposição à operação de concentração entre as empresas “Lactogal – Produtos Alimentares, SA” e “Renoldy – Produção e Comercialização de Leite e de Produtos Lácteos, SA”.

A Autora “Lactogal- Produtos Alimentares, SA” veio interpor recurso para o Supremo Tribunal de Justiça ao abrigo disposto no art. 93.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 08-05 ou no art. 55.º, n.º 2, da anterior Lei n.º 18/2003, de 11-06. Estes dois diplomas respeitam ao regime jurídico da concorrência, sendo o primeiro o atualmente em vigor e o segundo o vigente à data da comunicação da pretendida operação de concentração de empresas ora em referência.

Estes preceitos encontram-se inseridos na secção referente aos “*Procedimentos administrativos*” (o art. 93.º encontra-se inserido na Secção II do capítulo IX (antecedida da Secção I, sob a epígrafe “*Processos Contraordenacionais*”).

Por seu turno, art. 55.º da Lei 18/2003 encontrava-se inserido na Secção II do Capítulo V (precedida da Secção I, epigrafada “*Processos Contra-ordenacionais*”), estabelecendo-se, em ambos, que das decisões judiciais proferidas nas ações administrativas relativas ao regime da concorrência se recorre diretamente para o Supremo Tribunal de Justiça, quando respeitem, em exclusivo, a questões de direito.

De acordo com o disposto no n.º 1 do art. 54.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei 62/2013, de 26-08, compete às secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça proceder ao julgamento das causas de natureza penal.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[Assinatura]

Todavia, o n.º 2 do art. 54.º da Lei 62/2013, de 26-08, veio estabelecer que as causas referidas nos arts. 111.º, 113.º e 128.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário (ou seja, as causas que se prendam com questões relativas à propriedade intelectual, ao direito marítimo e ao comércio) são sempre distribuídas à mesma secção cível, **enquanto as causas referidas no art. 112.º deste diploma (ou seja, as causas que integram a esfera de competência do Tribunal da Concorrência, da Regulação e da Supervisão) são sempre distribuídas à mesma secção criminal.**

Portanto, depois de dizer que as causas de natureza penal são julgadas pelas secções criminais do STJ, o n.º 2 do preceito citado (art. 54.º da Lei 62/2013) atribui um acréscimo de competência, sempre à mesma secção criminal do STJ que tiver sido designada, para julgamento das causas referidas no art. 112.º. E não faz qualquer restrição.

Muito embora não deixe de causar perplexidade a solução legal encontrada, atendendo, desde logo, à natureza das matérias em causa, afigura-se incontestável que o legislador pretendeu atribuir, a uma das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça, competência para a apreciação de todos os recursos judiciais oriundos do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, quer os que digam respeito a ilícitos de mera ordenação social (*vide* n.º 1 do art. 112.º da Lei 62/2013), quer *inclusive* os que digam respeito a ações administrativas referentes ao denominado regime jurídico da concorrência (*vide* n.º 2 do citado art. 112.º da Lei 62/2013).

Já se viu que o art. 93.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 08-05 ou no art. 55.º, n.º 2, da anterior Lei n.º 18/2003, de 11-06, estabelecem que das decisões judiciais proferidas nas ações administrativas, relativas ao regime da concorrência, se recorre diretamente para o Supremo Tribunal de Justiça, quando respeitem, em exclusivo, a questões de direito.

Daqui se retira que o legislador quis afastar a jurisdição administrativa da fiscalização das decisões da autoridade da concorrência, apesar de ser um órgão administrativo, em coerência, aliás, com a integração do Tribunal da Concorrência nos tribunais judiciais. Ao mesmo tempo, aqueles normativos não se pronunciam sobre a distribuição interna de competência, no STJ, tarefa que assim ficou entregue ao n.º 2 do art. 54.º, da Lei 62/2013, de 26-08 (Lei de Organização do Sistema Judiciário).

Note-se que, antes desta, a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei 52/08 de 28-08), no seu art. 42.º relativo à "Especialização das Secções" do STJ, depois de reiterar a regra segundo a qual "As secções cíveis julgam as causas que não estejam atribuídas a outras secções"



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mandava distribuir sempre à mesma secção cível as causas referidas nos arts. 121º e 122º, ou seja as da competência dos "Juízos de Comércio" e "Juízos de Propriedade Intelectual".

