



8

Tribunal de Comércio de Lisboa

*

1. Relatório

Germen – Moagem de Cereais, SA, pessoa colectiva nº 502 472 120, com sede na Rua Joaquim Pinto, nº 91, Senhora da Hora, matriculada na Conservatória do Registo Comercial do Porto sob o nº 297,

Interpôs recurso da decisão da **Autoridade da Concorrência** de 7 de Dezembro de 2005 que lhe aplicou uma coima de € 94 850,11, no âmbito do processo de contra-ordenação nº 03/05 pela prática da contra-ordenação prevista e punida pelo art. 43º, nº3, al. b) da Lei nº 18/03 de 11/06, em síntese, por não ter prestado à Autoridade a informação e os elementos por esta solicitados, por meio dos ofícios de 5 e 19 de Julho de 2005.

*

Inconformada com a decisão, a arguida interpôs o presente recurso pedindo:

a) a suspensão do presente processo até à prolação de decisão na acção administrativa especial de impugnação dos dois pedidos de informação da AdC de 5 e 19 de Julho de 2005 que corre os seus termos no 3º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa;

b) a desaplicação das normas cuja constitucionalidade invoca;

c) a revogação integral da decisão por se não encontrarem preenchidos os pressupostos de facto ou de direito de que depende a existência da contra-ordenação imputada à arguida;

Subsidiariamente:

d) o reconhecimento da falta de consciência da ilicitude não censurável por parte da arguida; e

ainda subsidiariamente:

e) a reforma da coima aplicada por redução da mesma para valor não superior a mil euros.

*

Apresentou para tanto alegações formulando as seguintes conclusões:

1. A avaliação da legitimidade dos dois pedidos de informação emitidos pela AdC em 5 e 19 de Julho de 2005, no âmbito da acção administrativa especial



Tribunal de Comércio de Lisboa

proposta pela GERMEN, em Outubro de 2005, para impugnação daqueles dois actos administrativos da AdC, que actualmente corre termos no 3º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, sob o n.º 1477/05.3TYLSB, configura uma questão prejudicial de decisão prévia à apreciação da eventual responsabilidade contra-ordenacional da GERMEN no presente processo, sob pena de insanável contradição de julgados, pelo que o presente processo de contra-ordenação n.º INC-03/05 deverá ser suspenso até à prolação de decisão na referida acção administrativa especial anteriormente proposta.

2. A informação solicitada pela AdC em Julho de 2005 coincidia temporal e materialmente com os factos pelos quais, a partir da Nota de ilicitude Complementar notificada à GERMEN a 31.12.2004, esta passou a estar acusada no âmbito do processo de contra-ordenação n.º PRC-06/04, sendo que, a partir de Dezembro de 2004, os factos constitutivos dos alegados ilícitos em investigação no âmbito do processo n.º PRC-06/04 (relacionados com uma alegada prática concertada de fixação dos preços de venda da farinha de trigo) passaram a abranger todo o período temporal entre Janeiro de 2000 e Setembro de 2004.

3. Por força da referida coincidência material e temporal entre os elementos informativos objecto dos pedidos de informação dirigidos à GERMEN em Julho de 2005 e os factos constitutivos dos alegados ilícitos de que a GERMEN era acusada no processo de contra-ordenação n.º PRC-06/04, os pedidos de informação da AdC de Julho de 2005 são nulos por violação do núcleo essencial das garantias de defesa e do princípio da proibição de auto-incriminação coerciva consagrados no n.º 10 do art. 32º da CRP e por violação do disposto no art. 61º, n.º 1, alínea c) do CPP, aplicável no caso em apreço por força do disposto no art. 22º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003 e no art. 41º do regime geral das contra-ordenações e coimas, aprovado pelo D.L. n.º 433/82, de 27 de Outubro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo D.L. n.º 356/89, de 17 de Outubro, pelo D.L. n.º 244/95, de 14 de Setembro e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro.

4. A nulidade dos pedidos de informação da AdC de Julho de 2005 não é afectada pelo facto de a AdC ter invocado explicitamente que os mesmos se baseavam nos respectivos poderes de supervisão, devendo entender-se que tais poderes não são ilimitados ou irrestritos.

5. Deve considerar-se inconstitucional, por violação do disposto no n.º 10 do art. 32º da CRP, a interpretação dos arts. 7.º, n.º 3 e 8º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo D.L. n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, e/ou do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 17º e do n.º 1 do art. 18º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, segundo a qual uma empresa constituída arguida num processo de contra-ordenação movido pela AdC está obrigada a responder a pedidos de informação formulados por esta sobre questões relacionadas com os factos que são imputados a essa empresa no processo contra-ordenacional em que é arguida, ainda que tais pedidos e informação sejam feitos ao abrigo de poderes de supervisão.



8

Tribunal de Comércio de Lisboa

6. A escusa da GERMEN em responder aos pedidos de informação da AdC de Julho de 2005 foi lícita pois correspondeu ao exercício de um direito que lhe assiste de não ser obrigada, sob cominação de coima, a responder sobre ou fornecer elementos informativos coincidentes com os factos por que era acusada no processo n.º PRC-06/04, pelo que deverá ser revogada a decisão recorrida, concluindo-se pela inexistência do ilícito imputado à GERMEN.

7. Caso assim não se entenda, os pedidos de informação da AdC de Julho de 2005 são inválidos por violação do disposto no art. 18º, n.º 2 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, na medida em que fixaram um prazo irrazoável de resposta (de apenas 5 dias úteis), sem a fundamentação exigível - quer quanto à urgência no fornecimento das informações em questão quer quanto à alegada simplicidade do respectivo processamento pela GERMEN - à fixação de um prazo inferior ao prazo prescrito, em regra, por lei, que é de 30 dias (cf. n.º 2 do art. 18º da Lei n.º 18/2003), devendo, por isso ser anulados.

8. Os pedidos de informação da AdC de Julho de 2005 são, ainda, inválidos por violação do dever de fundamentação expressa dos actos administrativos previsto no n.º 1 do art. 125º do CPA na medida em que a AdC omitiu, nos ofícios em questão, a indicação concreta do objectivo dos pedidos de informação dirigidos à GERMEN, em violação do disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 18º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, devendo, por isso, ser anulados.

9. Caso assim não se entenda, subsidiariamente, deverá concluir-se pela inexistência de censurabilidade da escusa da GERMEN em apresentar a informação solicitada pela AdC nos pedidos de informação de Julho de 2005, por falta de conhecimento, não censurável, da ilicitude de tal conduta, nos termos do disposto no art. 9º do Regime Geral dos Ilícitos de Mera Ordenação Social, aplicável por força do disposto no art. 22º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003 e do art. 41º do referido regime, porquanto:

(i) a GERMEN alertou a AdC, por carta de 15.7.2005, para o facto dos pedidos de informação em questão versarem sobre matéria coincidente com os factos por que vinha acusada no processo n.º PRC-06/04, pelo que tinha dúvidas quanto à obrigatoriedade legal de responder, sem que a AdC se tivesse pronunciado sobre a questão no seu ofício posterior de 19.7.2005 como lhe seria exigível atento o princípio da boa fé e colaboração processual (cf. arts. 6º-A e 7º do CPA, aplicáveis por remissão do art. 19º da Lei n.º 18/2003);

(ii) a GERMEN aconselhou-se junto dos seus advogados, tendo analisado criticamente as opiniões colhidas e decidido escusar-se a apresentar os elementos pedidos em conformidade com a posição defendida nesta matéria pela doutrina portuguesa;

(iii) a GERMEN impugnou em Outubro de 2005, junto do Tribunal de Comércio de Lisboa e nos termos do art. 54º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, os actos administrativos em questão da AdC (cf. processo n.º 1477/05.3TYLSB),



8

Tribunal de Comércio de Lisboa

precisamente por estar convencida da invalidade daqueles pedidos de informação e da licitude da sua recusa em fornecer os elementos pedidos.

10. Caso assim não se entenda, e ainda subsidiariamente, a decisão recorrida viola o disposto no art. 44º da Lei n.º 18/2003 e os critérios de determinação da coima ali elencados, porquanto a coima aplicada à GERMEN é manifestamente desproporcionada face à gravidade da infracção que lhe é imputada e contradiz a prática decisória anterior da AdC, em processos de contra-ordenação por violação da obrigação de resposta a pedidos de informação daquela Autoridade.

*

A AdC apresentou alegações, ao abrigo do disposto no art. 51º nº1 da Lei nº 18/03, pugnando pela manutenção da decisão, e apresentando as seguintes conclusões:

I - Vem a recorrente arguir, *ab initio*, a questão da avaliação da legitimidade dos dois pedidos de informação emitidos pela Autoridade em Julho de 2005, por si anteriormente impugnada junto do Tribunal do Comércio de Lisboa no âmbito da acção administrativa especial, como um *questão prejudicial* à apreciação pelo Tribunal da eventual responsabilidade da recorrente no presente processo de INC-03/05 requerendo, consequentemente, a suspensão deste até à prolação de decisão na referida acção administrativa especial anteriormente proposta, «*justificada por aplicação subsidiária, e com as necessárias adaptações, do artigo 7.º do Código do Processo Penal (CPP), por força do artigo 32.º do Regime Geral das Contra-Ordenações*».

II - O referido artigo 7.º do CPP dispõe sobre a "*suficiência do processo penal*", estabelecendo logo o seu n.º 1 que «*(o) processo penal é promovido independentemente de qualquer outro e nele se resolvem todas as questões que interessarem à decisão da causa.* » - sublinhado nosso.

III - Ainda, de acordo com o n.º 2 daquele normativo, «*quando, para se conhecer da existência de um crime, for necessário julgar qualquer questão não penal que não possa ser convenientemente resolvida no Processo Penal, pode o tribunal suspender o processo para que se decida esta questão no tribunal competente*» - destaque e sublinhado nossos.

IV - Assim e face ao disposto na lei sobre o princípio da "*suficiência do processo penal*", designadamente no n.º 2 do citado artigo 7.º do CPP, entendemos que o Tribunal do Comércio de Lisboa, *in casu*, tem todas as condições para resolver convenientemente essa outra questão, seja qual for a sua natureza, decidindo-a *incidentur tantum*, caso for disso, não devendo, assim, proceder a arguição da prejudicialidade, e consequentemente, a suspensão da apreciação do processo INC-03/05.

V - Também no que respeita à arguição das nulidades, convirá, antes de mais, recordar que em processo contra-ordenacional não se verificam "*nulidades*"



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

"insanáveis". E tanto é o que se extrai do Assento n.º 1/2003 do STJ (*in D.R. I-Série A, de 25.01.2003*):

"I - «Os casos de nulidade insanável, previstos no Código de Processo Penal de 1929, que se mantêm no novo diploma [...] são: I- [...] 2- Discussão e julgamento da causa sem assistência do MP ou do réu, quando a lei exigisse a sua comparência (n.º 8 do artigo 98.º) - que tem consagração na parte final da alínea b) e também na alínea c) do artigo 119.º 3 - Falta de nomeação de defensor em audiência de julgamento, quando obrigatória, não arguida até ao interrogatório do réu, a menos que se venha a decretar a absolvição (n.º 4 e § 5.º do artigo 98º) - que tem consagração nos artigos 119.º alínea c), e 122.º n.º 1 » (*Gil Moreira dos Santos, Noções de Processo Penal, O Oiro do Dia, Porto, 1.ª ed., p. 203*).

II - «No artigo 119.º deste Código [Código de Processo Penal], indicam-se as nulidades insanáveis, das quais apenas a relativa ao "emprego de forma especial de processo fora dos casos previstos na lei" poderá ser aplicável em processo contra-ordenacional» (*Lopes de Sousa-Simas Santos, Regime Geral das Infracções Tributárias Anotado, Áreas Editora, 2001, p. 373*) (37).

III - Alfredo José de Sousa diz mesmo «não haver no processo de contra-ordenarão nulidades insanáveis» (*Infracções Fiscais não Aduaneiras, Almedina, p. 167*).

- Em síntese: a nulidade (insanável) por «falta do arguido, nos casos em que a lei exigir a sua comparência» restringe-se, no processo penal, aos casos em que, obrigando a lei à presença/comparência do arguido em certos actos processuais, v.g., na audiência de julgamento (artigo 332.º do CPP) e no debate instrutório (artigo 300.º), esses actos venham a ser praticados sem a sua presença (38).”.

VI - Ora, a arguição de "nulidades sanáveis", quaisquer que sejam, sempre tem de ser feita *in tempore*, não sendo o processo contra-ordenacional, neste aspecto, distinto do processo penal. E compulsando os autos, verifica-se que nunca a recorrente veio arguir nulidades (e, por maioria de razão, meras irregularidades) dentro dos prazos para tanto, legalmente estabelecidos, e quer se considerando as regras estabelecidas no Código de Processo Penal, quer atendendo ao Assento n.º 1/2003 do STJ (*in D.R. I- Série A, de 25.01.2003*).

VII - O mesmo é dizer que qualquer nulidade ou irregularidade que porventura, mas que apenas se concede para este efeito, houvessem sido cometidas, há muito que as mesmas deveriam ter sido arguidas. E não o foram.

VIII - Apesar do que vem de se expor, caso se considere não ter havido extemporaneidade na arguição das nulidades/irregularidades invocadas, o que não se aceita, mesmo assim, face aos argumentos largamente expostos nas presentes alegações, as nulidades arguidas pela recorrente, e a inconstitucionalidade aduzida, quanto à preterição do direito ao silêncio e do seu direito à não auto-



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

incriminação, quanto à insuficiência do prazo fixado para a prestação dos elementos requeridos pela Autoridade, quanto à ausência do objecto dos pedidos e à alegada recusa de acesso ao procedimento administrativo, não procedem dada a argumentação infundada da recorrente e totalmente desprovida da realidade.

IX- Inexiste, de todo, qualquer coincidência temporal e/ou material entre os pedidos de elementos de Julho de 2005 requeridos pela Autoridade e o objecto do processo de contra-ordenação PRC n.º 06/04, a correr em paralelo e em que a recorrente se constituiu arguida, não se tendo posto sequer em causa o direito de silêncio e muito menos a sua violação, conforme foi desenvolvidamente demonstrado nas presentes alegações.

X - Não procedem, assim, as nulidades arguidas por - na ausência total da coincidência temporal e material pretendida pela recorrente e tida como pressuposto daquelas - não ter havido qualquer violação do núcleo essencial das garantias de defesa e do princípio da proibição de auto incriminação coerciva consagrado constitucionalmente e por violação do disposto no artigo 61.º do CPP.

XI - A Autoridade nunca colocou a recorrente numa situação de responder a perguntas sobre os factos que lhe foram imputados no processo de contra-ordenação, nem sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestou naquele contexto, nem tão pouco coagiu aquela a colaborar com a administração da justiça em seu próprio desfavor.

XII - Também como ficou largamente demonstrado, da resposta a dar pela ora recorrente aos pedidos de Julho de 2005 formulados pela Autoridade no âmbito do procedimento administrativo relativo ao Estudo sobre a Indústria de Panificação, não resultava, de todo, qualquer violação do direito à não auto incriminação, o que aliás se toma claro pelo simples facto de a Autoridade da Concorrência ter proferido a sua Decisão final no âmbito do processo contra-ordenacional PRC-06/04, imputando-lhe diversas práticas restritivas de concorrência, independentemente da sua recusa de prestação de informação ocorrida no âmbito do citado procedimento administrativo.

XIII - Por força do disposto no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, as empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades têm uma obrigação legal de prestar à Autoridade todas as informações e fornecer todos os documentos que esta lhe solicite em ordem ao cabal desempenho das suas atribuições.

XIV - Uma tal obrigação de envio de elementos e de resposta às solicitações da Autoridade, em resultado do previsto nos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3, alínea b) da Lei n.º 18/2003, não é incompatível com os princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico ou mesmo com qualquer preceito constitucional, porquanto dela não resulta, *per se* e necessariamente, a obrigação de dar respostas através das quais o arguido seja obrigado a admitir a existência da infracção, já que tal prova compete à Autoridade fazer.



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

XV - Contudo, não cabe à Autoridade apreciar a constitucionalidade das leis, nem tem a mesma competência para desaplicar qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade. Apesar disso, não deixa a Autoridade de propugnar, nos termos acima expostos, a constitucionalidade das normas cuja inconstitucionalidade é invocada pela Recorrente, tal como, aliás, já o fez na sua Decisão, ora recorrida, e que aqui se dá por integralmente reproduzida.

XVI - Acresce que, e ainda *ex-vi* do referido Assento n.º 1/2003 do Supremo Tribunal de Justiça que, a propósito, mais uma vez voltamos a citar:
«Se a notificação, tendo lugar, não fornecer (todos) os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o vício será o da nulidade sanável [...]. [...], se o impugnante se prevalecer na impugnação judicial do direito preterido (abarcando na sua defesa, os aspectos de facto ou de direito omissos na notificação mas presentes na decisão/acusação) a nulidade considerar-se-á sanada [...].» e,

«Com essa excepção (sanação do vício por os participantes processuais se terem prevalecido da faculdade a cujo exercício o acto anulável se dirigia) «o legislador procura evitar a anulação do processado por motivos de mera forma, contribuindo para a construção de um sistema menos formalista e mais preocupado com a justiça material. Se o acto, apesar de imperfeito, cumpriu os objectivos para os quais foi pensado pelo legislador [...] , não se justifica a sua repetição».

XVII - Ora, a recorrente no presente recurso não se limitou a arguir as nulidades, antes apresentou, de forma desenvolvida e circunstanciada, defesa perante o Douto Tribunal, sobre os elementos de facto e de direito da infracção por que foi condenada por Decisão da Autoridade ora impugnada, devendo, assim, as nulidades invocadas ser consideradas sanadas *«por os participantes processuais se terem prevalecido da faculdade a cujo exercício o acto anulável se dirigia»*.

XVIII - A recorrente actuou com consciência da ilicitude pois tinha conhecimento da antijuridicidade da sua conduta, conhecia as normas da concorrência e as consequências da sua violação, como ficou demonstrado em todo o processo e no presente recurso. Preencheu os elementos objectivos e subjectivos do tipo, e não ficou de todo demonstrada qualquer circunstância que excluisse a consciência da ilicitude.

XIX - A medida da coima prevista na lei é geral e abstracta e foi da análise do caso concreto (grau de ilicitude do facto, o modo de execução do mesmo e a gravidade das suas consequências, o grau de violação dos deveres impostos ao agente, as circunstâncias do caso, as circunstâncias que não fazendo parte do tipo de ilícito, deponham a favor ou contra ele) que, tratado entre o mínimo e o máximo, se fixou a medida em concreto da coima a aplicar.



Tribunal de Comércio de Lisboa

XX - Ainda sobre a determinação do montante da coima, esta foi efectuada com base nos critérios elencados, de forma não taxativa, no artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, como bem e claramente resulta da decisão impugnada. E daqui não resulta qualquer violação dos princípios da legalidade ou proporcionalidade.

XXI - E é com base em todos esses elementos, incluindo a apreciação da culpa e do dolo da ora recorrente e então arguida, que a AdC determinou o montante da coima concretamente aplicável. Aliás, na decisão impugnada houve o cuidado de bem clarificar o *itere* percorrido pela AdC na determinação das coimas concretas, pelo que se rejeitam categoricamente as alegações das recorrentes nesta matéria.

A sanção aplicada à recorrente é, assim, proporcional e adequada à infracção de que a mesma vem acusada.

XXII - Na medida concreta da coima e aos valores diferenciais aplicados à empresa objecto da presente infracção respeitaram-se todos os critérios determinados pela Lei (artigo 43.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), ou seja, a dimensão da empresa, a duração da infracção, a sua participação (activa ou passiva) na infracção e situação da arguida, sob pena, aí sim, de a Autoridade estar a violar o princípio da igualdade, proporcionalidade e da culpa.

*

**

*

Granel – Moagem de Cereais, SA, pessoa colectiva nº 503 241 091, com sede na Quinta da Guedelha, Sobralinho, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Vila Franca de Xira sob o nº 4405,

Interpôs recurso da decisão da **Autoridade da Concorrência** de 7 de Dezembro de 2005 que lhe aplicou uma coima de € 79 939,39, no âmbito do processo de contra-ordenação nº 04/05 pela prática da contra-ordenação prevista e punida pelo art. 43º, nº3, al. b) da Lei nº 18/03 de 11/06, em síntese por, não ter prestado à Autoridade a informação e os elementos por esta solicitados, por meio dos ofícios de 5 e 20 de Julho de 2005, o qual, distribuído neste tribunal, tomou o nº 206/06.9TYLSB.

*

Inconformada com a decisão, a arguida interpôs o presente recurso pedindo:

- a) a suspensão do presente processo até à prolação de decisão na acção administrativa especial de impugnação dos dois pedidos de informação da AdC de 5 e 20 de Julho de 2005 que corre os seus termos no 3º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa;
- b) a desaplicação das normas cuja constitucionalidade invoca;



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

- c) a revogação integral da decisão por se não encontrarem preenchidos os pressupostos de facto ou de direito de que depende a existência da contra-ordenação imputada à arguida;

Subsidiariamente:

- d) o reconhecimento da falta de consciência da ilicitude não censurável por parte da arguida; e

ainda subsidiariamente:

- e) a reforma da coima aplicada por redução da mesma para valor não superior a mil euros.

*

Apresentou para tanto alegações formulando conclusões, similares às formuladas pela arguida Germen – Moagem de Cereais, SA no âmbito do processo nº 03/05.

*

A AdC apresentou alegações, ao abrigo do disposto no art. 51º nº1 da Lei nº 18/03, pugnando pela manutenção da decisão, e apresentando conclusões similares às formuladas no processo nº 03/05.

*

**

*

Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA, pessoa colectiva nº 500 194 513, com sede na Rua do Pinheiro de Campanhã, 188, Porto, matriculada na Conservatória do Registo Comercial do Porto sob o nº 906,

Interpôs recurso da decisão da Autoridade da Concorrência de 7 de Dezembro de 2005 que lhe aplicou uma coima de € 89 449,08, no âmbito do processo de contra-ordenação nº 02/05 pela prática da contra-ordenação prevista e punida pelo art. 43º, nº3, al. b) da Lei nº 18/03 de 11/06, em síntese por, não ter prestado à Autoridade a informação e os elementos por esta solicitados, por meio dos ofícios de 5 e 19 de Julho de 2005, o qual, distribuído neste tribunal, tomou o nº 207/06.7TYLSB.

*

Inconformada com a decisão, a arguida interpôs o presente recurso pedindo:

- a) a suspensão do presente processo até à prolação de decisão na acção administrativa especial de impugnação dos dois pedidos de informação da AdC de 5 e 19 de Julho de 2005 que corre os seus termos no 3º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa;
- b) a desaplicação das normas cuja constitucionalidade invoca;
- c) a revogação integral da decisão por se não encontrarem preenchidos os pressupostos de facto ou de direito de que depende a existência da contra-ordenação imputada à arguida;



Tribunal de Comércio de Lisboa

Subsidiariamente:

d) o reconhecimento da falta de consciência da ilicitude não censurável por parte da arguida; e

ainda subsidiariamente:

e) a reforma da coima aplicada por redução da mesma para valor não superior a mil euros.

*

Apresentou para tanto alegações formulando conclusões, similares às formuladas pelas arguidas Germen – Moagem de Cereais, SA no âmbito do processo nº 03/05 e Granel – Moagem de Cereais, SA no âmbito do processo nº 4/05.

*

A AdC apresentou alegações, ao abrigo do disposto no art. 51º nº1 da Lei nº 18/03, pugnando pela manutenção da decisão, e apresentando conclusões similares às formuladas nos processos nº 03/05 e 4/05.

*

**

*

Por despacho judicial de fls. 588 e 589 dos autos foi decidida a existência de conexão processual entre os presentes autos e os processos nº 206/06.9TYLSB, a correr termos no 2º Juízo deste tribunal e nº 207/06.7TYLSB, a correr termos no 1º Juízo deste tribunal, tendo, em consequência, sido ordenada a sua apensaçāo a estes autos, constituindo respectivamente, os apensos A e B.

*

Por despacho judicial de fls. 676 a 679 dos autos foi conhecida e indeferida a questão prévia de suspensão destes três processos contra-ordenacionais até à prolação de decisão na acção administrativa especial nº 1477/05.3TYLSB, também pendente neste juízo e tribunal.

*

O tribunal é competente.

*

Ambas as questões prévias suscitadas por todas as arguidas (conexão processual e suspensão da instância dos autos de contra-ordenação até decisão da acção administrativa especial intentada também por todas) foram previamente decididas nos autos, conforme pontos anteriores do relatório.

*

Inexistem outras questões prévias ou incidentais de que cumpra conhecer e que obstem ao conhecimento do mérito da causa, atento que o demais alegado se prende com a verificação de elementos objectivos do tipo, sendo, pois, matéria a apreciar em sede de mérito.

*



Tribunal de Comércio de Lisboa

2. Fundamentação

2.1. Matéria de facto provada

Procedeu-se a julgamento com observância do legal formalismo e da discussão da causa resultaram provados os seguintes factos com interesse para a decisão da mesma:

2.1.1. Germen – Moagem de Cereais, SA, pessoa colectiva nº 502 472 120, com sede na Rua Joaquim Pinto, nº 91, Senhora da Hora, encontra-se matriculada na Conservatória do Registo Comercial do Porto sob o nº 297.

2.1.2. Tem por objecto social a indústria e comércio de moagens de farinhas espoadas, bem como outras actividades industriais e comerciais afins.

2.1.3. Granel – Moagem de Cereais, SA, pessoa colectiva nº 503 241 091, com sede na Quinta da Guedelha, Sobralinho, freguesia de Alverca do Ribatejo, em Vila Franca de Xira, encontra-se matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Vila Franca de Xira sob o nº 4405.

2.1.4. Tem por objecto social a transformação e comercialização de cereais, farinhas e produtos afins.

2.1.5. Moagem Ceres A. de Figueiredo & Irmão, SA, pessoa colectiva nº 500 194 513, com sede na Rua Pinheiro de Campanhã, nº 188, freguesia de Campanha, Porto, encontra-se matriculada na Conservatória do Registo Comercial do Porto sob o nº 500194513.

2.1.6. Tem por objecto social a exploração da indústria cerealífera, em todos os seus ramos.

2.1.7. Em Janeiro de 2004 a Autoridade da Concorrência iniciou um estudo sobre a indústria da panificação, tendo por objecto a monitorização da indústria panificadora no mercado nacional, através da análise dos preços dos cereais e das farinhas para panificação.

2.1.8. Com data de 13/01/04, foram enviados às arguidas Germen, Granel e Moagem Ceres, bem como a outras empresas de moagem como o Grupo Cerealis, Abranches & Filho, Lda e Carneiro Campos, C^a, Lda, pela Autoridade da Concorrência, os seguintes ofícios de idêntico teor:

“Assunto: Preço dos Cereais para a Indústria de Panificação”

Sobre o assunto referenciado em epígrafe, venho solicitar que V. Exa. nos envie até ao dia 5 de cada mês, informação sobre os preços diários de importação e de venda à indústria de panificação registados no mês anterior.”

2.1.9. A arguida Granel enviou em resposta, com data de 03/02/04, informação sobre o custo médio do lote do trigo e preços médios de venda de farinhas do mês de Janeiro de 2004, incluindo a mesma informação relativa a Janeiro de 2003, conforme fls. 7 do apenso A, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

2.1.10. A arguida Moagem Ceres enviou em resposta, com data de 04/02/04, informação sobre o preço médio do lote do trigo transformado e preço



J

Tribunal de Comércio de Lisboa

médio de venda de farinha tipo 65 corrigida do mês de Janeiro de 2004, conforme teor de fls. 5 do apenso B, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

2.1.11. Com data de 13/02/04, foram enviados às arguidas Germen, Granel e Moagem Ceres, pela Autoridade da Concorrência os seguintes ofícios de idêntico teor:

“Assunto: Pedido de elementos”

Na sequência do n/ ofício de 13/01/04 e da resposta de V. Exa. ao mesmo, cumpre a esta Autoridade esclarecer:

O pedido de elementos constante no citado ofício, insere-se nos poderes de supervisão conferidos a esta Autoridade pelo art. 7º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro, no âmbito dos quais compete a esta Autoridade, nomeadamente, tal como disposto na alínea a) do nº 3 do artigo supra mencionado, “proceder à realização de estudos, inquéritos, inspecções ou auditorias que, em matéria de concorrência, se revelem necessários”.

Nestes termos, os elementos solicitados destinam-se à elaboração de um estudo sobre a panificação, sendo o pedido efectuado ao abrigo do disposto no art. 18º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho.

Quanto aos elementos solicitados, acresce esclarecer que os mesmos se referem a:

- a) **Preços médios diários de compra** do lote de trigo (em euros por tonelada), discriminados por mercado de origem;
- b) **Preços médios diários de venda de todas as farinhas de trigo de tipo 65** (em euros por tonelada);

Sublinha-se que solicitamos **todos os elementos em periodicidade diária, não em médias mensais**, independentemente da amplitude da sua variação no decorrer do mês em questão. A fim de facilitar a recolha de dados, juntam-se em anexo mapas que deverão ser **mensalmente** remetidos à Autoridade, depois de devidamente preenchidos.

Solicita-se, igualmente, que toda a informação seja remetida a esta Autoridade, preferencialmente, em formato electrónico.

Tendo presente o tempo entretanto decorrido, desde a última comunicação, solicito que os elementos relativos ao mês de Janeiro p.p., elaborados conforme acima referido, sejam remetidos a esta Autoridade logo que possível, mas anteriormente ao envio dos elementos do mês de Fevereiro.

(...)

Por último, chamo a atenção de V. Exa. de que a não prestação de informações ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade, no uso dos seus poderes sancionatórios ou de supervisão, constituem contra-ordenação punível com coima, nos termos do nº3 do art. 43º da supra mencionada Lei nº 18/2003, de 11 de Junho.”

2.1.12. Os elementos solicitados foram enviados pelas três arguidas com a periodicidade requerida.

2.1.13. O acompanhamento da vertente de venda a retalho do pão foi efectuado através de informações solicitadas ao Instituto Nacional de Estatística relativa aos valores mensais, às variações mensais e às variações mensais homólogas do índice de preços de pão, desde Janeiro de 2002.



J

Tribunal de Comércio de Lisboa

2.1.14. Com data de 05/07/05, foram enviados às arguidas Germen, Granel e Moagem Ceres, Lda pela Autoridade da Concorrência os seguintes ofícios de idêntico teor:

"Assunto: Pedido de elementos – Estudo sobre a indústria de panificação"

No âmbito do assunto em epígrafe, do conhecimento de V. Ex^a, vem esta Autoridade solicitar a V. Ex^a, atenta aos seus poderes de supervisão previstos no art. 7º dos Estatutos desta Autoridade, aprovados pelo Decreto Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro e com base no previsto no art. 18º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, o envio, no prazo de **cinco (5) dias** úteis a contar da data de recepção do presente ofício, dos seguintes elementos:

1. **Médias mensais dos preços CIF de aquisição do lote trigo** em euros por tonelada discriminados por mercado de origem, em periodicidade mensal de Janeiro de 2000 a Maio p.p.;
2. **Total anuais de quantidades adquiridas de trigo** (em toneladas) a cada um dos mercados referenciados no ponto 1 anterior relativas aos anos de 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 e cinco primeiros meses do corrente ano;
3. **Médias mensais dos preços médios de venda por grosso de farinha de trigo tipo 65**, discriminando entre todas as farinhas deste tipo, em euros por tonelada e em periodicidade mensal de Janeiro de 2000 a Maio p.p.;
4. **Total anuais das quantidades vendidas de farinha de trigo tipo 65** (em toneladas) discriminado entre todas as farinhas deste tipo, em euros por tonelada e em periodicidade mensal de Janeiro de 2000 a Maio p.p.;

Solicita-se, em acréscimo, que estes elementos sejam enviados em formato electrónico, preferencialmente em formato Excel, para o seguinte endereço:

(...)

O prazo concedido para resposta é inferior ao estabelecido no número 2 do citado artigo 18º, por se tratar de informação cujo tratamento não é objecto de grande complexidade.

Nos termos da alínea d) do nº1 do referido art. 18º, deverá V. Ex^a identificar, de forma fundamentada, as informações que considera confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações.

Chamo a atenção de V. Exa. de que a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido desta Autoridade, constitui contra-ordenação punível com coima, nos termos do disposto no artigo 43º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho."

2.1.15. Tal ofício foi recebido pela arguida Germen em 08/07/05.

2.1.16. Tal ofício foi recebido pela arguida Granel em 07/07/05.

2.1.17. Tal ofício foi recebido pela arguida Ceres em 08/07/05.

2.1.18. Os elementos solicitados por este ofício destinavam-se a obter uma melhor caracterização da sua estrutura e dinâmica para permitir uma análise econométrica relativa à repercussão das variações do preço de venda da farinha de trigo tipo 65 sobre o preço de venda a retalho do pão.

2.1.19. O pedido de elementos reproduzido em 2.1.14. com o mesmo teor e concedendo o mesmo prazo de cinco dias úteis, foi enviado a todas as empresas



8

Tribunal de Comércio de Lisboa

que vinham a enviar elementos desde Janeiro de 2004, ou seja, as arguidas, o Grupo Cerealis, Abranches & Filho, Lda e Carneiro Campos, C^a, Lda.

2.1.20. A Abranches & Filho, Lda respondeu em 15/07/05 e a Carneiro Campos, C^a, Lda em 14/07/05.

2.1.21. A Cerealis dirigiu à AdC, que o recebeu em 15/07/05, o seguinte requerimento, com o teor de fls. 211 a 213 do apenso C (Documentos por linha versão não confidencial), que aqui se dá por integralmente reproduzido e do qual consta, nomeadamente:

“1. Da relação entre o pedido de elementos da Autoridade da Concorrência datado de 05 de Julho de 2005 e o processo PRC 06/04

A Autoridade da Concorrência, no âmbito dos seus poderes de investigação e sanção decidiu proceder à abertura de um inquérito por alegada violação do art. 4º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho (“Lei da Concorrência”), tendo para o efeito formulado diversos pedidos de informação, a que as empresas responderam conforme solicitado.

Na sequência desse inquérito, a Autoridade da Concorrência notificou as empresas de uma nota de ilicitude (através da qual constituiu formalmente como Arguidas, entre outras, as empresas Cerealis, Moagens, SA e Cerealis – Produtos Alimentares, SA) e posteriormente de uma nota de ilicitude complementar. As Arguidas apresentaram entretanto as respectivas respostas, tendo a Autoridade procedido à abertura da instrução, na acepção da Lei da Concorrência (nos termos do artigo 26º e seguintes), no processo identificado com a referência PRC 06/04.

Nos termos das referidas notas de ilicitude, as empresas Arguidas no mencionado processo foram formalmente acusadas de terem, de forma concertada, fixado o preço da farinha, através de uma prática continuada desde Dezembro de 2000 até 2004. O referido processo de contra-ordenação corre ainda os seus termos junto da Autoridade da Concorrência.

Acontece, porém, que o objecto do pedido agora formulado, datado de 05 de Julho de 2005, no âmbito de um estudo sobre a indústria de panificação – no qual se pedem elementos relativos à evolução dos preços referentes à aquisição de trigo e à venda da farinha de trigo de tipo 65 desde 2000 até Maio de 2005 – coincide parcialmente com o objecto da acusação formulada contra as Arguidas no âmbito do processo PRC 06/04.

Nestas circunstâncias, atendendo à posição jurídico-processual que as empresas Cerealis Moagens, S.A. e Cerealis – Produtos Alimentares, S.A. têm no processo PRC 06/04, torna-se indispensável – para que as empresas possam ponderar de forma adequada a posição que devem tomar face ao novo pedido de elementos que lhes foi notificado – que a Autoridade esclareça as relações que existem entre o processo de contra-ordenação em curso e o estudo que está a ser realizado.

2. Do prazo concedido

Sem prejuízo do que fica dito – e da necessidade de ponderar cuidadosamente o enquadramento processual do pedido de elementos formulado pela Autoridade da Concorrência - o conjunto de elementos ora solicitados reveste-se de uma complexidade técnica significativa, exigindo das empresas a utilização de recursos e de meios humanos que não se encontram, habitualmente, disponíveis e afectos à elaboração deste tipo de informação.



J

Tribunal de Comércio de Lisboa

A isto acresce que os sistemas informáticos das empresas em causa sofreram alterações com a recente reestruturação do grupo a que as empresas pertencem, pelo que, a obtenção dos elementos pedidos exige a reposição no sistema actual de ficheiros antigos e arquivados nos termos de um outro programa e a posterior compilação dos dados nos termos solicitados pela Autoridade.

Com efeito, os actuais sistemas informáticos das empresas são recentes e, uma vez que a informação mais antiga foi armazenada ao abrigo de uma programação informática que já não é utilizada actualmente pelas empresas, o acesso à referida informação não é imediato tornando mais difícil a sua compilação.

Acresce ainda que no período do ano em que nos encontramos, as empresas sentem já os efeitos das marcações prévias de férias dos seus quadros, os quais, de um modo geral escolhem os meses de Verão para gozar férias, sobretudo os meses de Julho e Agosto, o que torna impossível responder à Autoridade da Concorrência no prazo de 5 dias úteis.

Resulta, por outro lado, da própria Lei da Concorrência (nos termos do nº2 do artigo 18º da referida Lei que "as informações e documentos solicitados pela Autoridade (...) devem ser fornecidos no prazo de 30 dias, (...)" não se compreendendo , atendendo às circunstâncias processuais acima descritas que são do conhecimento da Autoridade, a concessão, no caso concreto, de um prazo 6 vezes inferior à regra geral fixada na Lei.

Dada a sua condição de Arguidas no processo PRC 06/04, as empresas entendem que devem analisar e ponderar cuidadosamente as consequências de uma eventual resposta ao pedido de elementos agora formulado pela Autoridade da Concorrência, não sendo razoável que o façam no prazo de apenas 5 dias úteis.

Assim as empresas entendem que não se encontram reunidas todas as condições necessárias para avaliar as consequências da sua resposta ao pedido de informações da Autoridade da Concorrência e muito menos para compilar os elementos solicitados.

Assim, resulta necessário, por um lado, que se esclareça a relação entre o processo PRC 06/04 e o estudo sobre a indústria da panificação conduzidos em simultâneo pela Autoridade da Concorrência e por outro lado, que seja aplicada a norma estipulada no nº2 do artigo 18º da Lei da Concorrência, que concede, como regra, o prazo de 30 dias para apresentação das informações e documentos solicitados pela Autoridade da Concorrência.

Aguardando que a Autoridade da Concorrência transmita os esclarecimentos solicitados, ficamos à disposição de V. Exa. e transmítimos os nossos melhores cumprimentos."

2.1.22. A Autoridade da Concorrência respondeu à Cerealis com o ofício constante de fls. 216 a 217 do anexo C (Documentos por linha versão não confidencial), datado de 18/07/05, com o teor que aqui se dá por integralmente reproduzido e do qual consta, nomeadamente:

"Primeiro, conforme esclarecido no n/ ofício S-AdC/2005/28S, de 5 de Julho p.p., o pedido de elementos insere-se nos poderes de supervisão conferidos a esta Autoridade pelo artigo 7º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, no âmbito dos quais, compete a esta Autoridade, nomeadamente, assim como disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo referido, "proceder à realização de estudos, inquéritos, inspecções ou auditorias que, em matéria de concorrência, se revelem necessários"; assim, os elementos solicitados destinam-se à elaboração de RContr. 205/06.0TYLSB (206/069TYLSB – anexo A e 207/06.7TYLSB – anexo B)



8

Tribunal de Comércio de Lisboa

um estudo sobre a indústria da panificação, o qual é já do conhecimento de V.Ex.^a dado o envio periódico de informação nesse âmbito, mas cuja conclusão necessita agora de informação anterior a 2004 conforme a solicitada no n/ último ofício supra referido.

Segundo, quanto ao prazo concedido para resposta ao pedido de elementos, convém esclarecer que o nº2 do artigo 18º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, refere: "As informações e documentos solicitados pela Autoridade ao abrigo da presente lei devem ser fornecidos no prazo de 30 dias, salvo se, por decisão fundamentada, for por esta fixado um prazo diferente.", assim, o prazo de cinco (5) dias úteis justifica-se pelo facto da informação solicitada ser não só semelhante à enviada periodicamente para esta Autoridade como, igual e nomeadamente, não revelar de uma grande complexidade, devendo ser por tal motivo facilmente coligida.

Neste sentido, considerando o facto da resposta de V. Ex^a ter exaurido o prazo anteriormente fixado de (5) dias úteis e face ao solicitado pelas v/ empresas Cerealis, Moagens, SA e Cerealis – Produtos Alimentares, SA, entende esta Autoridade acordar a essas empresas uma prorrogação do prazo de resposta aos elementos solicitados no n/ofício acima referenciado de sete (7) dias úteis a contar da data de recepção do presente ofício."

2.1.23. A Cerealis respondeu por escrito datado de 01/08/05, recebido pela Autoridade da Concorrência na mesma data com o teor de fls. 218 e 219 do apenso C (Documentos por linha versão não confidencial), com o teor que aqui se dá por integralmente reproduzido.

2.1.24. As arguidas, o Grupo Cerealis, Abranches & Filho, Lda e Carneiro Campos, C^a, Lda são empresas de moagem e representam no seu conjunto cerca de 80% da capacidade nacional de produção de farinha de trigo.

2.1.25. Na sequência do ofício reproduzido em 2.1.14. as arguidas Germen e Moagem Ceres responderam à Autoridade por escritos datados de 15/07/05 e a arguida Granel por escrito não datado, com o seguinte teor (similar):

"A Germen, Moagem de Cereais, SA (doravante apenas Germen) – Granel Moagem de Cereais, SA (doravante apenas Granel)/Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA (doravante apenas Ceres) – tendo sido notificada, no passado dia 8 (13) de Julho, de um pedido de elementos efectuado pela Autoridade da Concorrência, vem responder o seguinte:

O presente pedido é efectuado no âmbito de um estudo sobre a indústria de panificação.

Desde Janeiro de 2004 que a Autoridade da Concorrência monitoriza, com periodicidade mensal, a evolução dos preços de compra diários de trigo e dos preços de venda diários das farinhas para panificação.

Para o efeito a Autoridade da Concorrência solicitou à Germen, em Fevereiro de 2004 (à Ceres em 13.02.2004/ à Granel em 13.02.2004), que procedesse ao envio mensal dos preços médios diários de compra do lote de trigo discriminadas por mercado de origem, bem como os preços médios diários de venda de todas as farinhas de tipo 65.

Os elementos pedidos destinam-se "...à elaboração de um estudo sobre a evolução dos preços dos cereais e das farinhas para panificação...", conforme explicitado pela Autoridade da Concorrência na sua comunicação de 13.02.2004.

A Germen (Granel/Ceres) tem vindo, desde Janeiro de 2004 até hoje, a cumprir escrupulosamente com a obrigação de envio mensal da informação requerida.



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

Em 31.08.2004 a Germen (Granel/Ceres) foi notificada que tinha sido iniciada a instrução do processo de contra-ordenação PRC-6/04 em que era considerada arguida.

Na mesma data recebeu a Nota de Ilicitude do aludido processo, na qual é acusada (juntamente com as demais co-arguidas no mesmo processo) de uma prática ilícita relacionada com uma comunicação de aumento de preços ocorrida em Novembro de 2003.

A Germen (Granel/Ceres) exerceu, nos termos do art. 26º nº1 da Lei nº 18/2003 e artigo 50º do Decreto Lei nº 433/82, o direito de audição por escrito.

Em 31/12/2004 a Germen (Granel/Ceres) foi notificada de uma "Nota de Ilicitude Complementar" que visava "...complementar a "Nota de Ilicitude" anteriormente emitida (...) através da invocação de factos diferentes e da reformulação de toda a apreciação jurídica à luz dos mesmos" conforme explicava a Autoridade da Concorrência na própria peça.

Nomeadamente a Autoridade da Concorrência veio acusar a Germen (Granel/Ceres) (e demais co-arguidas no processo), de um conjunto de infracções ocorridas ao longo dos anos de 2000, 2001, 2003 e 2004 e relacionadas com variações (quer no sentido da subida, quer da descida) dos preços de venda das farinhas.

A Germen (Granel/Ceres) exerceu, uma vez mais, o direito de audição por escrito nos termos do art. 26º nº1 da Lei nº 18/2003 e do artigo 50º do Decreto Lei nº 433/82.

Com o envio da presente comunicação a Autoridade da Concorrência vem, pela primeira vez desde que iniciou a monitorização dos preços dos cereais e das farinhas para panificação, solicitar à Germen (Granel/Ceres) o envio de elementos que versam, pelo seu teor material e alcance temporal, sobre a matéria em discussão no processo de contra-ordenação supra referido.

Tendo em conta o exposto a Germen (Granel/Ceres) encontra-se neste momento a ponderar a obrigatoriedade legal de disponibilizar ou não a informação requerida, atenta a sua posição processual de arguido, os direitos e garantias que daí lhe advêm e a coincidência do âmbito dos elementos solicitados com os factos constitutivos do ilícito de que é acusada.

Por outro lado, ainda que essa questão não se colocasse, a informação solicitada, que se reporta a transacções com mais de cinco anos e a um período de tempo muito mais vasto, não se encontra imediatamente disponível na empresa, necessitando de ser recolhida, tratada e verificada, implicando operações complexas, demoradas e consumidoras de importantes recursos humanos.

Sucede pois que a justificação apresentada pela Autoridade da Concorrência para derrogação do prazo legal de 30 dias para resposta a pedidos de informação, constante do art. 18º nº2 da Lei da Concorrência, i.e., a alegada simplicidade de tratamento da informação em causa, repousa num erro manifesto: o de que é razoável, no prazo em questão, a empresa proceder, não só à resposta ao pedido mas, sobretudo, obter aconselhamento adequado para que possa decidir, com rigor, seriedade e ponderação, sobre a obrigatoriedade de dar cumprimento ao pedido efectuado ou sobre a eventual legitimidade de uma recusa do mesmo.

Nestes termos, a Germen (Granel/Ceres) não está ainda em condições de responder ao pedido de que foi notificada."



3

Tribunal de Comércio de Lisboa

2.1.26. A Autoridade da Concorrência dirigiu às arguidas Germen, Granel e Ceres, respectivamente por ofícios datados de 19/07/05, 20/07/05 e 19/07/05, resposta com o seguinte teor:

"Assunto: Pedido de elementos – Estudo sobre a indústria de panificação

Relativamente à resposta de V. Ex^a, datada de 15 de Julho (20 de Julho) p.p. ao n/ ofício S-AdC/2005/291 (n/ ofício S-AdC/2005/288// n/ ofício S-AdC/2005/292), reitera-se o pedido de elementos constante do mesmo, sendo um novo prazo de resposta fixado a cinco (5) dias úteis a contar da data de recepção do presente ofício.

Reitera-se, igualmente, a atenção de V. Ex^a de que a *não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a um pedido desta Autoridade, constitui contra-ordenação punível com coima* nos termos do disposto no art. 43º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho."