Com o DL 295/2011, de 13-10, foi introduzido o art. 122º-A que contemplava os "Juízos da Concorrência, Regulação e Supervisão", mas, curiosamente, o art. 42º referido ficou intacto. Daí que os recursos das decisões destes Juízos tivessem que ser encaminhados, no tocante ao STJ, para uma sua secção cível, por força da norma regra de competência subsidiária, do nº 1 do dito art. 42º.

O nº 2 do art. 54º, da Lei 62/2013, de 26-08 quis claramente alterar este estado de coisas, atribuindo competência à mesma secção criminal do STJ, para as decisões em recurso direto de matéria de direito, do sucessor dos Juízos assinalados, e que foi o Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão. Consta da Proposta de lei 114/XII, do Governo PSD/CDS-PP, a alteração do dito art. 54º, votada na especialidade em Comissão, a 18, 19 e 26 de junho de 2013, por todos os partidos e só com a abstenção do PS.

Quando o art. 54º nº 2 da Lei de Organização do Sistema Judiciário fala em distribuição, sempre à mesma secção criminal, das *"causas referidas no artigo 112º"*, não pode estar a querer referir-se exclusivamente a matéria crime ou contraordenacional. No primeiro caso, a competência já advinha do nº 1 do art. 54º: *"as secções criminais julgam as causas de natureza penal"*. Quanto aos recursos em matéria contraordenacional são para a Relação, e ficamo-nos por aí, nos termos do art. 89º nº 1, da Lei da Concorrência (Lei 19/2012, de 08-05).

Este preceito trata dos recursos em matéria contraordenacional, integrado no Capítulo IX, epígrafado **"Recursos Judiciais"**, e Secção I- **"Processos Contraordenacionais"**, e diz: *"Das sentenças e despachos do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão cabe recurso para o tribunal da relação competente, que decide em última instância"*.

Já se viu que o art. 93º, n.º 2, da Lei da Concorrência único que atribui competência ao STJ em matéria de recurso, se integra na Secção II- **"Procedimentos Administrativos"**.

Por um lado, o Tribunal da Concorrência encontra-se integrado na jurisdição comum, pelo que não faz sentido nenhum atribuir à jurisdição administrativa a apreciação dos seus recursos. Por outro, a lei é agora expressa em atribuir a competência assinalada a uma (mesma) secção criminal do STJ, ao arripio do que se passava antes.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Deste modo, também de acordo com o Provimento 15/2014, proferido em 04-09-2014 pelo Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, esta 5.ª Secção Criminal assume competência para a apreciação do presente recurso.

2. Legitimidade do Ministério Público para a emissão do parecer:

Em resposta ao parecer apresentado, a Autora "Lactogal – Produtos Alimentares, SA" veio sustentar que, no caso vertente, a intervenção do Ministério Público não se afigura legalmente admissível, na medida em que não se encontram carecidos de tutela quaisquer direitos fundamentais dos cidadãos, nem quaisquer interesses públicos especialmente relevantes, nem tão pouco ainda quaisquer interesses difusos.

Apreciando:

O art 146.º do CPTA (Código de Processo nos Tribunais Administrativos), sob a epígrafe "*Intervenção do Ministério Público, conclusão ao relator e aperfeiçoamento das alegações de recurso*", estabelece no seu n.º 1 que: "*Recebido o processo no tribunal de recurso e efectuada a distribuição, a secretaria notifica o Ministério Público, quando este não se encontre na posição de recorrente ou recorrido, para, querendo, se pronunciar, no prazo de 10 dias, sobre o mérito do recurso, em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de interesses públicos especialmente relevantes ou de algum dos valores ou bens referidos no n.º 2 do artigo 9.º*".

Nestes autos, ao contrário do sustentado pela recorrente, a intervenção do Ministério Público não se prende unicamente e exclusivamente com uma questão de mera legalidade processual, na medida em que, estando em causa uma operação de concentração de empresas, de um modo mais abrangente, qualquer decisão que venha a ser proferida, pode ter implicações ao nível da concorrência e da tutela devida aos consumidores em geral.