2.1.27. Tal ofício foi recebido pela arguida Germen em 21/07/05.

2.1.28. Tal ofício foi recebido pela arguida Granel em 22/07/05.

2.1.29. Tal ofício foi recebido pela arguida Ceres em 21/07/05.

2.1.30. As arguidas Germen e Moagem Ceres responderam à Autoridade por escritos recebidos em 01/08/05, com o seguinte teor (similar):

"A Germen, Moagem de Cereais, SA (doravante apenas Germen) – Granel Moagem de Cereais, SA (doravante apenas Granel)/Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA (doravante apenas Ceres) – tendo sido notificada, no passado dia 21 de Julho, da comunicação da Autoridade da Concorrência em que esta reitera o pedido formulado em 8 de Julho passado, vem responder o seguinte:

1. A presente comunicação surge na sequência da carta de 15 de Julho (20 de Julho) enviada pela Germen (Granel/Ceres), na qual esta vem responder ao pedido de informações efectuado pela Autoridade da Concorrência ("pedido de informações inicial" no passado dia 8 de Julho (13 de Julho).

2. Na sua resposta de 15 de Julho (20 de Julho) a Germen (Granel/Ceres) veio manifestar dúvidas quanto à obrigatoriedade legal de responder ao pedido de informações inicial, dado que este, pelo teor material e alcance temporal, que revestia era coincidente com a matéria em discussão no processo de contra-ordenação em que a Germen (Granel/Ceres) é arguida- o PRC-06/04.

3. A Germen (Granel/Ceres) alegou ainda, na referida resposta, a manifesta insuficiência do prazo de 5 dias úteis fixado pela Autoridade da Concorrência bem como a improcedência da justificação fornecida por aquela entidade para a fixação de um prazo excepcional de 5 dias úteis, em derrogação do prazo legal de 30 dias:

Por um lado, porque os elementos solicitados não se encontravam imediatamente disponíveis na empresa, necessitando de ser recolhidos, tratados e verificados, o que implicava a realização de operações complexas, demoradas e consumidoras de importantes recursos humanos;

Por outro lado, porque o prazo de 5 dias úteis não era suficiente para a empresa obter aconselhamento adequado para que pudesse decidir, com rigor, seriedade e ponderação, sobre a obrigatoriedade de dar cumprimento ao pedido efectuado ou sobre a eventual legitimidade de uma recusa ao mesmo.

4. Face às preocupações expressadas pela Germen (Granel/Ceres) na sua resposta de 15 de Julho (20 de Julho), a Autoridade da Concorrência veio responder nos brevíssimos termos que aqui se reproduzem:



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

"Relativamente à resposta de V. Ex^a, datada de 15 de Julho (20 de Julho) p.p. ao n/ ofício S-AdC/2005/291 (n/ ofício S-AdC/2005/288// n/ ofício S-AdC/2005/292), reitera-se o pedido de elementos constante do mesmo, sendo um novo prazo de resposta fixado a cinco (5) dias úteis a contar da data de recepção do presente ofício."

Ao texto supra transcrito seguia-se a cominação constante do art. 43º da Lei nº 18/2003, quanto à não prestação pela Germen (Granel/Ceres), das informações requeridas, ou prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas.

5. Face ao teor da resposta dada pela Autoridade da Concorrência cujo teor simplista e ausência de fundamentação se lamentam e impedem qualquer consideração adicional da legalidade, ou justificação substancial da solicitação, resta à Germen (Granel/Ceres) concluir que (i) esta entidade se mantém irredutível quanto à exigência de uma resposta num prazo excepcional de curtíssima duração, o qual não é suficiente para permitir à Germen (Granel/Ceres) ponderar de forma séria da necessidade/obrigatoriedade de fornecer os elementos requeridos, ou – mesmo que dúvidas não houvesse quanto a isso – para reunir os mesmos e (ii) a Autoridade da Concorrência não pretende considerar e muito menos acautelar, por qualquer forma, as preocupações manifestadas pela Germen (Granel/Ceres) quanto ao envio de elementos que versam sobre a matéria em discussão no processo de contra-ordenação PRC-06/04 e nomeadamente quanto à utilização ou aproveitamento que destes será feito.

6. Tendo em conta o exposto no ponto 7. e o aconselhamento jurídico que foi possível à Germen (Granel/Ceres) obter no curto espaço de que dispôs para elaborar a presente resposta, a Germen (Granel/Ceres) considera que não está obrigada a fornecer à Autoridade da Concorrência os elementos pedidos uma vez que tais elementos versam, quer sobre os factos constitutivos do ilícito de que é acusada (o preço de venda da farinha) quer sobre uma das principais linhas de defesa da arguida, já avançada nas suas respostas à nota de ilicitude e à nota de ilicitude complementar (o custo de aquisição do cereal).

7. Assim, a recusa em fornecer tais elementos constitui o exercício, pela Germen (Granel/Ceres), dos direitos que lhe advêm do seu estatuto processual de arguido.

8. Em especial o art. 61º nº1, al. c) do Código de processo Penal, confere ao arguido o direito de "não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados".

9. Este artigo é aplicável por força das remissões do art. 22º nº1, da Lei da Concorrência e do art. 41º do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.

10. De acordo com a informação recebida dos advogados consultados "já na vigência da anterior legislação nacional sobre concorrência (quer no Decreto Lei nº 433/82, quer no Decreto Lei nº 371/93, que a este respeito já tinham a solução consagrada na Lei da Concorrência) se afigura incontestável a aplicação deste preceito do CPP, aos processos contra-ordenacionais em matéria de práticas proibidas: L.M. Pais Antunes afirma que "o artigo 61º do CPP será aqui aplicável e que, por conseguinte, o direito de não testemunhar contra si próprio poderá ser invocado por uma empresa objecto de um pedido de informações."

11. Segundo os juristas ouvidos, "o direito do arguido num processo contra-ordenacional de se pronunciar e defender quanto aos factos imputados (deveres, aliás constitucionalmente reconhecidos – CRP, art. 32º nº 10) pressupõe o direito, livre e esclarecido de carrear para o processo todos os contributos que entenda



8

Tribunal de Comércio de Lisboa

relevantes para a decisão, dispondo, para tal efeito, de um verdadeiro poder de auto-determinação processual."

12. "O arguido tem o direito de responder ou não responder, de apresentar provas ou de as não apresentar, sempre da forma que repute mais adequado à organização da sua defesa, consubstanciando-se, no limite, na velha máxima de *nemo tenetur se ipsum accusare*."

13. "A este direito inalienável do arguido em qualquer processo de cariz sancionatório corresponde um verdadeiro dever da autoridade de não coagir aquele a colaborar com a administração da justiça (ou com qualquer outro propósito das entidades públicas, por louvável e imperioso que seja) em seu próprio desfavor num processo que o vise pessoalmente."

14. Atento o acima exposto, a não prestação, pela Germen (Granel/Ceres), da informação objecto do pedido da Autoridade da Concorrência apresentado por carta de 8 de Julho (13 de Julho) e reiterado pela comunicação de 21 de Julho (22 de Julho) configura o exercício legítimo de um direito que lhe é reconhecido por lei e, em consequência, a Germen (Granel/Ceres) contesta, com base na argumentação expendida, que a sua conduta se possa reputar de ilícita ou seja susceptível de constituir qualquer contra-ordenação."

2.1.31. Corre termos contra as arguidas e outras, o processo nº 1648/05.2TYLSB, no 1º Juízo deste tribunal, no qual as ali arguidas interpuseram recurso de impugnação judicial da decisão proferida pela Autoridade da Concorrência no âmbito do processo de contra-ordenação PRC 06/2004.

2.1.32. No âmbito daqueles autos foi deduzida, em 26/08/04, nota de ilicitude imputando a Abranches & Filhos, Lda, Carneiro, Campos e Companhia, Lda, Catelas & Teorgas, Lda, Companhia de Moagens Harmonia, SA, Deolinda Gonçalves da Silva & Filhos, Lda, Eduardo e Artur Grilo Pereira, Lda, Farlis – Fábrica de Farinhas do Lis, Lda, Germen – Moagem de Cereais, SA, Granel – Moagem de Cereais, SA, Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA, Nacional – Companhia Industrial de Transformação de Cereais, SA e Pitorro – Moagem de Cereais, SA factos considerados como integrando a prática da contra-ordenação prevista e punida pelos arts. 4º, nº1, al. a) e 43º nº1, al. a) da Lei nº 18/2003 de 11/06, em síntese por, cada uma das ali arguidas, ter enviado aos respectivos clientes uma circular comunicando um aumento extraordinário do preço das diversas farinhas por elas comercializadas (milho trigo e centeio) de € 20 por tonelada com efeitos a partir de 1 ou 2 de Dezembro de 2003, respectivamente a Ceres em 18/11/03, a Harmonia em 19/11/03, a Granel em 20/11/03, a Pitorro em 20/11/03, a Moagem de Gondar (Deolinda Gonçalves da Silva & Filhos) em 21/11/03, a Farlis em 21/11/03, a Germen em 21/11/03, a Carneiro, Campos & Companhia em 24/11/03, a Eduardo e Artur Grilo Pereira em 24/11/03, a Abranches & Filhos em 25/11/03, a Nacional em Novembro de 2003, a Catelas & Teorgas em 25/11/03, todas indicando o aumento do custo da matéria prima, demonstrando a existência de uma concertação prévia entre as ali arguidas tendo por objecto a restrição da concorrência através da fixação de preços, conforme teor de fls. 729 a 754 dos autos, que aqui se dá por integralmente reproduzido.



3

Tribunal de Comércio de Lisboa

2.1.33. No âmbito dos mesmos autos foi deduzida, em 18/12/04, nota de ilicitude complementar, invocando diligências complementares realizadas pela Autoridade da Concorrência nomeadamente a solicitação de informações às arguidas daqueles autos sobre as alterações introduzidas nos últimos cinco anos nas respectivas tabelas de preços de farinha e a constatação, das respectivas respostas de novos factos, integradores da infracção, imputando a Abranches & Filhos, Lda, Carneiro, Campos e Companhia, Lda, Catelas & Teorgas, Lda, Companhia de Moagens Harmonia, SA, Deolinda Gonçalves da Silva & Filhos, Lda, Eduardo e Artur Grilo Pereira, Lda, Farlis – Fábrica de Farinhas do Lis, Lda, Germen – Moagem de Cereais, SA, Granel – Moagem de Cereais, SA, Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA, Nacional – Companhia Industrial de Transformação de Cereais, SA e Pitorro – Moagem de Cereais, SA factos considerados como integrando a prática da contra-ordenação prevista e punida pelos arts. 4º, nº1, al. a) e 43º nº1, al. a) da Lei nº 18/2003 de 11/06, sob a forma continuada, em síntese por:

- as arguidas Nacional, Harmonia, Ceres, Germen, Farlis, Eduardo e Artur Grilo Pereira e Pitorro terem aumentado o preço da farinha uniformemente, em Esc: 1\$00 por Kg, entre Dezembro de 2000 e Janeiro de 2001;
- Nacional, Harmonia, Ceres, Granel, Pitorro, Abranches & Filho, Catela & Teorgas e Eduardo e Artur Grilo Pereira, terem aumentado o preço da farinha uniformemente em Esc: 2\$00 por Kg, em Agosto de 2001;
- Nacional, Harmonia, Germen, Farlis, Abranches & Filhos, Carneiro, Campos & Companhia, Eduardo e Artur Grilo Pereira em de Esc: 1\$00 a Esc: 1\$50, entre Janeiro de 2001 e Dezembro de 2002;
- Nacional, Harmonia, Ceres, Granel, Germen, Farlis, Pitorro, Abranches & Filho, Carneiro, Campos e Companhia, Catelas & Teorgas e Eduardo e Artur Grilo Pereira, terem aumentado o preço da farinha uniformemente em € 8,00 por tonelada, entre Dezembro de 2002 e Janeiro de 2003, havendo indícios de terem ocorrido havido vários encontros prévios entre administradores das arguidas;
- todas as arguidas terem procedido ao aumento do preço da farinha uniformemente em € 20,00 por tonelada, em Dezembro de 2003;
- as arguidas Harmonia, Nacional, Farlis, Granel, Germen, Moagem de Gondar, Pitorro e Eduardo e Artur Grilo Pereira terem diminuído o preço da farinha uniformemente de € 9,00 a € 10,00 por tonelada, entre Julho e Agosto de 2004;

indiciando que algumas das arguidas levaram a cabo um acordo ou pelo menos uma prática concertada desde Dezembro de 2000 e que outras o fizeram a partir de data posterior, sendo os aumentos de Agosto de 2001 antecedidos da celebração de um acordo visando o aumento do preço da farinha, delineado pelas empresas Harmonia e Nacional para vigorar com terceiros, concertação que continuou com os aumentos de preços de Dezembro de 2001, Janeiro de 2003,



3

Tribunal de Comércio de Lisboa

Novembro de Dezembro de 2003 e descida de preços de Julho e Setembro de 2004, não sendo os aumentos homogéneos compagináveis com as diferenças de dimensão, estrutura de custos e de produção, possibilidades de acesso ao mercado de cereais e capacidade de armazenamento de cada uma das arguidas e com o facto de o aumento ser comum a todos os tipos de farinha (milho, trigo e centeio), consubstanciando um acordo ou prática concertada de fixação de preços , que tem por objecto a restrição da concorrência, conforme teor de fls. 755 a 788 dos autos, que aqui se dá por integralmente reproduzido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

nos termos e com os fundamentos constantes de fls. 789 a 1030 dos autos, que aqui se dão por integralmente reproduzido.

2.1.35. Os elementos solicitados pela AdC constantes de 2.1.14. nunca foram enviados por qualquer das arguidas àquela.

2.1.36. As arguidas, Germen – Moagem de Cereais, SA, Granel – Moagem de Cereais, SA e Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA sabiam que lhes estavam a ser solicitados elementos pela Autoridade da Concorrência no âmbito dos seus poderes de supervisão e que estavam obrigadas, nos termos da lei, a satisfazer os mesmos, não obstante o que não o fizeram.

2.1.37. Quiseram agir da forma por que o fizeram.

2.1.38. As arguidas Germen – Moagem de Cereais, SA, Granel – Moagem de Cereais, SA e Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA sabiam que a



J

Tribunal de Comércio de Lisboa

recusa de prestação de informações solicitadas pela Autoridade da Concorrência no âmbito dos seus poderes de supervisão é punida por lei.

2.1.39. Da demonstração de resultados da Germen – Moagem de Cereais, SA reportada a 31/12/04 consta um total de vendas e prestações de serviços de € 27 100 031,95.

2.1.40. Da demonstração de resultados da Granel – Moagem de Cereais, SA reportada a 31/12/04 consta um total de vendas e prestações de serviços de € 22 839 824,89.

2.1.41. Da demonstração de resultados da Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA reportada a 31/12/04 consta um total de vendas e prestações de serviços de € 25 556 880,07.

2.1.42. Do balanço da Germen – Moagem de Cereais, SA reportado a 31/12/04 consta o total de activo líquido de € 18 176 646,19, o passivo de € 10 880 608,10 e o capital próprio de € 7 296 038,09.

2.1.43. Da demonstração de resultados da Germen – Moagem de Cereais, SA reportada à mesma data consta um total de custos e perdas de € 27 436 734,27, um total de proveitos e ganhos de € 28 153 532,48, o resultado operacional de € 815 302,11 e o resultado líquido do exercício de € 491 191,86.

2.1.44. Do balanço da Germen – Moagem de Cereais, SA reportado a 31/12/05 consta o total de activo líquido de € 16 723 417,37, o passivo de € 9 195 400,57 e o capital próprio de € 7 521 016,80.

2.1.45. Da demonstração de resultados da Germen – Moagem de Cereais, SA reportada à mesma data consta um total de custos e perdas de € 27 185 729,19, um total de proveitos e ganhos de € 27 962 714,94, o resultado operacional de € 1 173 521,50 e o resultado líquido do exercício de € 392 478,71.

2.1.46. Do balanço da Granel – Moagem de Cereais, SA reportado a 31/12/04 consta o total de activo líquido de € 14 139 859,27, o passivo de € 9 835 973,41 e o capital próprio de € 4 303 885,86.

2.1.47. Da demonstração de resultados da Granel – Moagem de Cereais, SA reportada à mesma data consta um total de custos e perdas de € 22 467 185,30, um total de proveitos e ganhos de € 22 929 929,89, o resultado operacional de € 647 944,81 e o resultado líquido do exercício de € 320 002,55.

2.1.48. Do balanço da Granel – Moagem de Cereais, SA reportado a 31/12/05 consta o total de activo líquido de € 15 331 914,99, o passivo de € 10 826 338,32 e o capital próprio de € 4 505 576,67.

2.1.49. Da demonstração de resultados da Granel – Moagem de Cereais, SA reportada à mesma data consta um total de custos e perdas de € 22 529 985,91 um total de proveitos e ganhos de € 22 912 025,23, o resultado operacional de € 655 930,02 e o resultado líquido do exercício de € 201 690,81.



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

2.1.50. Do balanço da Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA reportado a 31/12/04 consta o total de activo líquido de € 11 903 142,02, o passivo de € 2 897 108,64 e o capital próprio de € 9 006 033,38.

2.1.51. Da demonstração de resultados da Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA reportada à mesma data consta um total de custos e perdas de € 24 328 934,56, um total de proveitos e ganhos de € 25 992 031,81, o resultado operacional de € 1 430 104,35 e o resultado líquido do exercício de € 1 294 161,59.

2.1.52. Do balanço da Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA reportado a 31/12/05 consta o total de activo líquido de € 112 919 450,99, o passivo de € 2 610 545,76 e o capital próprio de € 10 308 905,23.

2.1.53. Da demonstração de resultados da Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA reportada à mesma data consta um total de custos e perdas de € 24 062 989,31, um total de proveitos e ganhos de € 25 920 527,71, o resultado operacional de € 1 818 821,60 e o resultado líquido do exercício de € 1 315 558,93.

2.1.54. Não são conhecidos antecedentes contra-ordenacionais a qualquer das arguidas.

2.1.55. A Autoridade da Concorrência divulgou, com data de 20/10/05 o seu Comunicado nº 11/2005 com o teor de fls. 288 a 292 dos autos, que aqui se dá por integralmente reproduzido e do qual consta, nomeadamente:

- “Subida acentuada do preço do pão leva à detecção de cartel em mercado a montante (moagens)
- Empresas concertaram preços desde 2000 e até 2004
- Aplicada coima de 9 milhões de euros a 10 empresas

1. Antecedentes

A 3 de Janeiro de 2004, e na sequência de notícias publicadas pela Comunicação Social, o Ministério da Economia solicitou à Autoridade da Concorrência que investigasse as razões da subida do preço do pão, então anunciada, e que se situava na ordem dos 30%.

Segundo as notícias então publicadas, o aumento do preço do pão era justificado com a “subida do preço do trigo” e / ou com o “aumento das margens de lucro da indústria transformadora”.

2. Acompanhamento de Mercado

Em 5 de Janeiro de 2004, a Autoridade iniciou o acompanhamento permanente de mercado, nas duas vertentes a montante (sector das moagens) e a jusante (indústria de panificação), de acordo com as suas competências de supervisão, visando, nomeadamente, a monitorização dos preços de venda da farinha de trigo, praticados pelas empresas de moagem (moageiras).

3. Abertura do processo e investigação

Ao abrigo dos poderes de investigação, que lhe são cometidos pelo n.º 1 do artigo 24.º da Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), a Autoridade deliberou iniciar um processo, com a abertura de um inquérito, a 15 de Janeiro de 2004.



Tribunal de Comércio de Lisboa

A Autoridade realizou variadas diligências com vista a recolha de prova dos indícios detectados, incluindo buscas a empresas. Em Julho de 2004, foram realizadas 9 buscas a empresas, envolvendo 17 técnicos e um coordenador de equipa.

Relativamente a este caso concreto, foi possível apurar que o aumento de preços que esteve na origem da investigação (preço da venda ao público, praticado pelas empresas de panificação) reflectia directamente o preço de venda da farinha de trigo (praticado no mercado a montante, pelas empresas moageiras), pelo que foi a este último mercado que se dirigiu a investigação.

Em 26 de Agosto de 2004, a Autoridade deu início à instrução do processo. Todas as empresas arguidas neste processo têm como actividade, quase exclusiva, a moagem de cereais.

A Autoridade concluiu o processo com a condenação das empresas envolvidas, por prática de concertação de preços, proibida e punida por lei (vide n.º 1 do artigo 4.º da Lei da Concorrência). Os termos e os fundamentos da condenação são sintetizados no ponto seguinte."

2.1.56. A nota de ilicitude proferida no PRC 06/04 referida em 2.1.32. foi notificada às arguidas em Agosto de 2004.

2.1.57. A nota de ilicitude complementar proferida no PRC 06/04 referida em 2.1.33. foi notificada às arguidas por ofícios da Autoridade da Concorrência datados de 31/12/04.

2.1.58. Encontra-se pendente neste juízo e tribunal a acção administrativa especial nº 1477/05.3TYLSB, em que são AA. as aqui três arguidas (abreviadamente Moagem Ceres, Gérmen e Granel) e em que é peticionada a declaração de nulidade, ou, subsidiariamente a anulação dos actos administrativos vertidos nos ofícios de 5 e 19 de Julho de 2005, sendo alegados, em síntese, a nulidade dos actos administrativos entendidos como praticados por alegada violação do conteúdo essencial de um direito fundamental que na economia do alegado se traduz no direito à não auto incriminação devido à coincidência material e temporal entre os elementos pedidos e os factos constitutivos de ilícito imputado em processo de contra-ordenação e anulabilidade dos mesmos por violação do art. 18º da L 18/03 por falta de indicação da finalidade dos pedidos, falta de fundamentação do prazo irrazoavelmente curto fixado e violação do princípio da igualdade, por a outras destinatárias de idêntico pedido de informação ter sido fixado prazo diverso.

2.1.59. A farinha de trigo de tipo 65 é a farinha mais utilizada para panificação.

2.1.60. A farinha de trigo de tipo 65 representou, em 2004, cerca de 60% das vendas da Germen – Moagem de Cereais, SA.

2.1.61. A farinha de trigo de tipo 65 representou, em 2004, cerca de 75% das vendas da Granel – Moagem de Cereais, SA.

2.1.62. A farinha de trigo de tipo 65 representou, em 2004, cerca de 80% das vendas da Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA.

2.1.63. O estudo referido em 2.1.7. não se encontra concluído.



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

2.1.64. O cálculo das médias mensais dos preços CIF de aquisição do lote de trigo teria que ser feito, pela Germen, a partir dos registo das facturas originais.

2.1.65. O processamento da informação solicitada pela AdC exigiria a afectação, pela Germen, de recursos humanos.

2.1.66. Os documentos de suporte originais da Germen anteriores a 2004 não se encontram arquivados nas instalações da mesma.

2.1.67. Em Julho de 2005 alguns funcionários da Germen, nomeadamente da parte do escritório, encontravam-se de férias.

2.1.68. A Granel adquire trigo a preços CIF, FOB e à saída do silo.

2.1.69. A Granel, para isolar as vendas por grosso das vendas a retalho, teria que consultar os registo de todos os clientes e individualmente identificar se os fornecimentos consistiriam em vendas a grosso ou a retalho.

2.1.70. O processamento da informação solicitada pela AdC exigiria a afectação, pela Granel, de recursos humanos.

2.1.71. Em Julho de 2005 alguns funcionários da Granel, nomeadamente da parte do escritório, encontravam-se de férias.

2.1.72. A Ceres adquire trigo a preços CIF, FOB e à saída do silo.

2.1.73. A conversão dos valores do ano de 2000 de escudos para euros, no caso da Ceres, envolveria complexidade e demora devido à alteração do seu sistema informático nesse período.

2.1.74. A Ceres, para isolar as vendas por grosso das vendas por retalho, teria que consultar os registo de todos os clientes e individualmente identificar se os fornecimentos consistiriam em vendas a grosso ou a retalho.

2.1.75. Em Julho de 2005 alguns funcionários da Ceres, nomeadamente da parte do escritório, encontravam-se de férias.

*

2.2. Matéria de facto não provada

Com relevância para a decisão da causa não se provaram os seguintes factos:

2.2.1. Que o ofício referido em 2.1.14. tenha sido recebido pela Granel – Moagem de Cereais, SA em 08/07/05.

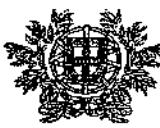
2.2.2. Que não foi realizado pela AdC qualquer estudo sobre o sector da panificação.

2.2.3. Que a conversão dos valores do ano de 2000 de escudos para euros, no caso da Granel, envolvesse complexidade e demora por força da alteração do seu sistema informático nesse período.

*

2.3. Motivação da decisão de facto

A convicção do tribunal relativamente à matéria de facto dada como provada, fundou-se na análise crítica do teor dos documentos juntos aos autos e



J

Tribunal de Comércio de Lisboa

nas declarações prestadas em audiência de julgamento pelos legais representantes das arguidas e pelas testemunhas ouvidas os quais prestaram, no geral, declarações credíveis e, quanto aos factos objectivos sobre que incidiram os depoimentos, esclarecedoras.

Concretamente:

- 2.1.1. a 2.1.2. – documento de fls. 528 a 539;
- 2.1.3. a 2.1.4. – documento de fls. 691 a 699;
- 2.1.5. a 2.1.6. – documento de fls. 688 a 690;

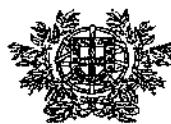
2.1.7. – Foram valorados os depoimentos das testemunhas Mariana Tavares, Jorge Rodrigues e Celeste Fonseca, todos funcionários da AdC, tendo todos confirmado a existência e objecto do estudo, tendo sido dado especial relevo aos depoimentos das duas últimas, uma vez que Jorge Rodrigues está encarregue do estudo desde o início e Celeste Fonseca interveio no seu início.

Nomeadamente esta última testemunha esclareceu as razões próximas do lançamento do estudo: na sequência de um anúncio de aumento de preços do pão na comunicação social houve uma comunicação informal por parte do Ministro da Economia para que fosse averiguada a situação. A testemunha, aliás, na sequência deste contacto foi encarregada de elaborar um *memorandum*, o que fez, tendo em conta a sua anterior experiência (foi sub-directora e directora da DGCC) por terem corrido termos na DGCC processos relativos ao mercado do pão.

O facto de não ter sido efectuado o relatório previsto no art. 6º nº3 dos Estatutos da Autoridade (facto confirmado pelas duas primeiras testemunhas referidas, o segundo dos quais com conhecimento directo, já que a sua feitura sempre teria que passar por si), não foi considerado negativamente relevante pelo tribunal, já que resulta da conjugação dos nºs 2 e 3 do art. 6º dos Estatutos da AdC que tal relatório só é elaborado se for directamente solicitada a realização de um estudo. Ora, do depoimento da testemunha Celeste Fonseca resulta que terá sido pedida uma averiguação, de forma informal e não com o carácter exigido pela lei, o que de resto surge confirmado pelo teor do comunicado 11/2005 da AdC constante de fls. 288 e ss. dos autos.

A isto não se considerou obstar a circunstância referida pela AdC, pela primeira vez na sua resposta às alegações de recurso das arguidas de que o Estudo se justificou no nº2 do art. 6º dos Estatutos da Autoridade, a pedido do Ministro da Economia, por várias ordens de razões:

- 1º - a prova produzida em audiência de julgamento não o confirma;
- 2º - tal pedido não consta do procedimento administrativo e a abertura deste (com o pedido de informações de Janeiro), não o refere;
- 3º - o relatório previsto no art. 6º nº3 não foi feito – tal foi confirmado pelas testemunhas e o mesmo não consta do procedimento administrativo;



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

4º - e mais importante – a peça processual de resposta às alegações das arguidas, que o art. 51º nº1 da LdC permite à AdC apresentar quando envia os autos a juízo não pode ser usada para alegar factos novos, mesmo sendo só instrumentais, como no caso. Este facto foi referido pela 1ª vez na referida resposta da AdC e, como tal, não pôde ser valorado pelo tribunal.

O tribunal também não valorizou o facto de este estudo não ter sido publicitado, no sentido de divulgado ao público em geral – não há qualquer referência ao mesmo no Relatório de Actividades de 2004 apenso a estes autos por linha e as testemunhas Mariana Tavares e Jorge Rodrigues também o confirmaram – dado que do depoimento das mesmas testemunhas resultou não ser prática da AdC divulgar todos os estudos que estão a decorrer.

Valorou-se finalmente, o processo administrativo junto aos autos por linha (versão não confidencial), o qual, complementado com os elementos fornecidos pelas arguidas, constantes respectivamente destes autos, do apenso A e do apenso B (reproduzidos nos pontos 2.1.8. a 2.1.12. da matéria de facto provada) demonstra a existência do estudo destinado a monitorizar o mercado. A escolha das empresas objecto do estudo foi justificada pelas testemunhas Jorge Rodrigues e Celeste Fonseca e referida por Mariana Tavares, com o facto de serem todas associadas da APIM (Associação Portuguesa da Indústria da Moagem e Massas), representando no seu todo cerca de 80% do mercado das moagens (depoimento de Jorge Rodrigues e documento de fls. 172 a 174 destes autos, 158 a 160 do apenso A e 163 a 165 do apenso B), sendo assim suficientemente representativo.

Também o facto de o estudo não conter comentário, análise, observação, hipótese ou conclusão não invalida, quanto ao tribunal, a sua existência. Os elementos foram pedidos desde Janeiro de 2004 e, claramente, o estudo não está terminado.

Aliás, no tocante à questão de o estudo não estar terminado, resultou claro do depoimento da testemunha Jorge Rodrigues que, o mesmo de alguma forma pensava (a testemunha não é jurista, tem formação económica, e não está integrado em qualquer das direcções da AdC, sendo assessor do Conselho da AdC) que dos presentes autos resultaria a prestação das informações por parte das arguidas, até agora não prestadas, elementos esses que considera em falta para poder concluir o estudo.

Também foi abordada com esta testemunha a questão de não terem sido pedidos os elementos em falta ao INE, tendo resultado do seu depoimento que nunca havia sequer ponderado. Foi referido pela testemunha Celeste Fonseca, genericamente, que se recorria sempre ao mercado para obter este tipo de informações, já que, por exemplo as informações do INE não permitiam saber as empresas, apenas os dados, não possibilitando uma completa percepção do mercado. No entanto, do depoimento da testemunha Nuno Pereira, director administrativo e financeiro da Germen, que tal como todas as demais prestou um



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

depoimento sereno, isento e credível, resultou que o que as arguidas enviam mensalmente ao Instrastat, via INE é um mapa mensal relativo a preços de compra e venda de trigo e farinha tipo 65, identificado por origem da factura do fornecedor (não por mercado de origem) e só para fornecedores intra-comunitários, com soma das quantidades facturadas e soma dos valores facturados, ou seja, não correspondendo às informações de que a AdC necessitava e solicitou nos ofícios de Julho de 2005.

Assim desconsiderou também o tribunal o argumento de que o estudo, se existisse poderia estar terminado com recurso a elementos a solicitar ao INE.

Igualmente se valorou o depoimento de Jorge Rodrigues para afastar a ideia de que o estudo poderia estar terminado apenas com os elementos fornecidos pelas demais empresas abrangidas, uma vez que este explicou que os elementos fornecidos se referem a uma grande empresa e a duas outras muito pequenas, pelo que os resultados seriam distorcidos, necessitando de toda a base do estudo para fazer uma extração.

O facto de o processo físico enviado ao tribunal não se encontrar ordenado ou numerado (consignando-se expressamente que versão não confidencial foi numerada e rubricada pela signatária no apenso respectivo, para facilidade de manuseamento e indicação) igualmente não invalida a sua existência física, sendo as demais questões, nomeadamente a regularidade dos pedidos feitos, objecto da presente causa e a analisar no mérito do pleito.

2.1.8. – O facto constante de 2.1.8. resulta, quanto às arguidas dos documentos de fls. 4 dos autos principais, fls. 6 do apenso A e fls. 4 do apenso B; quanto às demais empresas objecto do pedido, não só foram confirmadas por Mariana Tavares (que consultou o estudo), como por Jorge Rodrigues (encarregado do estudo), como a sua identidade resulta confirmada do procedimento apenso aos autos (versão não confidencial), onde se encontram identificadas todas as empresas que foram objecto deste pedido – cfr. fls. 163 a 165 (178 e 179 explicitando a cisão-fusão da Nacional e Harmonia), e 181 a 183 quanto à Cerealis, 227, 228 e 229 quanto à Abranches e 257 quanto à Carneiro Campos.

2.1.9. – documento de fls. 7 do apenso A;

2.1.10. – documento de fls. 5 do apenso B;

2.1.11. – documentos de fls. 5 a 7 dos autos principais, fls. 8 e 9 do apenso A e fls. 6 e 7 do apenso B;

2.1.12. – docs. de fls. 8 a 74 dos autos principais, fls. 10 a 61 do apenso A e fls. 8 a 64 do apenso B;

Além dos documentos (temporalmente limitados) todas as testemunhas ouvidas, quer funcionários da AdC, quer os funcionários das três arguidas ouvidos, bem como os legais representantes das arguidas confirmaram que o



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

envio desses elementos (pedidos em Janeiro de 2004) continuam até hoje a ser satisfeitos pelas três arguidas.

2.1.13. – O facto constante de 2.1.13. foi confirmado por Jorge Rodrigues e Celeste Fonseca (intervenientes no início do estudo, a segunda apenas no início) e resulta também do procedimento administrativo junto aos autos por linha (versão não confidencial), no início do qual se encontra o pedido de elementos ao INE e seguindo-se as informações prestadas por este organismo.

2.1.14. - docs. de fls. 75 e 76 dos autos principais, 62 e 63 do apenso A e 65 a 67 do apenso B;

2.1.15. - verso de fls. 76 (cópia de AR assinado em 08/07/05);

2.1.16. – verso de fls. 63 do apenso A (AR assinado em 07/07/05);

2.1.17. – verso de 66 do apenso B (AR assinado e cujo carimbo de devolução é de 08/07/05);

2.1.18. O tribunal baseou a sua convicção no depoimento da testemunha Jorge Rodrigues que referiu que, em Julho de 2005, lhe foi pedido pelo Conselho da AdC que fizesse uma análise econométrica. Até aí, explicou, havia sido feita apenas uma monitorização, ou seja, um acompanhamento. Para o que lhe era pedido, que extrapolasse como é que o preço do trigo se repercutia no preço da farinha e este no preço do pão, precisava de maior base temporal (só tinha 18 meses de informação) e de estabelecer uma relação entre preços e quantidades (a informação que vinha a ser prestada referia-se apenas a preços). Para alargar a base temporal pediu informações até Janeiro de 2005 e pediu também informações sobre quantidades, acrescentando que pediu preços CIF por serem os únicos directamente comparáveis entre si entre empresas diferentes, já que o preço à saída do silo depende do silo e o preço FOB depende do mercado de origem.

2.1.19., 2.1.20., 2.1.21., 2.1.22. e 2.1.23. - Os factos foram confirmados por Mariana Tavares (que consultou o estudo), por Jorge Rodrigues (encarregado do estudo) e identificou todas as empresas a quem dirigiu idêntico pedido de elementos, e resultam confirmados do procedimento apenso aos autos (versão não confidencial), onde se encontram identificadas todas as empresas que foram objecto também deste pedido – cfr. fls. 208 e 209 dirigido à Cerealis, resposta a fls. 221 a 222; fls. 248 e 249 quanto à Abranches e resposta a fls. 251; e 275 e 276 quanto à Carneiro Campos e resposta a fls. 278. No tocante aos prazos de resposta das demais empresas valoraram-se apenas as declarações das testemunhas (visto que prazo era de cinco dias úteis após a recepção) e ainda o teor de fls. 211 a 217 do processo administrativo apenso (versão não confidencial).

2.1.24. Sexto parágrafo da fundamentação de 2.1.7. que se dá por reproduzido.



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

2.1.25. – docs. de fls. 77 e 78 dos autos principais, 64 e 65 do apenso A e 67 e 68 do apenso B;

2.1.26. - docs. de fls. 79 dos autos principais, 67 do apenso A e 69 do apenso B;

2.1.27. - verso de fls. 79 (cópia de AR assinado em 21/07/05);

2.1.28. - verso de fls. 67 do apenso A (cópia de AR assinado em 22/07/05);

2.1.29. - verso de fls. 69 do apenso B (cópia de AR assinado em 21/07/05);

2.1.30. – docs. de fls. 80 a 82 dos autos principais, 68 a 70 do apenso A e 70 a 72 do apenso B;

2.1.31. a 2.1.34. – certidão de fls. 728 a 1030 dos autos;

2.1.35. Resultou do depoimento da testemunha Jorge Rodrigues, já referido na fundamentação de 2.1.7. (8º parágrafo), e foi confirmado quer pelos legais representantes das arguidas ouvidos em audiência, quer pelas testemunhas Nuno Pereira (director administrativo e financeiro da Germen), Maria Frazão (directora administrativa e financeira da Granel) e Luzia Pinto (técnica de contas da Ceres), que teriam a incumbência, nas respectivas orgânicas, de coligir os elementos em causa e declararam não o ter feito.

2.1.36. a 2.1.38. A convicção do tribunal quanto a estes factos resulta da análise crítica do globo da prova produzida, resultando, nomeadamente do teor da correspondência trocada entre a AdC e as arguidas, que aquela indicou os preceitos legais nos termos dos quais solicitava a informação e advertiu as arguidas que a recusa de satisfação dos pedidos constituía uma contra-ordenação (facto 2.1.14.) e que as arguidas entenderam devidamente quer uma quer outra informações, tendo de modo livre optado pela não resposta (factos 2.1.25. e 2.1.30.) invocando os argumentos pelos quais entendiam não estar obrigadas a responder e que essa sua conduta não se enquadraria na contra-ordenação prevista no art. 43º da LDC – argumentos esses cuja pertinência será apreciada pelo tribunal na discussão do fundo da causa e que não prejudicam o juízo de que as arguidas conheciam as normas e a possível consequência das suas condutas e agiram de forma livre e esclarecida;

2.1.39., 2.1.42. e 2.1.43. – elementos de prestação de contas da Germen relativos ao ano de 2004 constantes de fls. 540 a 562 dos autos, nomeadamente, demonstração de resultados a fls. 545 e balanço a fls. 546;

2.1.40., 2.1.46. e 2.1.47 - elementos de prestação de contas da Granel relativos ao ano de 2004 constantes de fls. 503 a 528 do apenso A, nomeadamente, demonstração de resultados a fls. 514 e balanço a fls. 513;

2.1.41., 2.1.50. e 2.1.51. elementos de prestação de contas da Ceres relativos ao ano de 2004 constantes de fls. 511 a 535 do apenso B, nomeadamente, demonstração de resultados a fls. 520 e balanço a fls. 539 e 540 (comparada a versão provisória e definitiva da demonstração de resultados de que resulta não ter havido alterações);



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

2.1.44., 2.1.45., 2.1.48., 2.1.49., 2.1.52. e 2.1.53. - elementos de prestação de contas da Germen, Granel e Ceres relativos ao ano de 2005 constantes, respectivamente, de fls. 652 a 675, 626 a 651 e 600 a 625 dos autos;

2.1.54. Nada resulta dos autos em contrário;

2.1.55. Comunicado de fls. 288 a 292 dos autos;

2.1.56. Fls. 293 destes autos, 281 do apenso A e 285 do apenso B;

2.1.57. Fls. 320 destes autos, 308 do apenso A e 312 do apenso B;

2.1.58. Conhecimento do tribunal, por se tratar de acção que corre termos neste juízo, como resulta do despacho de fls. 676 a 679 dos autos;

2.1.59. Foi confirmado pelas declarações dos legais representantes das arguidas, Egas Salgueiro (Germen), José Figueiredo (Granel) e João Monteiro (Ceres), os quais, não obstante a qualidade em que prestaram declarações, o fizeram de forma credível e demonstrando conhecimento do mercado das moagens, cereais e farinhas, nenhum elemento em contrário tendo sido produzido;

2.1.60. Foi confirmado pelas declarações do legal representante da Germen, especificando que, relativamente às demais arguidas, a Germen é a que tem maior sortido de farinhas (também centeio e arroz), para além do trigo;

2.1.61. Foi confirmado pelas declarações do legal representante da Granel e pelo depoimento da testemunha Maria Frazão, funcionária da mesma;

2.1.62. Foi confirmado pelas declarações do legal representante da Ceres e pelo depoimento da testemunha Luzia Pinto, funcionária da mesma;

2.1.63. Depoimento de Jorge Figueiredo, encarregado do estudo que o confirmou;

2.1.64. e 2.1.65. Quanto a este facto valorou-se o depoimento da testemunha Nuno Pereira o qual esclareceu que as compras de cereais da Germen são feitas - e no período em causa foram feitas - em várias modalidades: CIF (sigla de *cost insurance and freight* – custo, seguro e frete e compreendendo todas as despesas referentes a custos seguros e fretes respeitantes à remessa de mercadorias do porto de embarque até ao seu destino), FOB (sigla de *free-on-board* que significa que o vendedor deverá colocar a mercadoria, livre de quaisquer encargos a bordo, de um navio no porto de embarque, incluindo os custos de transporte em terra referentes à expedição de mercadorias a um porto no país exportador e o custo de carregamento da mercadoria no navio) e ex-silo (ou seja à saída do silo, incluindo todos os demais custos acrescendo a taxa portuária, os custos de desembarque e de armazenamento em silo).

Embora, explicou a testemunha, seja possível converter preços FOB em CIF (somando os demais custos) tal implicaria sempre a consulta dos documentos originais para saber se determinada compra foi feita em CIF ou FOB, factos não levados ao registo contabilístico (só se registando custos).



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

O pedido da AdC constante do ponto 1 do ofício de 05/07/05 (**Médias mensais dos preços CIF de aquisição do lote trigo** em euros por tonelada discriminados por mercado de origem, em periodicidade mensal de Janeiro de 2000 a Maio p.p) era passível de ser interpretado de duas formas:

- como um pedido de conversão de todos os preços de compra (incluindo FOB e ex-silo) praticados pela arguida em preços CIF (somando os demais custos no caso do FOB e diminuindo os demais custos no caso do ex-silo - o que aliás foi referido ser muito difícil de fazer, senão impossível, devido aos custos de armazenagem que podem incluir custos financeiros) para depois calcular as médias mensais e transmitir as mesmas;
- como um pedido de informação da média mensal apenas dos preços CIF efectivamente praticados.

Interpretado, quer de uma, quer de outra forma, sempre a consulta dos documentos originais seria necessária para a elaboração da resposta, em ordem à necessária determinação de quais os lotes de trigo adquiridos a preços CIF.

Aqui refira-se que as duas interpretações são possíveis, face ao texto e à circunstância relatada de todas as arguidas (declarações dos legais representantes da Granel e da Ceres e das testemunhas Nuno Ribeiro quanto à Germen, Maria Frazão quanto à Granel e Luzia Pinto quanto à Ceres) adquirirem trigo nas diferentes modalidades (embora com maior percentagem de FOB e ex-silo).

Aliás, bem sintomático desse facto foi a disparidade de interpretações surpreendida nos vários intervenientes em audiência de julgamento:

- Jorge Rodrigues (o autor do pedido de informações) referiu que apenas pediu os preços CIF e que tal era claro.

Perguntado porque pediu preços CIF explicou que esse é o único preço directamente comparável entre empresas.

Perguntado, porém, sobre a utilidade de tais elementos para o que se pretendia e após ter confirmado que havia preços CIF, FOB e ex-silo nos elementos que estavam a ser mensalmente enviados desde o início de 2004 (também pelas arguidas) e que não sabia qual o peso das compras CIF nas compras totais, não soube explicar, tendo referido por várias vezes que não estava sequer a entender a pergunta que lhe estava a ser feita. Fosse por dificuldade de comunicação ou por falta de conhecimentos do tribunal, este ponto ficou por esclarecer, deixando no tribunal dúvidas sobre a “clareza” do pedido de informações;

- os legais representantes das arguidas disseram unanimemente terem entendido estar-lhes a ser solicitada a conversão de todos os preços em CIF;
- as testemunhas Nuno Pereira (Germen) e Maria Frazão (Granel) declararam ter entendido estar a ser pedida a conversão em preços CIF;
- a testemunha Luzia Pinto (Ceres) declarou ter entendido estar a ser pedida apenas a média dos preços CIF.



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

A única conclusão possível que o tribunal pode extrair foi a de que as duas interpretações são possíveis.

A diferença, e voltando aos pontos concretos de facto que estamos a fundamentar é bastante grande. Embora, como se referiu, quer numa, quer noutra interpretação fosse necessária a consulta dos documentos originais – o que o tribunal considerou determinante para prova de 2.1.65., a conversão exigiria muito mais trabalho posterior.

Também se considerou o depoimento da testemunha Nuno Pereira quanto à dificuldade – e consequente necessidade de afectação de recursos humanos – de resposta ao 3º ponto do pedido de informações (**Médias mensais dos preços médios de venda por grosso de farinha de trigo tipo 65**, discriminando entre todas as farinhas deste tipo, em euros por tonelada e em periodicidade mensal de Janeiro de 2000 a Maio p.p). A testemunha declarou que o sistema informático não permitia a resposta automática a este ponto, por não conter diferenciação entre clientes grossistas e retalhistas. Assim teriam que ser listados todos os clientes e consultado o departamento comercial para identificação dos grossistas.

Todas estas operações implicam a afectação de recursos humanos – e desvio das tarefas normais – agravado pelo período de férias de Verão, que implicava menos pessoal e menos recursos.

Também se considerou a quantidade de documentos que seria necessário processar – referida pela mesma testemunha (calculados por esta, para o período de Janeiro de 2000 a Maio de 2005 em 150 000 registos).

2.1.66. Depoimento de Nuno Pereira que referiu que tais documentos se encontram em Vilar do Pinheiro, em local fisicamente diverso dos escritórios da Germen, em contentores, havendo primeiro que identificar os documentos, localizá-los (com recurso a meios informáticos) nos respectivos contentores e depois que os ir buscar.

2.1.67. Depoimento de Nuno Pereira que identificou as pessoas que na altura se encontravam em férias – de 10 pessoas do escritório havia três pessoas em férias e uma em licença de maternidade.

2.1.68., 2.1.69., 2.1.70. e 2.1.71. Declarações do legal representante da Granel e depoimento de Maria Frazão, ambos tendo confirmado que as compras de trigo da Granel são feitas - e foram feitas, no período a que se reportava o pedido de informações - maioritariamente a preços FOB e ex-silo e, ambos tendo entendido o pedido de informações, quanto ao 1º ponto, como implicando a necessidade de conversão de todos os preços em CIF para depois extraír a média, com as dificuldades inerentes, nomeadamente quanto aos preços ex-silo (tarefa classificada pela testemunha como “impossível”). Maria Frazão explicou as dificuldades relativas à distinção entre clientes grossistas e retalhistas (resposta ao 3º ponto) uma vez que o seu sistema igualmente não os identifica à semelhança do sistema da Granel.