Já se vê que a distorção das regras da concorrência numa economia livre de mercado pode importar indesejáveis consequências para os direitos dos consumidores, na medida em que, por exemplo, devido a uma abusiva concentração de empresas, pode vir a ser eliminada a livre concorrência na produção dos bens e/ou dos serviços necessários à satisfação de necessidades colectivas, com inevitáveis consequências ao nível da elevação dos preços.

Por isso, o legislador teve a preocupação, mediante a aprovação da Lei 18/2003, de 11-06, de estabelecer um regime jurídico da concorrência, de modo a combater práticas proibidas, a



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[Assinatura]

fomentar a livre e a sã concorrência entre as empresas e a proteger os direitos económicos dos consumidores, afinal de contas, todos e cada um dos cidadãos em geral.

Aliás, a Constituição da República Portuguesa, no n.º 1 do seu art. 60.º, reconhece que os consumidores têm direito à qualidade dos bens e dos serviços consumidos e à protecção dos seus interesses económicos, o que poderá vir a ser posto em causa caso se verifique uma concentração excessiva entre empresas, a falta da livre concorrência entre os produtores de bens e de serviços e, por fim, a manipulação dos preços praticados no mercado.

Neste caso, a intervenção do Ministério Público, no âmbito do presente procedimento administrativo de controlo das operações de concentração de empresas (arts. 30.º a 41.º da Lei 18/2003), justifica-se precisamente nesta perspectiva de salvaguarda dos direitos económicos dos consumidores e de defesa do interesse público relativo à livre concorrência.

Deste modo, sem necessidade de outras considerações, afigura-se inequívoca a legitimidade do Ministério Público para ter intervenção nestes autos, ao abrigo do disposto no n.º 1 do art. 146.º do CPTA, o que, por consequência, determina, em nossa opinião, o manifesto desacerto da posição sustentada pela Autora "Lactogal – Produtos Alimentares, SA".

3. Desistência do procedimento de controlo da operação de concentração:

Nestes autos, como se viu, discute-se a formação de um ato tácito, em face da alegada ausência de tomada de decisão expressa por parte da "Autoridade da Concorrência" dentro do prazo legal, quanto ao procedimento administrativo destinado à obtenção de autorização para a visada concentração de empresas entre a "Lactogal – Produtos Alimentares, SA" e a "Renoldy – Produção e Comercialização de Leite e de Produtos Lácteos, SA".

Enquanto a Autora "Lactogal – Produtos Alimentares, SA" entende, *grosso modo*, que se formou ato tácito de não oposição à operação de concentração das empresas em causa, devido à ausência de uma decisão expressa por parte da recorrida "Autoridade da Concorrência", dentro do prazo de 30 dias consignado pelo n.º 4 do art. 35.º da Lei da Concorrência, a Ré sustenta, muito sinteticamente, que a Autora desistiu do respetivo procedimento administrativo, o que obsta ao deferimento tácito desse pedido.

A este propósito importa aqui recordar que a Autora "Lactogal – Produtos Alimentares, SA", mediante missiva datada de 17-04-2012, dirigida ao Senhor Presidente do Conselho da



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Autoridade da Concorrência, para além de ter tecido outras considerações, sustentou que se formou "(...) um ato de deferimento tácito em momento anterior à decisão de passagem a investigação aprofundada, em divergência com a Autoridade da Concorrência, que decidiu prosseguir para segunda fase do procedimento, a Lactogal vem respeitosamente, nos termos do artº 110º do Código do Procedimento Administrativo, desistir do procedimento de controlo de concentrações ainda em curso para que o mesmo termine (...)” – vide art. 16.º dos factos provados e documento de fls. 460 a 462 dos autos.

O tribunal *a quo* considerou que a Autora, ao apresentar este requerimento de desistência, manifestou a sua vontade no sentido de dar sem efeito o procedimento administrativo que iniciou, para que fosse considerado como formado um acto tácito de não oposição à operação de concentração, o que o levou a considerar improcedente esta acção.