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

A testemunha aliás, declarou, pormenorizando todos os pontos do pedido de informação de Julho de 2005, que os 1º e 3º pontos seriam de resposta muito difícil (ou impossível), em 5 dias ou em qualquer outro prazo, que talvez conseguisse responder ao 2º ponto em 5 dias e que conseguiria responder ao 4º ponto em 5 dias.

Da forma já supra explicitada face a factos similares apurados quanto à Germem, a convicção do tribunal quanto ao dispêndio de recursos humanos para esta tarefa foi fundada nestas declarações, valorando-se também o facto se tratar do período de férias de Verão, tendo a testemunha Maria Frazão referido expressamente a dimensão dos recursos humanos dos escritórios da Granel e identificado as pessoas que se encontravam de férias.

2.1.72. a 2.1.75. Declarações do legal representante da Ceres e da testemunha Luzia Pinto, concordantes quanto ao facto de as compras serem FOB, ex-silo e CIF.

Valoraram-se o mesmo tipo de razões alinhadas supra na fundamentação quanto às dificuldades da Germen e da Granel, com a diferença de que a testemunha Luzia Pinto entendeu que o que lhe estava a ser pedido no primeiro ponto não exigia qualquer conversão em CIF de preços FOB ou ex-silo, pelo que a sua dificuldade (estimou ao tribunal que conseguiria responder em 50 dias) seria a adveniente de ter pessoal em férias.

Esta testemunha referiu que conseguiria responder aos pontos 2 e 4 em 5 dias e que, quanto ao 3º ponto, seria o mais complicado por não ter diferenciação dos clientes grossistas e não grossistas – ou seja mesma dificuldade já supra enunciada.

Esta testemunha referiu ainda as dificuldades havidas subsequentemente à alteração informática de 2001 (escudos para euros) e referiu que em 2001 e 2002 “andaram às escuras”, para usar as suas próprias palavras, tendo tido muitas dificuldades e explicando que, dada a actividade da Ceres têm muitos custos de contabilidade analítica e custos fabris, de difícil tratamento.

*

Quanto à matéria de facto dada como não provada, a convicção do tribunal fundou-se:

2.2.1. Na prova (em contrário) de que o ofício em causa foi recebido pela Granel em 07/07/05 – cfr. verso de fls. 63 do apenso A (AR assinado em 07/07/05);

2.2.2. Na prova em contrário e sua valoração constante da fundamentação de 2.1.7. que aqui se dá por reproduzida.

2.2.3. Não foi produzido qualquer elemento de prova quanto a este facto em concreto – a única dificuldade relacionada com o sistema informático reportada pela testemunha Maria Frazão foi o facto de o sistema informático da Granel estar alojado no servidor da Germen e as dificuldades inerentes a tal,



3

Tribunal de Comércio de Lisboa

exemplificando que, para satisfazer as informações mensais que estão a ser prestadas à AdC desde Jan/Fevereiro de 2004 foi a Germen que lhes desenvolveu um programa informático. Que todos os sistemas informáticos foram alterados em 2001 devido à adesão de Portugal ao euro, é um facto notório, não tendo porém, sido relatadas quaisquer dificuldades concretas inerentes a essa transformação.

*

2.4. Enquadramento jurídico

Sendo estes os factos apurados com relevo para a decisão do presente recurso, há que proceder ao seu enquadramento jurídico.

As arguidas vem imputada a prática, de uma contra-ordenação prevista e punida pelo art. 43º, nº3, al. b) da Lei nº 18/03 de 11/06, no qual se prevê como contra-ordenação punível com coima até 1% do volume de negócios do ano anterior a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade no uso dos seus poderes sancionatórios ou de supervisão.

São elementos típicos objectivos deste tipo de ilícito contra-ordenacional:

- a existência de um pedido de informações ou de fornecimento de documentos;
- emanado da Autoridade da Concorrência no exercício dos seus poderes sancionatórios ou de supervisão e para o desempenho das suas atribuições;
- o seu não acatamento, ou desobediência, consubstanciado ou em recusa ou em prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas por parte dos destinatários;

Apenas a natureza da matéria a ser instruída e o órgão de que é emanada a ordem dão a esta infracção um cunho anti-concorrencial. De facto, esta específica contra-ordenação aproxima-se muito do tipo penal de desobediência, tendo por elemento fundamental exactamente a não obediência a uma ordem que caracterizam o crime de desobediência previsto no art. 348º do Código Penal.

No entanto, tratando-se de um tipo diverso, com os seus requisitos e contornos próprios, não há que importar os elementos típicos deste tipo de crime para este nosso domínio, ali bastante mais apertados, até porque esta infacção está completamente definida na lei da concorrência e respectivo direito subsidiário aplicável, não havendo necessidade de nos socorrermos directamente do direito penal substantivo.

Assim, no que aparentemente falta no elenco de elementos objectivos deste ilícito de mera ordenação social por contraposição ao tipo base de desobediência, a regularidade da comunicação da ordem, acabamos por verificar que resulta do disposto nos arts. 18º da LdC (Lei nº 18/03 de 11/06), 55º e 46º do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10 na sua actual redacção, aplicável *ex vi* art. 19º da LdC aos



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

procedimentos sancionatórios e, quanto aos procedimentos administrativos, art. 66º al. b) do CPA (Código de Procedimento Administrativo) aplicável *ex vi* art. 20º da LdC.

O regular conhecimento da ordem é pressuposto natural do respectivo não acatamento ou desobediência, acrescentando-se, por esta via, mais este elemento objectivo à infracção em análise.

Ou seja, é necessário que a ordem seja legal, substancial, formal e regularmente transmitida ao seu destinatário.

É neste ponto que se colocam as questões a dilucidar no âmbito do presente recurso no tocante ao preenchimento dos elementos típicos, a saber:

1. No plano da legalidade substancial, por via da ligação entre o objecto do pedido de informações e o âmbito de procedimento sancionatório, há que determinar se as arguidas estavam obrigadas à sua satisfação, dado o seu estatuto de arguidas no procedimento sancionatório, atento o disposto no art. 61º nº1, al. c) do CPP e 32º nº10 da CRP – a questão do direito ao silêncio, ou, mais propriamente, direito à não auto-incriminação;

2. No plano da legalidade formal, a conformidade do pedido à previsão do art. 18º da LDC, assim subdividido:

- fixação de prazo irrazoável;
- falta de fundamentação do prazo concretamente fixado;
- erro nos pressupostos de facto que basearam a fixação do prazo;
- desigualdade de tratamento (fixação de segundo prazo diverso a outra destinatária do pedido de informações);

- falta de indicação do objectivo dos pedidos e falta de fundamentação do acto por via dessa falta.

A AdC, nas suas respostas às alegações, antes de entrar na apreciação das violações do art. 18º da LdC alegadas pelas arguidas (arts. 120º a 130º das alegações apresentadas nestes autos, 120º a 130º do apenso B e 119º a 129º do apenso C) começa por referir que em processo contra-ordenacional não se verificam nulidades insanáveis, citando uma passagem da fundamentação do Assento 1/2003; que, no decurso dos autos, nunca as arguidas vieram arguir nulidades ou irregularidades; que mesmo se se entendesse não ter sido cumprido o disposto na al. a) do nº1 do art. 18º, tal consistiria numa mera irregularidade, por não estar como nulidade expressamente cominado na lei, tal resultando do art. 118º do CPP, aplicável *ex vi* art. 41º do RGCOC, por sua vez aplicável por força do art. 22º nº1 da Lei nº 18/03. Não tendo sido arguida no próprio acto ou nos 3 dias seguintes não determina a invalidade do acto, ou seja, do pedido de informações. Para o caso de se entender tratar-se de uma nulidade, o prazo para a sua arguição era de 5 dias, nos termos do art. 105º do CPP, independentemente do prazo para resposta à Nota de Ilicitude ou de impugnação judicial.



8

Tribunal de Comércio de Lisboa

Como resulta claramente das alegações das arguidas e da conformação jurídica da infracção imputada, estas não arguiram qualquer nulidade processual.

O que as arguidas fizeram, foi pôr em causa um dos elementos típicos objectivos da infracção, arguindo a invalidade do acto que, recorde-se, foi adoptado no âmbito de um procedimento de supervisão.

Assim sendo, as alegações da AdC neste particular são absolutamente deslocadas do caso concreto que apreciamos, por duas ordens de razões:

- as “nulidades” arguidas (adoptamos esta expressão sem rigor jurídico, por se tratarem de vários vícios) pelas aqui acoimadas não são nulidades processuais, não são dirigidas a qualquer acto cometido nestes autos de contra-ordenação;

- as “nulidades” arguidas, a terem sido cometidas, tornarão “inválida” (expressão mais uma vez utilizada sem rigor jurídico por este não ser aqui necessário) a ordem por cuja desobediência as arguidas foram aqui condenadas, colocando em crise a verificação da totalidade dos elementos típicos da infracção.

Aliás, não deixaria de ser, no mínimo curioso, que as arguidas, objecto de uma notificação no âmbito de um procedimento de supervisão, que segue os termos do CPA, impondo-lhes a prestação de determinadas informações, viessem, em 3 dias, arguir a irregularidade desse acto invocando a disciplina dos arts. 120º a 123º do CPP, *ex vi* art. 41º do RGCOC e 19º e 22º da LdC.

Os actos cuja invalidade as arguidas vieram arguir, a terem sido cometidas não o foram em processo de contra-ordenação, o qual só foi instaurado na sequência da recusa de prestação de informações.

As alegações da AdC neste particular não irão, por totalmente inaplicáveis ao caso concreto, ser sequer conhecidas ou aqui decididas, não podendo porém deixar de se referir que formular toda uma construção jurídica a partir da citação de uma passagem da fundamentação de um acórdão de fixação de jurisprudência que, a final, não fixa jurisprudência nesse sentido é, em termos de raciocínio jurídico, perigoso e frágil.

*

A Autoridade em Janeiro/Fevereiro de 2004 solicitou a todas as arguidas e outras empresas do mesmo sector o envio de informação relativa aos preços médios diários de compra do lote de trigo (em euros por tonelada), discriminados por mercado de origem; e preços médios diários de venda de todas as farinhas de trigo de tipo 65 (em euros por tonelada). Indicou (no primeiro pedido, em Janeiro de 2004) que o assunto se referia a “Preço dos Cereais para a Indústria de Panificação”. – cfr. facto 2.1.8.

Tal solicitação foi satisfeita por todas as arguidas e pelas demais empresas a quem foram solicitadas as informações e continuam a ser satisfeitas até hoje.

Em Julho de 2005 a AdC envia às mesmas empresas objecto do pedido de informações de Janeiro/Fevereiro de 2004, entre as quais as arguidas, novo pedido de informações com o teor de 2.1.14., a satisfazer no prazo de 5 dias.



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

No prazo assinalado todas as arguidas responderam à AdC não se encontrarem em condições de responder ao pedido, enumerando, como causas justificativas, a necessidade de ponderação da obrigatoriedade legal de satisfazer o pedido, face à coincidência temporal e material com a matéria em discussão no processo de contra-ordenação PRC 06/04, e a impossibilidade de compilação das informações solicitadas no prazo concedido de 5 dias.

A AdC reiterou o pedido em 19 e 20 de Julho de 2005, fixando novo prazo de 5 dias para a sua satisfação.

As arguidas, em 01/08/05, informam a AdC que não se consideravam obrigadas a satisfazer o pedido de informações e que essa não prestação era por si configurada como o exercício legítimo de um direito reconhecido por lei.

Ou seja, e em resumo, quanto aos elementos e informações solicitadas pela AdC em 05/07/05, as arguidas não os satisfizeram no prazo fixado e, tendo sido fixado novo prazo na sequência desta sua conduta, confirmaram a não prestação de informações, avançando os argumentos que entendiam aplicar-se ao caso.

Esta a conduta em causa nos autos, mostrando-se os respectivos factos integradores essenciais (pedido e recusa de satisfação do pedido) todos devidamente apurados.

A infracção, a concluir-se pela sua existência, foi no caso cometida por omissão (pura), ou seja, sanciona-se com este tipo específico a inactividade na sequência de uma ordem, independentemente das consequências ou resultado.

Corolário desta classificação é o momento da consumação da infracção: consumou-se com a omissão da prática do acto determinado no final do prazo concedido, no caso, do segundo prazo concedido para a prática do mesmo acto – cfr. a propósito e com toda a propriedade face à estrutura deste tipo contra-ordenacional Cristina Líbano Monteiro *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo III, pg. 352, em comentário ao art. 348º do CP.

A AdC classificou o ilícito como uma infracção permanente, estendendo a sua consumação desde a o momento da recusa até ao presente, o que está errado, pois como já explicámos, este é um tipo que pode e, a sé-lo, terá sido cometido por omissão pura, sendo o momento da consumação o da recusa. O que se protraí no tempo são os efeitos da omissão, que não fazem parte do tipo de ilícito.

Este erro de qualificação da infracção reflecte-se nalguns pontos da argumentação da AdC, como por exemplo quando considera (art. 125º da decisão destes autos, 126º do apenso A e 125º do apenso B), que o que está em causa nestes autos não é a recusa das arguidas em proceder ao envio dos elementos dentro do prazo atribuído pela AdC, mas sim a sua recusa absoluta em fazê-lo.

Esclarece-se, pois. O que está em causa nestes autos é o não envio dos elementos requeridos pelas arguidas no prazo para o efeito atribuído pela AdC.

*



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

A AdC, constituída como pessoa colectiva de direito público, foi criada para assegurar a aplicação das regras da concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores (art. 1º dos Estatutos da AdC aprovados pelo Decreto Lei nº 10/03 de 18/01).

As suas atribuições constam do art. 6º dos mesmos Estatutos, incumbindo à AdC:

- «a) Velar pelo cumprimento das leis, regulamentos e decisões destinados a promover a defesa da concorrência;
- b) Fomentar a adopção de práticas que promovam a concorrência e a generalização de uma cultura de concorrência junto dos agentes económicos e do público em geral
- c) Difundir, em especial junto dos agentes económicos, as orientações consideradas relevantes para a política da concorrência;
- d) Acompanhar a actividade das autoridades de defesa da concorrência em outros países e estabelecer, com elas e com os organismos comunitários e internacionais competentes relações de cooperação;
- e) Promover a investigação em matéria de defesa da concorrência, desenvolvendo as iniciativas e estabelecendo os protocolos de associação ou de cooperação com entidades públicas ou privadas que se revelarem adequados para esse efeito;
- f) Contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português em todos os domínios que possam afectar a livre concorrência, por sua iniciativa ou a pedido do Governo;
- g) Exercer todas as competências que o direito comunitário confira às autoridades administrativas nacionais no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas;
- h) Assegurar a representação técnica do Estado Português nos organismos comunitários ou internacionais em matéria de política de concorrência;
- i) Exercer as demais atribuições que lhe sejam legalmente cometidas.»

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

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

No âmbito dos poderes de supervisão compete à AdC – art. 7º, nº 3 dos Estatutos:



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

- Proceder à realização de estudos, inquéritos, inspecções ou auditorias que, em matéria de concorrência se revelem necessários;
- Instruir e decidir procedimentos administrativos relativos à compatibilidade de acordos ou categorias de acordos entre empresas com as regras da concorrência; e
- Instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas sujeitas a notificações prévias.

Para o exercício, quer dos seus poderes sancionatórios, quer dos seus poderes de supervisão, nos termos do disposto no art. 17º, nº1, als. a) e b) da Lei nº 18/03, a AdC, através dos seus órgãos e funcionários pode:

- Inquirir os representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos;
- Inquirir os representantes legais de outras empresas ou associações de empresas e quaisquer outras pessoas cujas declarações considere pertinentes, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação.

O art. 18º da Lei nº 18/03 de 11/06 (LdC) regula em particular a solicitação de informações ou outros elementos pela AdC, no exercício dos seus poderes sancionatórios e de supervisão, prevendo:

«1 – Sempre que a Autoridade, no exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão que lhe são atribuídos por lei, solicitar às empresas, associações de empresas ou a quaisquer outras pessoas ou entidades documentos e outras informações que se revelem necessários, esse pedido deve ser instruído com os seguintes elementos:

- a) A base jurídica e o objectivo do pedido;
- b) O prazo para a comunicação das informações ou o fornecimento dos documentos;
- c) As sanções a aplicar na hipótese de incumprimento do requerido;
- d) A informação de que as empresas deverão identificar, de maneira fundamentada, as informações que considerem confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não . confidencial dos documentos em que se contenham tais informações.

2 – As informações e documentos solicitados pela Autoridade ao abrigo da presente lei devem ser fornecidos no prazo de 30 dias, salvo se, por decisão fundamentada, for por esta fixado um prazo diferente.»

Nos termos do art. 8º dos Estatutos da AdC, «As empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades devem prestar à Autoridade todas as informações e fornecer todos os documentos que esta solicite em ordem ao cabal desempenho das suas funções.»

*



B

Tribunal de Comércio de Lisboa

Enunciados os elementos típicos da infracção bem como as disposições legais que os prevêem e regulam, e as questões a solucionar na subsunção dos factos ao direito para apuramento do preenchimento dos elementos objectivos da infracção porque as arguidas foram condenadas, passemos ao conhecimento dos mesmos.

*

2.4.1. O direito à não auto-incriminação:

Começaremos por enumerar os argumentos das arguidas e da AdC neste particular a fim de identificar as questões concretas que o tribunal terá que apreciar.

Na própria decisão, em apreciação dos argumentos das arguidas nas respectivas respostas à nota de ilicitude (argumentos usados aliás já na recusa de prestação das informações por todas as arguidas), a AdC pronuncia-se sobre a questão da seguinte forma:

- inexiste coincidência material e temporal entre o pedido de elementos e o objecto do PRC 06/04;

- o pedido de elementos é relativo a um tipo específico de moagem de farinha, a farinha de trigo tipo 65, e no PRC 06/04 está em causa o mercado de farinha de trigo na sua abrangência;
- o pedido de elementos requeria médias mensais e totais anuais, nada tendo sido pedido que obrigasse qualquer das arguidas a fornecer uma resposta da qual pudessem ser deduzidas conclusões quanto a comportamentos seus em dias específicos de determinado mês, em causa no PRC 06/04 e não foi perguntado se, relativamente a um determinado mercado e num determinado dia, as arguidas haviam acordado com outras empresas os preços relativos a determinado produto;
- os elementos do estudo reportam-se a todo o ano de 2000 e no PRC 06/04 os factos apenas respeitam a Dezembro do mesmo ano;
- o universo de empresas em causa no PRC 06/04 é mais vasto que o universo de empresas abrangidas pelo Estudo sobre a Panificação;

- o pedido de elementos foi formulado pela AdC ao abrigo dos seus poderes de supervisão, num procedimento administrativo, no qual as empresas não gozam do estatuto de arguidas;

- o direito ao silêncio não se encontra consagrado no âmbito do direito da concorrência:



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

- está consagrado no art. 61º nº1, alínea c) do Código de Processo Penal, diploma que apenas subsidiariamente e como direito subsidiário do regime das contra-ordenações é aplicável, não havendo no caso qualquer lacuna, e não havendo qualquer necessidade de recurso ao direito subsidiário face à conjugação dos arts. 43º 17º nº1 e 18º da LDC, citando a este propósito uma decisão deste tribunal;
- a opção do legislador pelo afastamento do direito ao silêncio nas contra-ordenações da concorrência relaciona-se com as diferentes estruturas e escopos do direito processual penal e do direito contra-ordenacional, o que tem reflexos nas garantias consagradas aos arguidos, citando em abono jurisprudência do Tribunal Constitucional;
- a opção do legislador pelo afastamento do direito ao silêncio nas contra-ordenações da concorrência relaciona-se também com o facto de o processo em causa ser levado a cabo por entidades com poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação e, no caso concreto, por autoridades administrativas que têm a seu cargo bens públicos fundamentais como a defesa da concorrência, sendo a obrigação de resposta por parte das entidades a quem são dirigidos pedidos de informação essenciais à prossecução da actividade de supervisão;

- no caso em concreto está em causa um pedido de elementos que constam de suporte documental e o direito ao silêncio refere-se ao direito de o arguido não responder a questões no decurso de um processo penal durante os interrogatórios de arguido e audiência de discussão e julgamento, não entendendo como pode ser tal direito invocado para o alargar a elementos de natureza documental;

- o direito ao silêncio refere-se especificamente à protecção da dignidade do indivíduo, derivada do princípio do direito à não auto-incriminação e restrito a afirmações verbais de pessoas singulares, sendo as arguidas pessoas colectivas;

- mesmo a assim não se entender, a violação do direito ao silêncio, no caso, não resultaria do pedido em si mas da sua utilização das informações obtidas no PRC 06/04, devendo tal violação, a existir, ser invocada naquele processo e não no âmbito do procedimento administrativo.

As arguidas, de forma similar entre si, nas respectivas alegações de recurso expuseram:

- até 31/12/04, data em que tomaram conhecimento da nota de ilicitude complementar deduzida no PRC 06/04, os alegados ilícitos anti-concorrenciais porque eram ali acusadas abarcavam apenas os meses de Novembro e Dezembro de 2003, enquanto os pedidos de informação a que vinham respondendo



J

Tribunal de Comércio de Lisboa

mensalmente desde Fevereiro de 2004 se reportavam apenas a factos posteriores a essa data. Com o pedido de informação da AdC de Julho de 2005 os elementos pedidos passaram a coincidir, pela primeira vez desde que a AdC iniciara a alegada “monitorização” dos preços dos cereais e das farinhas para panificação, – em termos materiais e temporais com os factos constantes da Nota de Ilícitude e da Nota de Ilícitude Complementar do PRC 06/04;

- em face desta sobreposição, invocaram o seu estatuto de arguidas em processo de contra-ordenação, que lhes confere o direito a não responderem a pedidos de informação sobre matéria coincidente com quaisquer factos de que estejam acusadas em processo de contra-ordenação, estatuto que a AdC não desconhecia, até porque foi invocado pelas arguidas na resposta ao pedido de informações de 15/07/05, que a AdC laconicamente ignorou;

- existe coincidência material e temporal entre o pedido de elementos e o processo PRC 06/04:

- a farinha de trigo tipo 65 é a farinha mais utilizada na panificação e representou, respectivamente cerca de 65% (Germen), 75% (Granel) e 80% (Ceres) das vendas das arguidas em 2004;
- no processo PRC 06/04 está em apreciação a alegada prática de uma infracção permanente que durou entre Dezembro de 2000 e Agosto de 2004 e os preços médios de venda no final de cada mês são pelo menos um elemento potencialmente relevante para a demonstração de uma prática concertada que se prolongue no tempo;
- o mês de Dezembro de 2000 está incluído no ano de 2000;
- as empresas a quem foram dirigidos pedidos de informação, não sendo todas as constantes do PRC 06/04, foram consideradas pela AdC suficientemente representativas, representando no seu conjunto cerca de 80% da capacidade nacional de produção de trigo;

- o facto de as informações terem sido solicitadas ao abrigo do poder de supervisão não obsta a que, como arguidas, gozem de todas as garantias constitucionais, pois, a assim não se entender, esta garantia seria totalmente subvertida se fosse permitido à AdC, em paralelo a um processo de contra-ordenação por práticas restritivas, “fazer umas perguntas” às arguidas naqueles processos sobre matéria coincidente;

- entendem as arguidas que a correcta interpretação dos poderes de supervisão determina que a obrigatoriedade de resposta por parte das empresas inquiridas cessa quando, sendo à data arguidas em processo de contra-ordenação, os pedidos de informação versem sobre factos material e temporalmente coincidentes com as práticas restritivas imputadas;

- a visão da AdC ignora por completo a extensão e alcance do princípio da auto-incriminação, extensível a todos os tipos de procedimentos sancionatórios;



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

- o art. 61º, nº1, al. c) do CPP é aplicável por força das remissões do art. 22º nº1 da LdC e 41º do RGCOC;

- já assim era entendido na vigência da anterior legislação nacional sobre concorrência que consagrava a solução constante da actual Lei da Concorrência a respeito dos pedidos de informações a empresas;

- o direito de o arguido, num processo contra-ordenacional se pronunciar e defender quanto aos factos imputados, reconhecido no art. 32º nº10 da CRP, pressupõe o direito livre e esclarecido, de carrear para o processo todos os contributos que entenda relevantes para a decisão, dispondo para o efeito de um verdadeiro poder de auto-determinação processual;

- a este direito corresponde o dever de qualquer autoridade de não coagir aquele a colaborar com a administração da justiça em seu próprio desfavor;

- a tese da AdC quanto à aplicação subsidiária de regimes legais não procede por não estar em causa a remissão par um regime legal diverso mas a plena afirmação das garantias constitucionais de defesa e da proibição de auto-incriminação;

- a decisão do Tribunal de Comércio citada pela AdC revela um entendimento incorrecto das garantias processuais das arguidas em processo de contra-ordenação e trata-se de uma decisão de 1ª instância não transitada em julgado;

- não se contestam as diferenças intrínsecas entre os regimes legais que regem o processo criminal e o processo contra-ordenacional mas tal não implica o afastamento de uma remissão legal;

- acima da defesa da concorrência e dos poderes de supervisão da AdC encontram-se os direitos fundamentais tutelados pela CRP;

- têm muitas dúvidas quanto ao invocado estudo sobre o sector da panificação, que se iniciou poucos dias antes do próprio processo de contra-ordenação, e que não surge referido nos relatórios de actividades da AdC;

- uma interpretação do art. 7º nº3 e 8º dos Estatutos da AdC ou do art. 17º nº1, als. a) e b) e art. 18º nº1 da LdC no sentido de que uma empresa constituída arguida num processo de contra-ordenação movido pela AdC está obrigada a responder a questões relacionadas com os factos que lhe são imputados, ainda que esse pedido seja feito no âmbito de poderes de supervisão e não de poderes sancionatórios, é inconstitucional, por violação do art. 32.º, nº 10, da Constituição;

- a liberdade processual de defesa das arguidas, pessoas colectivas, é consequência necessária no domínio processual do princípio da responsabilidade penal, ou contra-ordenacional, dessas mesmas pessoas colectivas;

- o que está em questão não se restringe à alegada inaplicabilidade do "direito ao silêncio", antes remetendo para a proibição da auto-incriminação;



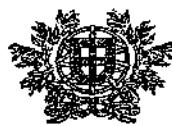
Tribunal de Comércio de Lisboa

- entender que a obrigação de resposta existe e que tal só invalidaria a prova obtida de ser utilizada no processo de contra-ordenação subverte as garantias processuais das arguidas, as quais, aliás, tinham razões para serem cautelosas, uma vez que a AdC no PRC 06/04 reformulou por completo o objecto da acusação que lhes era imputado com base em respostas a pedidos de informação da AdC.

Na resposta às alegações das arguidas apresentada pela AdC nos termos do disposto no art. 51º nº1 da LdC, veio esta, relativamente à questão do direito ao silêncio (não auto-incriminação), alinhar argumentos similares aos já reflectidos na decisão, precisando ainda:

- no tocante à coincidência material e temporal entre o procedimento de supervisão e o PRC 06/04:

- embora ambos os processos tivessem tido origem na sequência de notícias veiculadas na comunicação social e, por isso e apenas por isso a correrem em paralelo, são, contudo, processos totalmente autónomos, sem qualquer relação entre si, e sujeitos a regimes jurídicos próprios, não sendo, consequentemente, possível ocorrer qualquer coincidência material entre eles;
- o processo contra-ordenacional teve por objectivo investigar, nos termos da lei, as alegadas práticas restritivas de concorrência levadas a cabo pela empresa no mercado da indústria de moagem, enquanto o procedimento administrativo em que se insere o estudo, visa apenas o acompanhamento permanente do mercado de indústria de panificação, no âmbito do exercício dos poderes de supervisão da Autoridade;
- enquanto o processo de contra-ordenação, se refere a datas específicas (dia tal do mês tal), em que teriam ocorrido as práticas que vieram a ser imputadas às empresas, o Estudo apenas considera médias mensais, não sendo dedutível destas últimas qualquer ilação relativa a comportamentos anti concorrenenciais levados a cabo pelas arguidas em dias específicos de determinado mês, conforme vinham acusada no PRC 06/04;
- o processo de contra-ordenação reporta-se a onze moageiras infractoras, sendo este universo de empresas mais abrangente do que as sete moageiras consideradas no Estudo e, embora estas representem cerca de 80% da capacidade nacional total da produção de farinha de trigo, tal não determinou, que as práticas concertadas imputadas às demais não fossem punidas, o que elucida a inexistência de qualquer relação do PRC 06/04 com o pedido de elementos de Julho de 2005;



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

- no tocante à relevância do estatuto de arguidas das empresas, tal estatuto não as acompanha num procedimento administrativo que corra paralelamente com um procedimento sancionatório, pois em direito penal não se admite a analogia nem a interpretação extensiva das suas normas, aí só podendo ser invocados os estatutos de interessado ou contra-interessado nos termos do CPA;

- não seria admissível que a Autoridade da Concorrência ficasse impedida de cumprir os seus deveres de supervisão do funcionamento de determinado mercado apenas por se encontrar a decorrer, em paralelo, nesse mesmo mercado, diligências de investigação no âmbito de um determinado processo contra-ordenacional, por tal significar a paralisia total da actuação da Autoridade;

- A Autoridade nunca colocou a ora recorrente numa situação de responder a perguntas sobre os factos que lhe foram imputados no processo de contra-ordenação, nem sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestou naquele contexto, nem tão pouco a coagiou a colaborar com a administração da justiça em seu próprio desfavor, citando o Ac. TJCE de 18/10/89 (Orkem/Comissão).

*

Quer as arguidas, quer a AdC elegem em primeiro argumento a existência/inexistência de coincidência material e temporal entre as informações solicitadas e o objecto do PRC 06/04.

A primeira questão a responder, no percurso decisório, não é exactamente essa mas sim se existe, no regime legal da concorrência (e note-se que não estamos a limitar-nos aos procedimentos sancionatórios), em abstracto, um direito à não auto-incriminação por parte dos visados, i.e. das entidades a quem são dirigidos pedidos de informação e de elementos por parte da AdC.

Note-se que, se existir um direito à não auto-incriminação com o sentido e o alcance que lhe é dado em processo penal – um direito a conformar a sua conduta, respondendo, não respondendo, ou respondendo como entenderem, a benefício da sua defesa – então é indiferente o conteúdo concreto dos pedidos de informação que lhe são dirigidos pela AdC, seja em procedimento sancionatório, seja em procedimento de supervisão. Pode não se perguntar directamente se cometeu a infracção, mas pedindo elementos sobre preços e quantidades de cereais comprados, matéria fora do objecto do procedimento sancionatório mas um dos pilares em que as arguidas poderiam assentar a sua defesa no PRC 06/04, elas têm o direito a não responder.

Entendemos, assim, que há que preliminarmente averiguar se existe um mínimo de coincidência entre os dois procedimentos.

*

2.4.1.1. O teor dos pedidos de informação e o objecto do PRC 06/04

Para dilucidar esta questão estamos a considerar os factos dados como provados quanto ao PRC 06/04 (notas de ilicitude e decisão integralmente dadas



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

por reproduzidas sob 2.1.31. a 2.1.34.), notificação das notas de ilicitude (2.1.56. e 2.1.57.) e factos relativos à importância da farinha tipo 65 para o mercado e para as arguidas (2.1.59. a 2.1.62.).

O mercado monitorizado pelo estudo (panificação) está intrinsecamente ligado ao mercado no qual a AdC constatou uma infracção anti-concorrencial (moagens) e imputou às ali arguidas e interessadas no estudo. Tal ligação, aliás, é feita nas notas de ilicitude e na decisão do PRC 06/04 e consta do comunicado 11/2005 feito pela AdC [“2. Acompanhamento de Mercado - Em 5 de Janeiro de 2004, a Autoridade iniciou o acompanhamento permanente de mercado, nas duas vertentes a montante (sector das moagens) e a jusante (indústria de panificação), de acordo com as suas competências de supervisão, visando, nomeadamente, a monitorização dos preços de venda da farinha de trigo, praticados pelas empresas de moagem (moageiras)”].

O produto relativamente ao qual são pedidas as informações diverge neste sentido – no PRC 06/04 está em causa o mercado da farinha de trigo na sua abrangência, incluindo todos os tipos de farinha; e no procedimento de supervisão apenas se pediram informações quanto à farinha de trigo de tipo 65. Isto significa que o produto relativamente ao qual se pediram informações está abrangido pelo produto caracterizado no PRC 06/04.

Não podemos ficar por aqui. Não só a farinha tipo 65 é a mais importante e a mais vendida pelas arguidas como é a farinha mais importante no mercado da panificação.

As arguidas alegam que é a própria AdC que afirma, na decisão do PRC 06/04, que a farinha de trigo é um produto homogéneo que apresenta características indiferenciadas (nº 383 da decisão referida em 2.1.34.), daí extraindo o argumento de que o pedido de informações, por só ter incidido sobre a farinha de tipo 65, não se pode considerar irrelevante para efeitos de prova no processo de contra-ordenação.

É no entanto necessário atender ao contexto desta afirmação.

Na passagem em causa a AdC caracteriza o mercado afectado quanto ao produto, iniciando precisamente essa caracterização referindo a existência de diferentes tipos de farinha (nº 380 da decisão), consoante o processo de moagem utilizado, sendo a afirmação devidamente enquadrada pela citação completa:

“A farinha de trigo é um produto homogéneo, uma vez que apresenta características indiferenciadas, que não variam significativamente consoante o produtor, sendo por isso, sob o ponto de vista da qualidade, praticamente indiferente para o consumidor (quer o panificador quer o consumidor final do pão) a origem do produto. O produto apenas se diferencia, por isso, pela variável preço, e não pela marca.”

Este ponto é desenvolvido à frente – nº 394 – deixando claro que esta homogeneidade do produto faz parte da caracterização do mercado quanto à oferta, ou seja, que para os clientes é indiferenciado que o produto provenha do



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

fornecedor X ou Y, sendo sensíveis, particularmente, ao preço – substituibilidade do lado da oferta.

No entanto de toda a decisão, e particularmente do trecho da caracterização do mercado – 373 a 401 – ressalta a importância da farinha para panificação no mercado considerado – cfr. nº 400 onde se refere que 76% da produção nacional de farinha de trigo em 2003 foi absorvida pela indústria da panificação nacional (tradicional e industrial).

O argumento das arguidas não procede, pois, mas a verdade é que também o da AdC não procede. Na abrangência do mercado da farinha de trigo, a farinha tipo 65 é a mais importante, situando-se pois, muito perto dos 75% do produto considerado no PRC 06/04.

Daqui só é possível concluir pela coincidência geral entre o produto em causa nos dois processos, dada a sua importância.

O período temporal a que se referem as informações pedidas abrange o período relativamente ao qual são imputadas infracções. Falha-se, aliás, de entender exactamente o argumento da AdC neste ponto. Pois se todo o período em causa no PRC 06/04 (Dezembro de 2000 a Julho/Agosto de 2004) está abrangido pelo pedido de informações (Janeiro de 2000 a Maio de 2005) existe, claramente coincidência.

Em face desta simples constatação feita pelas arguidas a AdC replicou (em sede de contra-alegações) que ficaria por explicar porque motivo a Autoridade teria ignorado os restantes onze meses do ano de 2000 se, no entender das arguidas, dispunha de dados suficientes decorrentes do Estudo para a sua acusação. O tribunal não pode considerar esta alegação. Mas sempre se dirá que as arguidas não têm que explicar à AdC como desempenhar as suas atribuições e como decidir os seus processos. Pensa-se que haverá aqui uma certa confusão, porque a verdade é que as arguidas não prestaram as informações solicitadas e a AdC no estudo não dispunha de qualquer elemento do ano de 2000. Os elementos de que dispunha no PRC 06/04 terão aí sido utilizados, sendo que uma das questões que as arguidas levantam é precisamente esta – se tivéssemos fornecido os elementos o que mais poderia ter sido imputado no PRC 06/04?

Também o argumento de que o PRC 06/04 contempla onze moageiras e o estudo apenas sete (a quem foram dirigidos os pedidos de informação) e que por essa via inexiste coincidência material entre os dois processos não é de aceitar.

A questão não passa sequer pela representatividade das empresas do estudo (que se apurou representarem cerca de 80% do mercado nacional), reduzindo-se à mesma equação que a questão temporal: nas onze empresas a quem, nas notas de ilicitude foram imputadas infracções, estão abrangidas as sete empresas com as quais está a ser feita a monitorização do mercado no estudo.

Refira-se que o argumento avançado pela AdC de que tanto inexistia coincidência que a decisão do PRC 06/04 foi proferida sem estes elementos, em



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

nada contribui para a solução desta questão. Quanto muito pode ser interpretado como uma declaração da AdC de que não “necessitava”, para a decisão do PRC, destes elementos, o que deslocaria a discussão para o caso concreto e para a análise das concretas perguntas formuladas.

Finalmente, e no tocante a esta questão, refere a AdC que foram pedidas, quanto aos preços de aquisição de trigo e de venda de farinha, apenas médias mensais, das quais não é possível deduzir qualquer ilação relativa a comportamentos anti-concorrenciais cometidos em dias específicos de determinados meses, referindo-se o PRC 06/04 a datas específicas.

As arguidas contrapõem que o que está em causa no procedimento sancionatório é a alegada prática de uma infracção permanente entre Dezembro de 2000 e Agosto de 2004 e que os preços médios de venda no final de cada mês são pelo menos um elemento potencialmente relevante para a demonstração de uma prática concertada que se prolongue no tempo.

Como é claro já não estamos a discutir a coincidência material e temporal entre o procedimento de supervisão e o PRC 06/04. Estamos já a discutir as questões concretas que foram colocadas e se elas podem ou não ser consideradas incriminatórias. Estamos já a discutir questões que só podem ser respondidas depois de determinar se existe direito à não auto-incriminação no regime da concorrência e, existindo, com que âmbito.

Passemos, verificada a existência de coincidência material e temporal, em geral, entre os dois procedimentos, à questão de saber se existe, no regime da concorrência, direito à não auto-incriminação por parte das empresas e entidades a quem são dirigidos pedidos de informação, seja em procedimentos de supervisão, seja em procedimentos sancionatórios.

*

2.4.1.2. Caracterização geral do direito à não auto-incriminação

Estabelece o art. 32º da CRP:

«1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.

2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

(...)

8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

(...)

10. Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.»



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

O direito à não auto-incriminação ou princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é, tradicionalmente um dos direitos de defesa dos acusados. Referenciado na *Magna Charta*, consagrado no direito inglês a partir de 1679, foi positivado na Constituição dos EUA pelo famoso Fifth Amendment, complementado pela não menos famosa decisão do Supreme Court de 1966, *Miranda v. State of Arizona*.

Direito consistentemente consagrado nas constituições dos modernos estados de direito, ou reconhecido ao abrigo das suas disposições, encontra acolhimento também em importantes instrumentos internacionais, entre os quais a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, incluído no direito a um processo equitativo previsto no respectivo art. 6º - cfr. Acs. Funke de 25/02/93, Saunders de 17/12/96, John Murray de 08/02/96, Heaney and McGuiness de 21/12/00 e Shannon de 04/10/05, entre outros.

Tecnicamente, como direito de defesa é, na economia dos **direitos liberdades e garantias** constitucionalmente consagrados uma garantia, destinando-se a assegurar outros bens, no caso, o direito à liberdade e segurança previsto no art. 27º da CRP – neste sentido Jorge Miranda *in* Direitos Fundamentais – Introdução Geral, pgs. 56 e 57.

Várias são as manifestações deste princípio na lei ordinária, sendo certamente as mais importantes acolhidas na legislação processual penal, destacando-se os arts. 61º, nº1, al. c) do CPP, sobre o qual nos deteremos adiante, e o art. 132º, nº2 (A testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal), mas com outras concretizações como a prevista no art. 89º, nº2, al. c) do CPA.

Em processo penal o princípio é claramente aplicável e com toda a amplitude alegada pelas arguidas.

Aqui, no entanto, a questão posiciona-se de outra forma.

Teremos que analisar várias perspectivas, nomeadamente, se o art. 61º nº1, al. c) do CPP (e todas as demais disposições do CPP que dão a este princípio a dimensão que tem em processo penal) é aplicável nos procedimentos sancionatórios de direito da concorrência; a eventual aplicabilidade directa de outros preceitos, discutindo nomeadamente se o art. 32º nº10 da CRP estende esta concreta garantia aos processos de contra-ordenação de concorrência, passando pela análise da diferente natureza do direito de mera ordenação social e do direito criminal e por uma visão de direito comparado sobre o problema que não poderá deixar de abranger a jurisprudência comunitária e, ainda qual a relevância da diferente natureza dos procedimentos para a questão que analisamos.

*

2.4.1.3. A aplicabilidade do art. 61º, nº1, al. c) do CPP



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

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

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

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

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

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

O passo seguinte é a clarificação das regras de aplicação do direito subsidiário, a fazer nos termos do referido art. 41º nº1 do RGCOC que estabelece: «*Sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal.*».

Temos, portanto, em primeiro lugar que olhar ao regime da Lei da Concorrência, seguidamente à Lei Quadro das Contra-ordenações, após o que terá que se averiguar se é necessário e admissível, para regular determinada questão de direito contra-ordenacional, recorrer aos preceitos de direito processual penal. Se a resposta às duas questões (necessidade e admissibilidade) for positiva, terá ainda que se determinar se as regras processuais penais devem ser literalmente aplicadas ou se devem ser devidamente adaptadas à estrutura, funcionamento, valores e fins do processo de contra-ordenação – cfr. António de



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral *in* Notas ao Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas, pg. 105, 2^a edição, em anotação ao art. 41º.

Sobre esta concreta questão da obrigatoriedade de resposta às “perguntas” e satisfação dos pedidos de informação formulados pela AdC, não podemos deixar de concordar com esta.

O regime legal está exaustivamente regulado: a AdC tem o poder de formular perguntas e solicitar elementos e informações (art. 17º nº1, als. a) e b) da LdC) no exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão.

Por outro lado recai sobre as empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades o dever de prestar à Autoridade todas as informações e fornecer todos documentos que esta lhes solicite em ordem ao cabal desempenho das suas atribuições, para as quais dispõe de poderes sancionatórios e de supervisão – art. 8º dos Estatutos da AdC.

O facto de este poder da AdC estar consagrado também para procedimentos sancionatórios (aos quais é aplicável o RGCOc e o CPP pela via já assinalada) sem que se faça qualquer distinção de regime quanto aos destinatários do dever, pelo contrário, especificando na alínea a) do art. 17º nº1 que este poder se dirige também contra os representantes legais das empresas ou associações de empresas envolvidas, leva à conclusão de que, neste particular, o legislador quis expressamente afastar a aplicabilidade de preceitos em contrário.

Entendemos, pois, que não sendo necessário o recurso ao processo penal, o art. 61º nº1, al. c) do CPP não é aplicável em processo de contra-ordenação da concorrência.

Contra, cita a arguida Luís Miguel Pais Antunes *in* Direito da Concorrência – os poderes de investigação da comissão europeia e a protecção dos direitos fundamentais, Almedina, 1995, o qual, a páginas 125 e 126, após expor não entender ser de concluir no sentido da existência de um princípio geral de direito, plenamente aplicável em direito comunitário, que permitisse às empresas invocar, nos processos susceptíveis de envolver a aplicação de sanções de natureza administrativa um direito a não testemunhar contra si próprio, apoiado em diversos argumentos, entre os quais o de tal direito não encontrar expressa previsão no art. 6º da CEDH (com o que não concordamos o que já deixámos supra expresso) escreve: “A situação será, contudo, diferente, do ponto de vista do direito comunitário, no que diz respeito às pessoas singulares, e nomeadamente aos funcionários das empresas objecto de investigação, cujas respostas a um pedido de informações as possam expor a sanções de natureza penal ou disciplinar.” E acrescenta, em nota de rodapé: “Em Portugal, e no domínio dos processos de aplicação de coimas, a questão parece assumir um contorno diferente. Com efeito, nos termos do artigo 41º do Decreto-Lei nº 433/82, deverão aplicar-se nestes processos os preceitos reguladores do processo criminal sempre que o contrário não resultar do diploma que institui o ilícito de



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

mera ordenação social. Por outro lado, nos termos do nº 2 do mesmo artigo, as autoridades administrativas competentes gozam dos mesmos direitos e estão submetidas aos mesmos deveres das entidades competentes para instrução criminal, quando igualmente o contrário não resultar da lei. Tal leva-nos a concluir que o art. 61º nº1 do Código de Processo Penal será aqui aplicável e, por conseguinte, o direito de não testemunhar contra si próprio poderá ser invocado por uma empresa objecto de um pedido de informações ao abrigo do nº3 do art. 12º ou inquirida ao abrigo das alíneas a) e b) do nº1 do art. 23º, ambos do Decreto Lei nº 371/93.”

Vigorava então o Decreto Lei nº 371/93 que, nesta matéria continha soluções equivalentes à actual lei: arts. 12º nº3, 23º nº1, als. a) e b) e 37º, nº3, al. e) e nº 5, al. a), sem porém conter uma disposição equivalente ao art. 8º dos Estatutos da AdC.

Com todo o respeito pelo autor citado não podemos concordar com uma análise que parte do princípio indiscutido de que se aplicará o CPP, sem fazer a indagação de necessidade e admissibilidade de aplicação do direito subsidiário que se impõe.

Por outro lado, o autor não discute (e tenhamos presente que se trata de obra incidindo sobre o direito comunitário da concorrência e a protecção dos direitos fundamentais nesse âmbito, em que o autor foi fazendo curtas referências ao ordenamento jurídico português) e não indaga das razões de consagração destas regras e dos valores com elas prosseguidos para uma eventual hierarquização.

Esta nossa posição não implica, porém, sem mais, a inexistência do direito à não auto-incriminação neste tipo de procedimentos. É que, note-se, apenas se afastou a aplicação de determinado regime subsidiário.

Agora há que verificar se esta garantia constitucionalmente consagrada é ainda aplicável, e em que medida, directamente por via do art. 32º nº10 da CRP.

Aliás, nem tal poderia deixar de ser feito, atenta a reclamação da arguida de que a interpretação dos preceitos que vimos citando no sentido da exclusão deste direito seria inconstitucional por violação do citado art. 32º nº10, reclamando a desaplicação dos preceitos.

*

2.4.1.4. A aplicabilidade do princípio em processos de contra-ordenação

A questão da aplicabilidade da “carta de direitos de defesa” previstos no art. 32º da CRP ao processo de contra-ordenação e demais processos sancionatórios, tendo sido defendida na doutrina, veio a ser objecto de previsão expressa na segunda revisão constitucional que aditou o nº 10 ao preceito.



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

Desde então, várias vezes tem sido questionada a plenitude da aplicação de todos os direitos e garantias previstos para o processo penal no processo de contra-ordenação.

As arguidas afirmam ser pacífico na jurisprudência portuguesa que o direito à defesa do arguido vigora em contra-ordenação e engloba o direito à auto-conformação da sua conduta processual e do direito à não auto-incriminação coerciva. Citam, a propósito, apenas jurisprudência e doutrina penais, domínio no qual tal é, efectivamente, pacífico.