Vejamos, então, se é de manter a decisão proferida pelo Tribunal da Concorrência.

1. Como resulta da matéria de facto considerada como provada (*vide* art. 1.º), a Autora “Lactogal” apresentou no dia 05-08-2011, junto da Ré “Autoridade da Concorrência”, a notificação da operação de concentração para a aquisição da totalidade do capital social da empresa “Renoldy – Produção e Comercialização de Leite e de Produtos Lácteos, SA”.

Como este procedimento administrativo se iniciou em 05-08-2011, a operação de concentração de empresas, ora em referência, que deve ser regulada pelo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei 18/2003, de 11-06 (nos termos do disposto nos arts. 100.º, n.º 1, al. b), e 101.º da Lei 19/2012, de 08-05, o Novo Regime Jurídico da Concorrência, atualmente em vigor, só passou a ter aplicação às operações de concentração que tenham sido notificadas à Autoridade da Concorrência após a data da sua entrada em vigor, ou seja, depois de 08-07-2012).

Deste modo, o Supremo Tribunal de Justiça deverá atender, em especial, às normas constantes da Secção III do Capítulo I da citada Lei 18/2003, de 11-06, referentes ao “Procedimento de controlo das operações de concentração das empresas”, de onde se destacam, pela sua relevância para o caso vertente, o art. 30.º (admite a aplicação subsidiária do CPA a tudo o que não esteja expressamente previsto nessa Secção ou na Secção I do Capítulo I), o art. 34.º (fixa o prazo de 30 dias para a Autoridade da Concorrência finalizar a instrução deste procedimento



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de controlo das operações de concentração, sem prejuízo desse prazo ficar suspenso durante o período de tempo necessário ao fornecimento de informações ou de documentos adicionais ou à correção dos que foram fornecidos). Sobretudo o n.º 4 do art. 35.º (a ausência de decisão por parte da Autoridade da Concorrência, dentro do prazo legalmente estipulado, vale como decisão de não oposição à operação de concentração das empresas).

Deste modo, quanto aos procedimentos de controlo das operações de concentração de empresas, o Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei 18/2003, concedia à Ré "Autoridade da Concorrência" o prazo de 30 dias, a contar de 05-08-2011,¹ para instruir e para decidir o procedimento administrativo em causa, sob pena de deferimento da pretensão ou, melhor dizendo, de se considerar proferida decisão de não oposição a essa concentração, não se contando para o efeito o período de tempo em que esse prazo esteve suspenso, devido à necessidade de recolha de informações ou de documentos fundamentais para a decisão.

Muito a este propósito, escreve, aliás, Miguel Mendes Pereira que "(...) por força do disposto no art. 72.º do CPA, deve entender-se que os 30 dias referidos no n.º 1 deste art. 34.º correspondem a dias úteis, já que o decurso do prazo se suspende nos sábados, domingos e feriados (...)" e que "(...) durante a instrução pode a AdC ter a necessidade de obter informações por parte seja das empresas notificantes, seja de outras empresas (...)".²

2. Mas, para a apreciação e para a resolução desta questão jurídica controvertida, importa também atender, subsidiariamente, aos normativos constantes do CPA quanto às causas de extinção dos procedimentos administrativos, em face da falta de específica regulamentação na citada Lei 18/2003, de 11-06.

Na realidade, importa recordar que a Autora "Lactogal – Produtos Alimentares, SA", no requerimento por si apresentado no dia 17-04-2012, veio expressamente invocar o disposto no art. 110.º do CPA, em abono da sua manifesta intenção de "(...) desistir do procedimento de controlo de concentrações ainda em curso (...)", o que impõe uma apreciação conjugada com outras causas de extinção do procedimento administrativo, muito em particular com o acto

¹ Foi nessa data, como resulta do art.º 1 dos factos provados pelo tribunal de 1.ª instância, que "(...) a A. apresentou junto da AdC uma notificação da operação de concentração, que consistia na aquisição da totalidade do capital social da empresa Renoldy (...)".

² In "Lei da Concorrência Anotada", Coimbra Editora, 2009, pág. 311.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tácito de deferimento da pretensão jurídica formulada, o que, indiscutivelmente, conforme resulta do exposto, constitui objeto do presente processo de concentração de empresas.

O CPA, aprovado pelo DL 442/91, de 15-11, aplicável ao caso ³, prevê, ao longo da Secção IV do Capítulo III da Parte III, diversas causas de extinção do procedimento administrativo, e, entre elas, a decisão final expressa (art. 107.º), o deferimento tácito da pretensão (art. 108.º), o indeferimento tácito (art. 109.º), a desistência e a renúncia (art. 110.º), a deserção (art. 111.º), a impossibilidade e a inutilidade superveniente do procedimento (art. 112.º).

Resulta destes normativos que a formação de ato tácito, devido à falta de decisão expressa por parte dos órgãos administrativos competentes, dentro do prazo legalmente estabelecido para o efeito, constitui uma das formas de extinção do procedimento, seja no sentido (mais excecional) de deferir a pretensão jurídica formulada pelo particular, seja no sentido (mais regular ou frequente) de fazer presumir o indeferimento dessa pretensão.

In casu, como se viu, o art. 35.º, n.º 4, da Lei 18/2003, de 11-06, expressamente consigna que vale como decisão de não oposição à concentração de empresas a falta de conclusão deste procedimento administrativo, sem decisão final expressa, dentro do prazo legal previsto para o efeito, o que nos reconduz para a problemática do deferimento tácito, tanto mais que a Autora "Lactogal – Produtos Alimentares, SA" pugna por esta solução jurídica, ao invés do sustentado pela Ré "Autoridade da Concorrência".

Como resulta dos seus próprios termos, a figura jurídica do deferimento tácito caracteriza-se, em termos gerais, por o particular, ou pelo administrado, nos casos expressamente previstos pela lei, vir a obter ganho ou provimento para a pretensão jurídica que dirigiu ao órgão administrativo competente, devido ao silêncio demonstrado ou à falta de decisão do procedimento administrativo dentro do prazo legal.

São estes os traços delimitadores que se retiram do regime legal acima enunciado.

³ O Novo CPA, aprovado pelo DL 4/2015, de 07-01, não tem aplicação ao procedimento administrativo em apreciação, na medida em que o n.º 1 do art. 8.º deste diploma estabelece que "(...) o disposto nas partes I e II, no capítulo III do título I da parte III e na parte IV do Código aplica-se aos procedimentos administrativos em curso à data da sua entrada em vigor, sendo as restantes disposições do Código aplicáveis apenas aos procedimentos administrativos que se iniciem após a entrada em vigor do presente decreto-lei (...)". Como se viu, este procedimento administrativo iniciou-se no dia 05-08-2011 com a notificação da operação de concentração à Ré "Autoridade da Concorrência" e discute-se ainda quando terminou como questão controvertida. Mas seja como for, afigura-se incontestável que o procedimento se extinguiu muito tempo antes da entrada em vigor do Novo CPA, aprovado pelo citado DL 4/2015, tanto mais que a presente acção judicial deu entrada em juízo no dia 17-05-2012.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também é este o entendimento que foi perfilhado em Portugal pela doutrina administrativista, de tal modo que o Professor Marcello Caetano ensinava, nas suas lições, com particular destaque, que *"(...) a lei, em certas circunstâncias, manda interpretar para certos efeitos a passividade ou o silêncio de um órgão administrativo como significando o deferimento ou o indeferimento do pedido sobre o qual tinha obrigação de pronunciar (...) mas o silêncio ou a abstenção só são reputados conduta voluntária da Administração, integrante de um acto administrativo, nos casos em que a lei lhes atribua esse significado e valor (...)"*⁴.

Por seu turno, também o Professor Sérvulo Correia se pronunciou sobre esta problemática nos seguintes moldes: *"(...) a existência do dever legal de decidir por parte da autoridade administrativa pressupõe, em primeiro lugar, que a decisão que lhe é solicitada caiba na sua competência e, em segundo lugar, que o poder de decidir seja vinculado: se o poder da autoridade administrativa é um poder discricionário quanto ao momento de agir ou à oportunidade de agir ou não agir, não há dever de decidir e, portanto, o silêncio face à pretensão do particular não conduz à formação de acto tácito (...) e (...) excepcionalmente, a lei faz corresponder ao silêncio da Administração um acto com o conteúdo de aprovação. Fala-se então de acto tácito positivo (...)"*⁵.