Segundo os ensinamentos de Eduardo Correia e Figueiredo Dias, o direito contra-ordenacional abrange as condutas que violam interesses erigidos pelo Estado como fundamentais para uma vivência social boa e ordenada. Abrange condutas que são tipificadas como proibidas e, consequentemente ilícitas, correspondendo-lhes, porém, uma neutralidade ética, ou seja, têm uma carga valorativa negativa que não vai além do desvalor que lhe é atribuído pelo simples facto de violarem deveres prescritos pelo Estado (cfr. Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social, Boletim da FDUC, vol. XLIX, p. 257-281 e O Movimento de Desriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social, Jornadas de Direito Criminal, CEJ, p. 3217 e segs., respectivamente).

Este ramo do direito surgiu na sequência do movimento mais lato de desriminalização do direito penal e autonomizou-se deste sempre partindo da ideia da não relevância ética das condutas que o integram. Esta autonomização assenta, pois, na neutralidade ética do ilícito: o ilícito não é axiologicamente neutral, e por isso se trata de um direito sancionatório, mas a conduta em si mesmo considerada, divorciada da proibição legal, é-o.

Daqui resulta como tem sido aliás reconhecido abundantemente pelo Tribunal Constitucional, que não há uma estreita equiparação entre o ilícito contra-ordenacional e o ilícito criminal, não obstante a “necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal.” (Ac. Tribunal Constitucional no 469/97; no mesmo sentido se pronunciaram inúmeros arestos do Tribunal Constitucional, indicando-se, a título de exemplo, os Ac. 158/92, 344/93; 473/01; 581/04; 325/2005 e 637/06, frisando-se que os últimos foram já proferidos após a entrada em vigor do Decreto Lei nº 244/95 que aproximou as contra-ordenações ao direito penal, como assinalado por Frederico Costa Pinto *in loc. cit.* pg. 80).

Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso Öztürk, traçou a distinção entre as *Ordnungswidrigkeiten* e a infracção penal e decidiu a aplicabilidade do art. 6º da Convenção também às contra-ordenações resultantes de desriminalização (cfr. também Acórdão Lutz) tendo porém já recusado a



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

mesma a contra-ordenações em matéria de construção urbana (decisão de 11/01/01 - Queixa nº 43 862/98, R01-I, pg. 439).

Pode assim afirmar-se que as regras processuais penais não têm aplicação integral no direito contra-ordenacional, sob pena de com tal aplicação desaparecer a diferenciação entre os dois tipos de ilícito, diferenciação essa que existe e é significativa.

A questão ora a responder é a seguinte: o nº1 do art. 32º CRP prescreve que o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso (que não é propriamente uma garantia de defesa mas sim de acesso aos tribunais); no nº10 do preceito estabelece-se que nos processos de contra-ordenação são assegurados os direitos de audiência e de defesa. Em face desta diferença de redacção pode argumentar-se, como parece fazê-lo a AdC, que os direitos de defesa constitucionalmente regulados são apenas aqueles que o RGOC já prevê, ou seja a audiência e defesa nos termos do art. 50º?

Nos termos do art. 41º nº2 do RGOC, no processo contra-ordenacional as autoridades administrativas gozam dos mesmos direitos e estão submetidas aos mesmos deveres das entidades competentes para o processo criminal. Ora os direitos e deveres das entidades competentes para o processo criminal estão organizados e orientados à volta de grandes princípios (António Mendes e José Santos Cabral, loc. cit., pg. 106) que podem ser facilmente identificáveis com a “carta de direitos” do art. 32º da CRP:

a) Promoção ou iniciativa processual: princípios da “oficialidade”, da “legalidade” e da “acusação”.

b) Proseccução ou decurso processual: princípios da “investigação”, da “contraditoriedade”, da “suficiência” e da “concentração”.

c) Prova: princípios da “investigação”, da “livre apreciação da prova” e “*in dubio pro reo*”.

d) Forma: princípios da “publicidade”, da “oralidade” e da “imediação”.

Penso que ninguém questiona a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência do arguido em processo contra-ordenacional, com todas as suas consequências, nomeadamente ao nível do ónus da prova e do princípio *in dubio pro reo*.

E tal aplicabilidade não advém da aplicação subsidiária do CPP ou de qualquer outro diploma. É directamente aplicável face à regra do art. 32º nº2, *ex vi* art. 12º nº1 ambos da CRP.

Com este exemplo parece-nos claro que o que há a fazer em cada caso é percorrer a “carta de direitos” e, tendo presente que o legislador dispõe, nesta matéria, de maior maleabilidade - um poder de conformação mais aberto nas palavras do Tribunal Constitucional – identificar quais os que o legislador afastou através das regras próprias e se o fez de forma a atingir de modo inaceitável (inconstitucional) um direito que não podia ser postergado.



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

A matéria do nº3 foi regulada no art. 53º do RGCOC.

O nº4 do art. 34º, por exemplo, foi claramente postergado – a instrução é da competência de uma autoridade administrativa.

O nº5 é claramente aplicável e foi previsto na lei ordinária.

O nº7 do art. 34º é outro exemplo – existem contra-ordenações cuja conduta típica poderá ser lesiva de bens pessoais (não será o caso das regras da defesa da concorrência, que protegem o mercado e não os concorrentes ou directamente os consumidores). Nesses casos o ofendido não tem forma de intervir no processo contra-ordenacional, sendo nitidamente a ausência de regulação deliberada.

O art. 34º nº8 é nesta sede um precioso indício.

Nos termos do art. 42º do RGCOC, cuja epígrafe é um pouco infeliz, estabelece-se a proibição absoluta (insusceptível de suprimento) de intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação ou a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional e a necessidade de consentimento para as provas que colidam com a vida privada bem como exames corporais e prova de sangue – cfr. art. 34º nº4 da CRP – ponderando-se, claramente, o receio de admitir a limitação de um núcleo essencial de direitos num processo que se desenrola na dependência de uma autoridade administrativa.

Ou seja, o legislador pegou num princípio e num feixe de direitos essenciais de defesa e cuidou que não houvesse qualquer hipótese de, num processo de contra-ordenação que não é conduzido por autoridades judiciárias, eles fossem beliscados.

Podemos identificar, neste singelo exercício, várias gradações entre a lei e a “carta de direitos” do art. 32º do CRP. Há princípios que o legislador ordinário usando do seu poder de conformação escorado na diferente natureza da infracção, claramente postergou. Outros, nitidamente quis deixar intocados, demonstrando a existência de um núcleo essencialíssimo de garantias. Certas garantias não foram tocadas como o princípio da presunção da inocência.

Ora, o princípio e a garantia específica que vimos analisando (direito à não auto-incriminação) nada mais é que uma decorrência do princípio da presunção de inocência. A impossibilidade de obrigar alguém a contribuir para a sua própria condenação é decorrência da imposição absoluta de ónus da prova da infracção ao acusador e inexistência de ónus da prova a cargo do acusado, que por sua vez derivam do postulado do art. 32º nº2 da CRP.

Ou seja, em processo de contra-ordenação o princípio da não auto-incriminação é aplicável.

Tal não implica, porém, que seja aplicada com toda a amplitude que lhe é reconhecida em processo penal, questão que analisaremos adiante.

*



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

2.4.1.5. A aplicabilidade do princípio em procedimentos administrativos de concorrência

Como resulta claro dos preceitos aplicáveis, este poder de exigir informações e elementos por parte da AdC e o dever dos visados de as satisfazer, sob a combinação de prática de uma contra-ordenação é válido também para os procedimentos administrativos, regulados pelo CPA nos termos do art. 20º da LdC.

Olhando ao regime previsto no art. 89º do CPA, nomeadamente ao nº2 do preceito pareceria ser clara a solução.

«1. O órgão que dirigir a instrução pode determinar aos interessados a prestação de informações, a apresentação de documentos ou coisas, a sujeição a inspecções e a colaboração noutras meios de prova.

2. É legítima a recusa às determinações previstas no número anterior, quando a obediência às mesmas:

(...)

c) Importar a revelação de factos puníveis, praticados pelo próprio interessado, pelo seu cônjuge ou por seu ascendente ou descendente, irmão ou afim nos mesmos graus;»

Tratando-se de possível revelação de facto punível como coima, o interessado poderia recusar a prestação da informação ou o fornecimento dos elementos.

No entanto o regime previsto no art. 91º do CPA afasta qualquer utilidade que este primeiro preceito pudesse ter para o nosso caso concreto.

Estabelece este preceito:

«1. Se os interessados regularmente notificados para a prática de qualquer acto previsto no artigo anterior não derem cumprimento à notificação, poderá proceder-se a nova notificação ou prescindir-se da prática do acto, conforme as circunstâncias aconselharem.

2. A falta de cumprimento da notificação é livremente apreciada para efeitos de prova, consoante as circunstâncias do caso, não dispensando o órgão administrativo de procurar averiguar os factos, nem de proferir a decisão.

3. Quando as informações, documentos ou actos solicitados ao interessado sejam necessários à apreciação do pedido por ele formulado, não será dado seguimento ao procedimento, disso se notificando o particular.»

Mário Esteves Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *in* Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2ª edição, pg. 426 esclarecem, que, não obstante a letra da lei no art. 89º nº2 aludir a obediência, não se trata aqui de desobediência, e que o incumprimento desta ordem tem apenas as consequências previstas no art. 91º, sendo a consequência máxima o não seguimento do procedimento. “Não se trata, portanto, da criação de deveres de obediência em matéria probatória, mas antes da criação e especificação de ónus



8

Tribunal de Comércio de Lisboa

procedimentais funcionalmente pré-ordenados a tutelar o interesse procedural da Administração. Mesmo se a determinação se destina a possibilitar a comprovação dos pressupostos ou requisitos legais da pretensão do particular.”

Ou seja, esta norma não cria, para o interessado um dever similar ao previsto no art. 8º dos Estatutos da AdC. Consequentemente, o feixe de normas que, em matéria de procedimentos administrativos de concorrência de supervisão, prevê a possibilidade de formulação de pedidos de informação por parte da AdC e o dever dos interessados de os satisfazerem não podem deixar de ser entendidos como normas especiais que derrogam o regime resultante do disposto nos arts. 89º e 91º do CPA.

O procedimento de supervisão não é, nem se poderá transformar em procedimento sancionatório. Num procedimento administrativo promovido pela AdC ao abrigo dos seus poderes de supervisão, o art. 32º nº10 da CRP não é aplicável e invocável e, logo, não existe direito à não auto-incriminação.

Trataremos adiante a questão da relevância da coincidência material e temporal entre um procedimento de supervisão e um procedimento sancionatório.

*

2.4.1.6. Aplicabilidade a pessoas colectivas

Defendeu a AdC em sede de decisão que o direito ao silêncio se refere especificamente à protecção da dignidade do indivíduo, derivada do princípio do direito à não auto-incriminação, aplicável apenas às afirmações verbais de pessoas singulares (não resposta a questões durante a audiência de julgamento e interrogatórios) e não aplicável às pessoas colectivas.

Argumentam as arguidas que a liberdade processual de defesa das arguidas, pessoas colectivas, é consequência necessária no domínio processual do princípio da responsabilidade penal, ou contra-ordenacional, dessas mesmas pessoas colectivas e ainda que a questão não se restringe à alegada inaplicabilidade do “direito ao silêncio”, antes remetendo para a proibição da auto-incriminação.

Este argumento subdivide-se em duas questões, ambas simples.

Em primeiro lugar, o direito ao silêncio – não responder a perguntas que forem feitas no decurso de interrogatórios ou na audiência de julgamento sobre os factos de que se é acusado – é apenas uma manifestação concreta do que vimos a denominar direito à não auto-incriminação, muito mais vasto. Nas palavras de Costa Andrade (*in Sobre as proibições de prova em processo penal*, pgs. 120 e ss.) “Pela negativa, a liberdade de declaração do arguido ganha a estrutura de um autêntico *Abwehrrecht* contra o Estado, vedando todas as tentativas de obtenção, por mios enganosos ou de coacção, de declarações auto-incriminatórias.” E mais à frente “(...) o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, *sc.*, a carrear ou oferecer meios de prova contra a sua defesa. Quer no que toca aos factos relevantes para a chamada questão da



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

«culpabilidade» quer no que respeita aos atinentes à medida da pena. Em ambos os domínios, não impende sobre o arguido um dever de colaboração nem sequer um dever de verdade.”

Este direito, compreendendo todas as suas vertentes, incluindo o direito ao silêncio, pode ser exercido e ser garantido também às pessoas colectivas.

Nos termos do disposto no art. 12º nº2 da CRP «*As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.*»

A determinação de quais os direitos e deveres fundamentais *compatíveis com a sua natureza* é uma questão que só casuisticamente pode ser resolvida.

Como escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira (*in* CRP Anotada, I vol. 4ª edição, pgs. 330, 331 – em anotação ao art. 12º): “É claro que o ser ou não ser compatível com a natureza das pessoas colectivas depende naturalmente da própria natureza de cada um dos direitos fundamentais, sendo incompatíveis aqueles direitos que não são concebíveis a não ser em conexão com as pessoas físicas, com os indivíduos (cfr. AcTC nº 539/97, quanto à invocação indevida por parte de pessoas colectivas). E depende também da natureza das pessoas colectivas em causa: há as associações que reúnem pessoas físicas e que são como que uma extensão da personalidade individual, e há as fundações e outras instituições sem base associativa. Ainda haverá que ter em conta a distinção entre as pessoas colectivas privadas e as públicas, sendo particularmente problemático o caso destas.

É evidente que certos direitos podem revelar-se incompatíveis com a personalidade colectiva apenas em parte ou em certa medida, pelo que não podem ser aplicados com a mesma extensão e conteúdo que às pessoas físicas (cfr. AcSTC nos 198/85 e 24/98).”

E prosseguem os mesmos autores, já em anotação ao art. 32º (pg. 526), “Quanto ao âmbito subjectivo de protecção destas garantias do processo penal (e contra-ordenacional), trata-se de direitos universais, como sucede com a generalidade dos direitos, liberdades e garantias de natureza pessoal, pelo que não há lugar para as reservar para as pessoas de nacionalidade portuguesa, excluindo os estrangeiros (art. 15º-1). Todas as pessoas, pelo facto de o serem, gozam destas garantias.

Embora sendo direitos eminentemente pessoais, pode, porém, fazer sentido estendê-los às pessoas colectivas (art. 12º-2), na medida em que elas podem ser responsáveis criminalmente ou por infracções contra-ordenacionais. O que não quer dizer que as garantias valham exactamente nos mesmos termos (por ex., quanto ao nº 8).”

Ora, sendo as arguidas pessoas colectivas – sociedades comerciais dotados de personalidade jurídica - passíveis de serem sancionadas, no caso com coimas que em si se reflectem directamente (sequer nas pessoas físicas que as representam), é evidente, como referem as arguidas, que o verso desta realidade é



Tribunal de Comércio de Lisboa

a possibilidade de se poderem fazer valer de todas as garantias de defesa compatíveis com a sua natureza. O direito à não auto-incriminação não se mostra incompatível com a natureza das arguidas, pelo que, em abstracto, é-lhes aplicável e não pode ser negado pelo simples facto de serem pessoas colectivas.

*

2.4.1.7. A aplicabilidade em procedimentos sancionatórios de concorrência

Aqui chegados deparamos com o seguinte cenário: ao procedimento sancionatório relativo às contra-ordenações de concorrência é aplicável o princípio da presunção de inocência e, como seu instrumento, o direito à não auto-incriminação, atento o disposto nos arts. 12º nº1, 32º nº2 e 32º nº10 da CRP.

Por outro lado, as regras próprias deste procedimento prevêem a obrigatoriedade de satisfação dos pedidos de informação e elementos solicitados pela AdC, pelos próprios investigados, sendo a recusa ou prestação de informações falsas punidos com coima.

Já identificámos o âmbito de protecção das garantias previstas no art. 32º da CRP – o direito à liberdade e segurança, especialmente na segunda vertente, já que tratamos de pessoas colectivas e, em concorrência, serão essencialmente empresas que encontraremos, independentemente da sua natureza jurídica.

Importa agora, para saber se as normas em causa previstas para os procedimentos sancionatórios de concorrência devem ceder e em que medida, identificar a razão de ser e o interesse protegido por estas normas.

Alega, neste propósito a AdC que a opção do legislador pelo afastamento do direito ao silêncio nas contra-ordenações da concorrência se relaciona também com o facto de o processo em causa ser levado a cabo por entidades com poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação e, no caso concreto, por autoridades administrativas que têm a seu cargo bens públicos fundamentais como a defesa da concorrência, sendo a obrigação de resposta por parte das entidades a quem são dirigidos pedidos de informação essencial à prossecução da actividade de supervisão.

As arguidas referem que acima da defesa da concorrência e dos poderes de supervisão da AdC se encontram os direitos fundamentais tutelados pela CRP, fazendo assim uma hierarquização absoluta.

A defesa da concorrência, nas palavras de Alberto Xavier (*in* Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, nº 136, pg. 87) é, conjuntamente com a propriedade privada e a livre iniciativa, uma das instituições em que assenta o sistema de livre economia de mercado, seu pressuposto e condição de funcionamento. Daí a sua consagração ao nível de Lei Fundamental, quer na Constituição da República Portuguesa [arts. 80º a) e 81º f)], quer no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (arts. 3º nº1, al. g) e 4º nº1).



Tribunal de Comércio de Lisboa

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

Arranca do próprio texto constitucional, resultando a necessidade de defesa da concorrência da protecção de um dos direitos fundamentais económicos, previsto no art. 61º nº1 da Constituição da República Portuguesa¹. Na verdade, se numa primeira análise as regras relativas à concorrência surgem como restrições à livre iniciativa, o seu carácter instrumental – a concorrência é um meio e nunca um fim em si mesma, assim tendo sido conformada no Tratado Comunitário², directamente aplicável no ordenamento jurídico português, e na lei nacional – põe a descoberto que o funcionamento destas normas visa garantir precisamente o livre funcionamento do mercado, assim protegendo diversos interesses fundamentais, como a livre iniciativa privada e o bem estar dos consumidores.

“A função das regras comunitárias da concorrência é dupla. Por um lado, uma função genérica de garantia de correcto funcionamento de um sistema de economia de mercado, procurando assegurar os fundamentos deste sistema, nomeadamente a liberdade de acesso ao mercado e as liberdades de determinação da oferta e da procura. Este objectivo deve ser articulado com a prossecução de finalidades económicas mais concretas, como o crescimento, o equilíbrio ou pleno emprego, o que obriga a ter em consideração o quadro concreto de cada mercado e a compatibilizar a concorrência com outros instrumentos susceptíveis de atingir os fins enunciados no art. 2.º do Tratado de Roma.”³

Na verdade, a possibilidade de qualquer agente poder aceder livremente a qualquer mercado configura a verdadeira e substancial liberdade de iniciativa económica, aqui intervindo a defesa da concorrência que, restringindo a actuação de determinados agentes, preserva o livre funcionamento do mercado, permitindo, em geral, o livre exercício da actividade económica.

“Assegurar uma equilibrada concorrência entre as empresas no mercado é tarefa que incumbe por força daquele normativo constitucional ao Estado. Esta participação do Estado na economia, no sentido de oferecer aos agentes económicos alguma segurança e protecção para uma livre e sã concorrência,

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

² António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques *in Direito Económico*, pg. 295, 4ª Edição, Almedina, 2001

³ Idem, pg. 296



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

funda-se no nobre princípio consagrado no art. 61º do texto fundamental, seja o princípio da livre iniciativa privada, limitado apenas pelos princípios constitucionais, pelo respeito da legalidade instituída e pelo interesse geral, seja do mercado, seja da sociedade no seu todo.” Adalberto Costa *in Regime Geral da Concorrência*, pg. 15, Legis Editora, 1996.

Destas asserções é possível extrair com segurança que se o princípio da presunção de inocência é instrumental da liberdade e segurança, a defesa da concorrência é instrumental da livre iniciativa económica.

Ora a livre iniciativa económica é também um direito fundamental (uma liberdade, na asserção acima exposta), mais precisamente um dos direitos fundamentais económicos, sociais e culturais consagrados na CRP.

Nos termos do art. 17º da CRP «*O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.*»

Em anotação a este preceito Gomes Canotilho e Vital Moreira (loc. cit., pg. 371, referem “Este artigo dá expressão a uma norma-chave para a compreensão do regime constitucional dos direitos fundamentais. Ele pressupõe a distinção entre duas categorias de direitos fundamentais Com regimes próprios, nomeadamente os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais, enunciados respectivamente no título II e III desta parte I da Constituição.”

Depois de enunciarem os traços estruturais do regime dos direitos liberdades e garantias, estes autores enunciam o problema do âmbito de aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias e referem que o facto de se dizer “que no âmbito de aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias cabem todos os enunciados no Título II não significa, como se diz na anotação anterior, que lhes sejam aplicáveis todos os aspectos concretos do regime dos direitos, liberdades e garantias. Significa, porém, a rejeição de uma depuração dos direitos, liberdades e garantias individualizados no Título II com base em critérios materiais apriorísticos que, umas vezes, pressupõem mundividências político-filosóficas não constitucionalmente sufragadas e, outras vezes, elegem critérios funcionalistas e instrumentais (ex.: controlo judicial das restrições) para recortar os «puros» direitos, liberdades e garantias.” – pg. 373.

E prosseguem enunciando os critérios para a determinação dos direitos de natureza análoga e enunciando, como direitos fundamentais de natureza análoga “entre outros, o direito de acesso ao direito e aos tribunais (art. 20º), o de resistência (art. 21º), o de recorrer ao Provedor de Justiça (art. 23º), o direito à retribuição do trabalho, o direito a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas, ao subsídio de desemprego, ao salário mínimo nacional (art. 59º), o direito de iniciativa privada, cooperativa e autogestionária (art. 61º), o direito de propriedade privada (art. 62º), o direito das



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

mulheres à dispensa do trabalho por efeitos de parto (art. 68º-3), o direito ao ensino básico (art. 74º-2/ a), o direito de indemnização e de «reserva» dos proprietários fundiários expropriados (art. 94º-1), o direito ao recenseamento eleitoral (art. 113º-2), o direito de apresentar candidaturas (art. 124º-1), os direitos de participação directa em órgãos do poder local (arts. 245º-2 e 264º-2) o direito de participar na administração da justiça (art. 207º), o direito à tutela jurisdicional efectiva e os demais direitos perante a administração (art. 268º), os direitos dos funcionários públicos (art. 269º).” – loc. cit., pg. 374 (sublinhado nosso).

Identifiquemos agora a função do feixe de normas em causa (art. 17º da LdC e 8º dos Estatutos da AdC).

O processo de produção normativa relativo à defesa da concorrência em Portugal iniciou-se com a criação da Direcção Geral da Concorrência e Preços (Decreto Lei nº 293/82 de 27/07. A primeira lei de defesa da concorrência surge com o Decreto Lei nº 422/83 de 03/12, alterada pelo Decreto Lei nº 156/84 de 17/05, complementado em 1988 com a lei de controlo das concentrações (Decreto Lei nº 428/88 de 19/11.

O art. 18º do Decreto Lei nº 422/93 cometia à Direcção Geral da Concorrência e Preços as atribuições de proceder aos estudos sectoriais que, em matéria de regras de concorrência, se mostrem convenientes, propor superiormente as medidas que se afigurem apropriadas com vista ao restabelecimento da concorrência sempre que se revelem distorções da mesma e de identificar as práticas susceptíveis de infringirem a lei e proceder à organização e instrução dos respectivos processos.

O art. 19º nº1 deste diploma estabelecia que «*Para efeitos do disposto no artigo anterior, pode a Direcção Geral da Concorrência e Preços solicitar o envio dos elementos julgados necessários a quaisquer empresas ou associações de empresas, bem como às entidades que com elas tenham ligações comerciais, financeiras ou outras, dentro dos prazos que se mostrem convenientes.*»

Este diploma previa a punição das infracções às suas disposições com coimas – art. 16º - e o processamento nos termos do RGCO – art. 28º.