Em idêntico sentido, também o Professor Diogo Freitas do Amaral sustentou, muito em síntese, que *"(...) perante um pedido de um particular, e decorrido um certo prazo sem que o órgão administrativo competente se pronuncie, a lei considera que o pedido feito foi satisfeito. Aqui o silêncio vale como manifestação tácita da vontade da Administração num sentido positivo para o particular: daí a designação de acto tácito positivo (...)"*⁶.

Como se depreende do que se deixa exposto, o acto tácito, positivo ou negativo, de aprovação ou de indeferimento da pretensão formulada pelo particular, constitui uma das causas de extinção do procedimento administrativo (*vide* arts. 106.º, 108.º e 109.º do CPA), a par de outras, como, por exemplo, a decisão final expressa (*vide* art. 107.º do CPA), pese embora na doutrina nacional se tenha vindo a discutir a sua verdadeira natureza jurídica.

Em face do regime jurídico constante do CPA, dificilmente se pode deixar de reconhecer que o deferimento tácito constitui um ato jurídico de conteúdo administrativista, em que é valorado

⁴ In "Manual de Direito Administrativo", Editora Almedina, Vol. I, 1980, págs. 474 e 475.

⁵ In "Noções de Direito Administrativo", Editora Danúbio, Vol. I, 1982, pagas. 411 a 413.

⁶ In "Direito Administrativo", Vol. III, 1989, pág. 262.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o silêncio ou a ausência de decisão por parte da Administração Pública dentro do prazo legal, no sentido da aprovação da pretensão formulada pelo particular, tanto que, de modo irrefutável, constitui uma das causas de extinção deste procedimento.

3. Ora, independentemente da sua natureza jurídica,⁷ no caso vertente, afigura-se-nos relevante apurar se, em momento prévio à apresentação do requerimento, datado de 17-04-2012, a pretensão de concentração de empresas, formulada pela Autora "Lactogal – Produtos Alimentares, SA", obteve (ou não) decisão tácita favorável por parte da Ré "Autoridade da Concorrência", por esgotamento do prazo de 30 dias, legalmente previsto para a conclusão deste procedimento administrativo.

Na realidade, na perspetiva de apreciação dos efeitos jurídicos produzidos, não se afigura de todo despiciendo averiguar se à data em que a Autora "Lactogal – Produtos Alimentares, SA" apresentou o aludido requerimento em que manifestou a sua vontade de "*desistir do procedimento de controlo de concentração ainda em curso*", já se tinha (ou não) formado ato tácito de não oposição, por parte da Ré "Autoridade da Concorrência, quanto à operação de concentração daquela sociedade com a empresa "Renoldy – Produção e Comercialização de Leite e de Produtos Lácteos, SA". Porque, como se disse, o deferimento tácito constitui uma das causas de extinção do procedimento administrativo, que então já poderia ter ocorrido.

Explicando melhor:

A determinação dos efeitos do requerimento datado de 17-04-2012 depende, forçosa e necessariamente, da prévia tomada de posição sobre o hipotético deferimento tácito da pretensão de concentração de empresas formulada pela Autora "Lactogal – Produtos Alimentares, SA".

Nesse requerimento a "Lactogal" pede o reconhecimento do ato tácito de deferimento da concentração entre ela e a "Renoldy". E porque entende que houve deferimento tácito, também acha que o procedimento deixou de lhe interessar e dele desiste.

⁷ Para uns autores o ato tácito constitui um verdadeiro ato administrativo, para outros consubstancia um simples pressuposto do recurso contencioso e ainda, para terceiros, configura uma ficção legal de ato administrativo, ou seja, para todos os efeitos legais deveria ser tratado como se fosse um verdadeiro ato administrativo, muito embora não o seja em sentido próprio. Vide a este propósito, por todos, Diogo Freitas do Amaral, *in ob. cit.*, págs. 271 a 274.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ora, se fosse reconhecido o ato tácito de deferimento, a "Lactogal" poderia, sem mais, avançar para a operação de concentração, e não faria sentido algum atribuir efeitos à desistência do procedimento, porque este já se teria extinguido por força do art. 108º do CPA.

Tem sentido afirmar que estando extinto o procedimento administrativo para controle da operação de concentração de empresas, em face do eventual esgotamento do prazo para a decisão final expressa, previsto pelos arts. 34.º e 35.º, n.º 4, da citada Lei 18/2003, a *"desistência do procedimento de controlo de concentrações"* não pode produzir efeitos jurídicos ou, pelo menos, não pode produzir efeitos em toda a sua plenitude, pelo simples motivo, quer jurídico, quer lógico, de que só se pode desistir de um procedimento que ainda não se mostre extinto por qualquer outra causa.

Acresce que aquele deferimento tácito produzirá os seus efeitos jurídicos, enquanto causa de extinção do procedimento traduzida na aprovação da pretensão formulada pelo particular, se não for produzido, em momento posterior, um ato administrativo que, de modo inequívoco, o revogue ou o substitua por outro.

De modo paradigmático a este respeito, Marcello Caetano entendia que: *"(...) o acto tácito de aprovação, se não for constitutivo de direitos, pode ser confirmado ou substituído por um acto expresso contrário, pois nunca se entendeu que esgote a competência do órgão tutelar, nem que o acto expresso contrário posterior possa ser anulado por incompetência do órgão que o praticou. Mas se o acto expresso tiver sentido contrário à ilação legal tirada do silêncio, só à luz da teoria da revogação do acto administrativo poderá discutir-se a sua validade, isto é, admitindo a existência anterior de um acto administrativo, embora tácito, constitutivo de direitos e por esse motivo irrevogável salvo em certas condições (...)"*⁸.

Tudo isto para afirmar que o tribunal recorrido não se pronunciou sobre a questão controvertida que inegavelmente constitui o objeto do presente processo, a saber, se houve (ou não) deferimento tácito do pedido de concentração de empresas, entre a Autora "Lactogal, SA" e a "Renoldy – Produção e Comercialização de Leite e de Produtos Lácteos, SA". Repete-se que a Autora instaurou a presente ação administrativa com o intuito, precisamente, de que se reconheça a *"formação de um ato tácito de deferimento no procedimento administrativo de controlo de concentrações que correu termos na Autoridade da Concorrência"*

⁸ In ob. cit., pág. 477.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a referência Ccent 31/2011 Lactogal / Renoldy", no que mereceu oposição, como se viu, por parte da Ré "Autoridade da Concorrência" com base nos fundamentos acima expostos. Ora, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão não emitiu, conforme devia, pronúncia sobre esta questão controvertida, sob o pretexto de que "(...) o particular, ao desistir do procedimento, manifesta a sua vontade de dar sem efeito o procedimento que iniciou, retirando-lhe qualquer efeito útil (...)".

Mas não terá sido assim.

O particular entendeu que o efeito útil do procedimento que iniciara – a autorização de concentração - na sua perspetiva, já se tinha produzido, e por isso pede uma declaração confirmativa. Ora a desistência do procedimento só é feita a partir deste pressuposto, sendo dele indissociável.

Permaneceu por apreciar e por decidir a questão controvertida que, em face das alegações das partes, constitui objeto da presente ação administrativa e que, pelos motivos expostos, não se mostra de todo irrelevante para o seu desfecho, para a sua procedência ou para a sua improcedência, na medida em que as partes se podem eventualmente confrontar com a existência de duas causas conflituantes de extinção deste procedimento administrativo de controlo das operações de concentração de empresas.

Como o STA deixa assinalado, a propósito de uma situação com evidentes contornos de semelhança, com a dos presentes autos, não pode "(...) aceitar-se a argumentação da recorrente, no sentido de que o requerimento (de desistência) por ela apresentado determina que tal acto administrativo (decisão final, nas palavras da recorrente) deixe de produzir os seus efeitos, por via da dita desistência do pedido, nos termos do disposto no art. 110º do CPA (nos termos do qual os interessados podem desistir do procedimento ou de alguns dos pedidos formulados, bom como renunciar aos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, salvo os casos previstos na lei) e que, por isso, aquele pedido terá provocado a eliminação do próprio acto de licenciamento da ordem jurídica. Aliás, (...) a desistência do procedimento administrativo pressupõe que o mesmo ainda decorre e não se encontra já extinto por outra causa, sendo que, no caso vertente, essa extinção se verificaria, precisamente, em face da



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão final de autorização da operação de loteamento e da emissão do respectivo alvará (...).⁹

Acontece, no entanto, que não compete ao Supremo Tribunal de Justiça, enquanto instância de revista, tomar posição em primeira mão sobre esta questão substancial dos efeitos jurídicos que possam vir a ser extraídos, no suposto caso de se reconhecer mérito à pretensão formulada pela Autora, em face de um eventual esgotamento do prazo para a decisão final expressa, previsto pelos arts. 34.º e 35.º, n.º 4, da citada Lei 18/2003. Nem tão pouco procurar interpretar juridicamente o requerimento datado de 17-04-2012. Considerando-o como de "desistência da instância", ou numa improvável alternativa, como de "desistência do pedido". Os recursos constituem remédios jurídicos destinados à reapreciação do anteriormente decidido pelas instâncias, ou seja, não são o meio processual indicado para a apreciação de questões novas.

Cabe apenas sustentar que o tribunal *a quo* omitiu pronúncia sobre a questão jurídica que constitui objeto deste processo e que a avaliação do requerimento de 17-06-2012, em que a Autora pede a "*desistência do procedimento de controlo de concentrações ainda em curso para que o mesmo termine*", não pode ser desprendida da prévia tomada de posição sobre a eventual formação da decisão de não oposição à operação de concentração, nos termos do disposto nos arts. 34.º e 35.º, n.º 4, da Lei 18/2003, de 18-06, o que, a ter acontecido, constituiu causa prévia de extinção do procedimento.

Em suma:

Ao abrigo do disposto no art. 615.º, n.º 1, al. d), do CPC, aprovado pela Lei 41/2013, de 26-06 (equivalente ao art. 668.º, n.º 1, al. d), do CPC, entretanto revogado), aplicável *ex vi* art. 42.º, n.º 1, do CPTA, declara-se a nulidade da sentença proferida a 30-06-2014 pelo 1.º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de modo a que seja substituída por outra que se pronuncie sobre a questão suscitada da "*formação de um acto tácito de deferimento no procedimento administrativo de controlo de concentrações que correu termos na Autoridade da Concorrência com a referência Ccent 31/2011 Lactogal / Renoldy*", retirando as devidas consequências jurídicas do que vier a ser decidido a este respeito.

⁹ Vide Ac. STA de 05-06-2013, proferido no Proc. n.º 876/12, acessível em <http://www.dgsi.pt>.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

D - DECISÃO

Em face do exposto, acordam em conferência os Juízes Conselheiros da 5.^a Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça em:

- a) reconhecer legitimidade ao Ministério Público para emitir parecer nestes autos, ao abrigo do disposto do art. 146.º, n.º 1, do CPTA;
- b) declarar a nulidade da sentença proferida a 30-06-2014 pelo 1.º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de modo a que seja substituída por outra que se pronuncie sobre a questão suscitada da *"formação de um acto tácito de deferimento no procedimento administrativo de controlo de concentrações que correu termos na Autoridade da Concorrência com a referência Ccent 31/2011 Lactogal / Renoldy"*, retirando, do que vier a ser decidido a este respeito, as devidas consequências jurídicas.

Sem custas

Notifique.

Lisboa, 25 de Junho de 2015

J. Carlos Lourenço
Presidente
Manuel Joaquim Pires



S.

R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRAÇA DO COMÉRCIO

1149 - 012 LISBOA

Telef. 21 321 89 00 - Fax 21 347 49 19

PRAÇA DO COMÉRCIO
1149-012 LISBOA
TAXA PAGA

3/14.870570.81

Proc. n.º	5	ª Secção
Registado em	26/6/2015	
O Funcionário	Ca	

LITOJESUS, LDA. - TEL. 21 255 94 17

29.6.2015
Mendes
S