A recusa de prestação das informações previstas no art. 19º nº1 era expressamente prevista como constituindo crime de desobediência (art. 33º nº1) e a prestação de informações falsas ou incompletas como crime de falsas declarações (art. 33º nº2).

Este pacote normativo foi substituído em 1993, no que aqui nos interessa, pelo Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, cujo regime já acima enunciámos - arts. 12º nº3, 23º nº1, als. a) e b) e 37º, nº 5, al. a), sem porém conter uma disposição equivalente ao art. 8º dos Estatutos da AdC, ou seja, punindo a recusa de prestação de informações e a prestação de informações falsas com coima (operando a descriminalização da conduta prevista pelo anterior regime legal).



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

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

E no regime comunitário encontrava-se à data em vigor o Regulamento nº 17/62 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962.

Neste regulamento podemos identificar claramente a norma inspiradora das que vimos enunciando, com uma conformação diversa, adequada à sua génese e natureza das instituições, no art. 11º.

Nos termos deste preceito, para prosseguimento dos seus deveres a Comissão podia obter todas as informações necessárias junto dos Governos e das autoridades competentes dos Estados membros, bem como das empresas e associações de empresas.

O processo do pedido de informações estava dividido em duas fases: o pedido simples – 11º nº 3, visando a prestação espontânea de informações (não impugnável – cfr. Despacho da 4ª Secção do TPI de 24/06/98, Dalmine/Comissão, T-596/97) e, no caso de não prestação das informações ou prestação de modo incompleto, o pedido por decisão – art. 11º nº5.

O processamento em duas fases explicava-se pela circunstância de se entender ser preferível "...que se instaure um diálogo entre a Comissão e a empresa em questão para evitar mal-entendidos.", nas palavras de Asteris Pliakos *in Os direitos de defesa e o direito comunitário da concorrência*, pg. 219, Publicações D. Quixote, 1994 e, porque, prossegue este autor citando J. E. Ferry, na visão da comissão cooperação é melhor que coerção (loc. cit, nota 2 em tradução livre).

A prestação de informações inexatas ao pedido feito nos termos do nº3 do art. 11º, a prestação de informações inexatas e a não prestação de informações no prazo fixado na sequência da decisão prevista no art. 11º nº5, eram condutas puníveis com multa no montante de 100 a 5 000 unidades de conta – art. 15º nº1 al. b) do Reg. 17/62.

Este Regulamento veio a ser substituído pelo Regulamento 1/2003 regulando os pedidos de informações o respectivo art. 18º, no qual se eliminou o processamento em duas fases em preceito que, conjuntamente com os preceitos anteriores da legislação nacional, inspirou, claramente o legislador nacional na redacção dada aos arts. 17º e 18º da LdC.

O art. 18º nº2 do Regulamento 1/2003 estabelece qual o conteúdo de um pedido de informação dirigido pela Comissão:

- o fundamento jurídico do pedido;
- a finalidade do pedido;
- a especificação da informação solicitada;
- o prazo limite dentro do qual a informação tem que ser fornecida;



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

- as sanções previstas no art. 23º (do Regulamento) para o fornecimento de informação inexacta ou deturpada.

Por sua vez o art. 18º da Lei da Concorrência (preceito pela primeira vez introduzido no ordenamento jurídico português) fixa como elementos que devem instruir os pedidos,:

- a base jurídica e o objectivo do pedido;

- o prazo para a comunicação das informações ou o fornecimento dos documentos;

- as sanções a aplicar na hipótese de incumprimento do requerido;

- a informação de que as empresas deverão identificar, de maneira fundamentada, as informações que considerem confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações.

Ou seja, pela introdução da regra do art. 18º LdC, ressalvadas as devidas diferenças, alcança-se a origem e inspiração de todos estes preceitos: os regulamentos comunitários 17/62 e 18/2003.

Até a sanção prevista confirma esta asserção. Sempre ressalvadas as diferenças advenientes da diferente natureza (multas e coimas) o art. 23º nº1 do Regulamento fixa agora como limite máximo da multa a aplicar pelo fornecimento de informações falsas ou incompletas 1% do volume de negócios total no ano precedente, solução coincidente com o disposto no art. 43º nº3, al. b) da LdC.

É pois obrigatório, neste percurso que seguimos, olhar à evolução e soluções que o ordenamento jurídico comunitário tem adoptado.

A protecção dos direitos fundamentais é um domínio que, na União Europeia, sofreu logo à partida de dificuldades originadas em vários factores (seguimos Maria Luísa Duarte *in* União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade, AAFDL, 2006):

“1) o “pecado original” de um sistema jurídico que, na sua estrutura fundadora não previu um espaço próprio de tutela dos direitos fundamentais, nem sob a forma mitigada de uma cláusula genérica e remissiva nem, sob a forma mais ambiciosa de uma declaração de direitos;

2) quando foi possível aprovar um catálogo de direitos, o obstáculo político foi inibidor da sua força jurídica, o que aconteceu em 1989 com a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores e mais tarde, em 2000, com contornos um pouco diferentes, com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia;

3) na Europa vigoram em paralelo vários sistemas de fontes e vários sistemas de garantia judicial - a nível nacional, europeu e comunitário.” – loc. cit., pg. 42.



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

Na ausência de um catálogo comunitário de direitos fundamentais coube ao Juiz Comunitário a tarefa de, caso a caso, dependendo das circunstâncias concretas do litígio, identificar os direitos a proteger e que, por essa via, passaram a fazer parte de uma espécie de carta comunitária de direitos de fonte pretoriana. Aponta a autora citada que a jurisprudência comunitária, mais do que fonte de direito, se tornou o instrumento privilegiado de escolha e de identificação de fontes de direitos fundamentais – loc. cit., pg. 71.

O percurso seguido pelo Tribunal de Justiça apelou aos princípios gerais de direito comunitário, nos quais acolheu princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros, os próprios e concretos princípios gerais de direito comunitário chamados a desempenhar novas funções, e princípios de direito internacional.

O TJCE explorou este “filão de normatividade” (as palavras são da autora que vimos citando, a pgs. 81) seguindo duas orientações fundamentais:

“1) em relação à dupla origem destes princípios, a abordagem foi, ao mesmo tempo, pragmática e aberta, uma vez que reconheceu e aplicou princípios gerais propostos pelas ordens jurídicas nacionais, enquanto outros foram “importados” do Direito Internacional Público, geral ou convencional;

2) no que se refere ao seu conteúdo e à questão de saber se seriam ou não compatíveis com as características próprias do ordenamento comunitário, os princípios gerais foram aplicados à luz de uma interpretação que, respeitando o núcleo essencial da proposição normativa, visava neutralizar eventuais contradições com a dinâmica específica do processo de integração comunitária.”

Para uma descrição e análise do percurso e fontes que foram sendo acolhidas pelos tribunais comunitários no âmbito da protecção de direitos fundamentais, remete-se ora para a obra que vimos citando, páginas 90 a 208.

Tomando este caminho, e porque também no específico ponto que nos interessa o juiz comunitário já traçou a linha protectora dos direitos fundamentais passaremos directamente à forma como foi encarado e conformado o direito à não auto-incriminação no âmbito dos procedimentos sancionatórios comunitários de concorrência, enquadramento feito face às normas do Regulamento 17/62 mas que é expectável continue a ser aplicado na vigência do Regulamento 1/2003 – cfr. neste sentido Alison Jones e Brenda Sufrin *in EC Competition Law*, pg. 1083, second edition, Oxford University Press.

Foi no caso Orkem/Comissão⁴ que o TJCE, acolhendo como referência direitos nacionais e instrumentos internacionais se pronunciou especificamente sobre esta questão, precisamente quanto aos pedidos de informação formulados pela Comissão ao abrigo do art. 11º do Reg. 17/62.

⁴ C-374/87 de 18/10/89 – Colectânea de Jurisprudência 1989 - 3283.

RContr. 205/06.0TYLSB (206/069TYLSB – apenso A e 207/06.7TYLSB – apenso B)



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

Neste caso o Tribunal considerou (parágrafo 29) não ser possível extrair das ordens jurídicas dos estados membros a existência de um princípio comum aos estados membros mediante o qual o direito de não testemunhar contra si próprio pudesse ser invocado por pessoas colectivas no domínio (não penal) de infracções de natureza económica.

Entendeu também o tribunal (nº 30) que não resultava do texto do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) ou da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) que aquele preceito reconhecesse o direito à não auto-incriminação.

Ainda assim, o tribunal reconheceu às empresas sob investigação um mínimo de protecção, tendo considerado que a Comissão não podia impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção, cuja prova cabe à Comissão (nº35).

O juiz comunitário voltou a apreciar a questão no caso Mannesmannröhren-Werke AG/Comissão⁵, reconhecendo a evolução da questão à luz da CEDH, mas mantendo integralmente a doutrina Orkem e estabelecendo como matriz das questões não abrangidas pelo direito de defesa as questões puramente factuais.

A questão volta a ser tratada no caso PVC II –Limburgse Vinyl Maatschappij NV e outros/Comissão⁶, no qual o tribunal reconheceu que a jurisprudência do TEDH havia sofrido, desde o caso Orkem, uma evolução, citando os acórdãos Funke, Saunders/Reino Unido e J.B./Suiça (nº 274), mas mantendo a doutrina, à luz do caso concreto.

Os tribunais comunitários voltaram a analisar a questão do direito à não auto-incriminação⁷ em 2004 e 2006 no caso do cartel dos eléctrodos de grafite.

O TPI no seu acórdão de 29/04/04 (nºs 401 a 412) voltou a afirmar a doutrina Orkem e Mannesmannröhren-Werke, assinalando que no caso PVC II, pese embora a enunciação das alterações sofridas pela jurisprudência do TEDH, o tribunal não havia alterado a sua jurisprudência. O tribunal declarou expressamente que esta doutrina não contrariava nem o art. 6º da CEDH nem a jurisprudência do TEDH, considerando, como no caso Mannesmannröhren-Werke que o facto de “ser obrigado a responder às questões puramente factuais colocadas pela Comissão e a satisfazer os seus pedidos de apresentação de documentos preexistentes não é susceptível de violar o princípio do respeito do direito de defesa ou o direito a um processo equitativo que oferecem, no domínio do direito da concorrência, uma protecção equivalente à garantida pelo artigo 6º da CEDH. Com efeito nada impede o destinatário de um pedido de informações

⁵ Ac TPI - T-112/98 – Colectânea de Jurisprudência II - 729

⁶ Casos C-238, 244-245, 247, 250, 251-252 e 254/99 – Colectânea I - 8375

⁷ Ac. TPI de 29/04/04 Tokai Carbon e outros/Comissão – T-236/01, 239-01, 244/01 a 246/01, 251/01 e 252/01 Colectânea II-1181 e Ac. TJCE de 29/06/06 C-301/04 Comissão/SGL Carbon



8

Tribunal de Comércio de Lisboa

de demonstrar, mais tarde no quadro do procedimento administrativo ou num processo perante o juiz comunitário, que os factos constantes das suas respostas ou os documentos transmitidos têm um significado diferente daquele que lhes deu a Comissão.”

O TJCE, no acórdão de 29/06/06, confirmou as estatuições do TPI, discordando porém quanto a determinados elementos concretos cujo fornecimento havia sido pedido.

Abre-se aqui um pequeno parêntesis para enunciar muito rapidamente a evolução da jurisprudência do TEDH no tocante a esta questão. O princípio havia sido afirmado largamente no Acórdão Funke, tendo porém o TEDH, no subsequente caso Saunders observado que o direito à não auto-incriminação não se estendia ao uso, em processo penal de material obtido do acusado mediante o uso de poderes compulsórios, por aquele ter existência material independente da vontade do suspeito, tal como documentos. Posteriormente no caso JB/Suíça veio o TEDH a pôr em crise esta asserção encontrando uma violação do direito à não auto-incriminação no pedido de entrega de documentos relativos aos rendimentos do recorrente no decurso de uma investigação fiscal.

A doutrina Saunders aproxima-se grandemente da posição do juiz comunitário nesta matéria e pode ser considerada como respeitando o núcleo essencial do direito à não auto-incriminação e não colocando entraves irrazoáveis na investigação de actividade ilícita.

Após esta análise chegamos à conclusão que a proposição achada pelo juiz comunitário – inexistência de obrigação de fornecer respostas através das quais se seja levado a admitir a existência da infracção, cuja prova cabe à Comissão, não extensível a documentos e puros elementos de facto mesmo que deles resulte a incriminação do investigado, dada a possibilidade de demonstração posterior de significado diverso – pode ser integralmente transposta para o direito doméstico, pelas seguintes ordens de razões:

- não pode ser considerada violadora da jurisprudência do TEDH, à luz do caso Saunders;
- respeita o núcleo essencial do direito à não auto-incriminação, embora restringindo-o;
- essa restrição é permitível (ao contrário do que sucederia com a sua pura eliminação), lida à luz da diferente natureza do ilícito penal e do ilícito contra-ordenacional;
- permite o desenvolvimento da actividade da AdC ao abrigo e para prosseguimento de um direito fundamental social, embora restringindo os poderes desta;
- essa restrição é justificada pela necessidade de respeito do núcleo essencial do direito à não auto-incriminação como derivação da presunção de inocência;



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

- o processamento permite, no direito nacional, a demonstração de significado diverso em contraponto à obrigatoriedade de fornecimento de resposta a pedidos respeitantes a elementos de facto e documentos – direito de audição e defesa e impugnação judicial de plena jurisdição.

Chegados a este ponto, antes de passarmos a analisar o concreto pedido de informações formulado às arguidas, há que ponderar a relevância de os pedidos terem sido formulados num processo diferente, ao abrigo de poderes de supervisão, num procedimento que segue as regras do CPA.

*

2.4.1.8. A relevância da coincidência material entre pedidos de informações formulados em procedimento de supervisão e o objecto de procedimento sancionatório

Sem qualquer dúvida o pedido foi formulado num procedimento administrativo, ao abrigo de poderes de supervisão.

No entanto, e como já concluímos supra, existe entre os elementos pedidos e o objecto de um procedimento sancionatório em curso uma coincidência material e temporal em geral.

Os argumentos alinhados nesta parte podem ser resumidos da seguinte forma:

AdC:

- a existir violação do direito à não auto-incriminação ela deveria ser invocada no PRC 6/04 e não no procedimento administrativo;

- no tocante à relevância do estatuto de arguidas das empresas, tal estatuto não as acompanha num procedimento administrativo que corra paralelamente com um procedimento sancionatório, pois em direito penal não se admite a analogia nem a interpretação extensiva das suas normas, ai só podendo ser invocados os estatutos de interessado ou contra-interessado nos termos do CPA;

- não seria admissível que a Autoridade da Concorrência ficasse impedida de cumprir os seus deveres de supervisão do funcionamento de determinado mercado apenas por se encontrarem a decorrer, em paralelo, nesse mesmo mercado, diligências de investigação no âmbito de um determinado processo contra-ordenacional, por tal significar a paralisia total da actuação da Autoridade;

Arguidas:

- o facto de as informações terem sido solicitadas ao abrigo do poder de supervisão não obsta a que, como arguidas, gozem de todas as garantias constitucionais, pois, a assim não se entender, esta garantia seria totalmente subvertida se fosse permitido à AdC, em paralelo a um processo de contra-ordenação por práticas restritivas, “fazer umas perguntas” às arguidas naqueles processos sobre matéria coincidente;

- a correcta interpretação dos poderes de supervisão determina que a obrigatoriedade de resposta por parte das empresas inquiridas cessa quando,



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

sendo à data arguidas em processo de contra-ordenação, os pedidos de informação versem sobre factos material e temporalmente coincidentes com as práticas restritivas imputadas;

- a visão da AdC ignora por completo a extensão e alcance do princípio da não auto-incriminação, extensível a todos os tipos de procedimentos sancionatórios;

- entender que a obrigação de resposta existe e que tal só invalidaria a prova obtida de ser utilizada no processo de contra-ordenação subverte as garantias processuais das arguidas, as quais, aliás, tinham razões para serem cautelosas, uma vez que a AdC no PRC 06/04 reformulou por completo o objecto da acusação que lhes era imputado com base em respostas a pedidos de informação da AdC;

O cerne da questão passa, quanto a nós, pela intercomunicabilidade dos procedimentos instruídos pela AdC para prosseguimento das atribuições de que se encontra incumbida.

Olhando de forma estanque e rígida para as regras legais a AdC parece ter razão nos seus argumentos. Já enunciámos e decidimos supra a questão da aplicabilidade do direito à não auto-incriminação em procedimentos administrativos de supervisão.

No entanto, importa traçar melhor os meios que a AdC tem à sua disposição para a prossecução das suas atribuições.

Visto o art. 7º dos Estatutos e lido o art. 6º à luz dos preceitos constitucionais já bastamente citados, resulta claro que a missão primeira da AdC é a preservação da concorrência encarada como meio para a realização de uma multiplicidade de liberdades e bens – a liberdade de iniciativa privada, o bem estar dos consumidores, só para enumerar alguns.

Nos termos do art. 7º, nº3, al. a) dos seus Estatutos à AdC, no exercício dos seus poderes de supervisão, compete: Proceder à realização de estudos, inquéritos, inspecções ou auditorias que, em matéria de concorrência, se revelem necessários.

Se a AdC, no decurso de um estudo, por exemplo de monitorização de um determinado mercado, se aperceber, face aos elementos até ali recolhidos, da possibilidade de existência de práticas anti-concorrenciais nesse mercado, deve abrir um procedimento sancionatório. Como é evidente, para tal procedimento serão desde logo carreados todos os elementos que tiverem sido colhidos no estudo e que fundaram a “suspeita”, os quais podem ser utilizados no procedimento sancionatório. Nada na lei o impede.

Outro exemplo. Se por via de uma notificação prévia de uma operação de concentração a AdC se aperceber da existência de uma prática anti-concorrencial, ou, e levando o exemplo ao extremo, se o próprio acordo notificado contiver em si indícios anti-concorrenciais que merecem aprofundamento, o procedimento



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

sancionatório que subsequentemente vai ser instaurado começará e terá como um dos elementos essenciais esse acordo ou os indícios, que podem passar por dados factuais de mercado ou respeitantes a factos concretos de condutas das empresas “suspeitas”. Mais uma vez, nada na lei o impede.

Parece-nos, aliás, óbvio que a AdC deve tomar uma postura pró-activa e acompanhar o mercado de perto precisamente para, entre outros objectivos, detectar as práticas lesivas da concorrência e perseguir e punir os seus responsáveis. A AdC não pode agir apenas a impulso de “queixas” ou de notícias de jornal. Para prosseguir integralmente os seus objectivos e a sua missão os procedimentos de supervisão são um instrumento essencial.

É também essa uma das razões que nos leva a diminuir os obstáculos à prossecução dessa tarefa, nomeadamente comprimindo um concreto direito de defesa.

Dentro da AdC e independentemente da natureza dos procedimentos a informação deve circular. O que para uns é informação, para outros podem ser meios de prova incriminatórios.

Recordemos algumas noções gerais relativas à figura da boa-fé, seguindo o pensamento de Menezes Cordeiro (*in Tratado de Direito Civil Português, Tomo I, 1999, pgs. 175 a 190*).

A boa-fé objectiva, traduzida em regras de actuação, surge como um correctivo de normas susceptíveis de aplicação contrária ao sistema ou como a única norma atendível.

A boa-fé subjectiva, a postura do sujeito destinatário das normas, exige que tal postura seja necessariamente ética, por contraposição a psicológica.

Uma das manifestações da boa-fé objectiva é a tutela da confiança, que é protegida quando se verifique a aplicação de dispositivo específico a tanto dirigido e, quando tal normativo específico inexista, quando os valores fundamentais do ordenamento, expressos em boa-fé, ou sob outra designação, assim o exijam.

Permitimo-nos recordar uma outra manifestação da boa-fé objectiva: a primazia da materialidade subjacente.

Tendo presente que o direito visa, através dos seus preceitos, a obtenção de soluções efectivas, mostra-se insuficiente a adopção de condutas que, respeitando os objectivos jurídicos, descuram o plano material. A boa-fé exige que os exercícios jurídicos sejam avaliados em termos materiais, de acordo com as reais consequências que acarretam.

Transpondo estas noções gerais, absolutamente não privativas do direito civil mas comuns a todo o quadro ético-normativo que nos rege, e visto o quadro de actuação da AdC, não nos poderemos deixar tolher por argumentos meramente formais nesta questão.



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

Já comprimimos à sua essência o direito à não auto-incriminação. Ora essa essência que resta tem que ser vigorosamente defendida.

No fundo a questão é como, de forma colorida a põe a arguida – o que impediria a AdC de abrir ao lado de um procedimento de contra-ordenação um procedimento de supervisão e ali “fazer umas perguntinhas”? Podia não estar legitimada a utilizar os elementos directamente obtidos no procedimento sancionatório, mas ficaria deles ciente e teria na actividade subsequente sido “ajudada” pela própria arguida (é bastante mais fácil encontrar algo quando se sabe o que procurar).

A nossa resposta é a seguinte: não ficando a AdC de forma alguma impedida de supervisionar mercados relativamente aos quais investigue práticas anti-concorrenciais, quando, no âmbito desses procedimentos dirigir pedidos de informação a suspeitos dessas práticas, deve colocar, nos seus pedidos de informações, as mesmas cautelas que teria se dirigisse tais pedidos aos mesmos suspeitos no procedimento sancionatório. Ou seja, na nossa visão não pode formular perguntas das quais resulte directamente a incriminação.

E isto é assim quer o procedimento seja o mesmo quer não. A melhor forma de prevenir abusos é excluir a possibilidade da sua existência. Esta leitura das normas legais permite afastar logo em abstracto qualquer possibilidade de violação do núcleo essencial de direitos por parte da AdC, preserva o núcleo deste direito de defesa e permite ainda a formulação de pedidos, não impedindo a AdC de prosseguir as suas atribuições.

A esta conclusão não obsta a proibição de analogia e de interpretação extensiva em direito penal, cuja relevância nesta sede a AdC defende. Estamos a interpretar preceitos adjetivos e a conformá-los à Lei Fundamental e a privilegiar a interpretação material das normas sobre a sua interpretação formal para melhor defender a posição processual dos sujeitos a quem é imputada uma infracção. As normas substantivas de direito penal e o seu regime não intervêm, aqui, a qualquer título.

Em última análise, se a AdC não respeitar este núcleo, não poderá imputar às empresas ou empresa a quem dirija o pedido de informações ou de fornecimento de elementos, o ilícito contra-ordenacional previsto no art. 43º nº3 al. b) da LdC.

Em conclusão – a leitura e a aplicação deste princípio terá sempre que ser casuisticamente efectuada.

No caso concreto, dadas as coincidências gerais entre o pedido de informação e o objecto do processo que já supra constatámos, teremos pois que ir verificar se os elementos pedidos colidem com o núcleo essencial do direito à não auto-incriminação.

*



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

Não há qualquer dúvida que, se as questões colocadas caírem na violação daquele núcleo essencial do direito que já identificámos, a sua utilização no procedimento sancionatório não será válida, como mera decorrência do princípio de presunção de inocência e sem qualquer dúvida tal utilização poderá e deverá ser impugnada pelas arguidas no procedimento sancionatório. Questão diversa, porém, e que não prejudica o direito de arguir a invalidade dos meios de prova assim obtidos no procedimento sancionatório, é a de saber se a ordem dada, de prestação de informações, é válida, no sentido que coloque as arguidas em situação de, desobedecendo à ordem, serem punidas por essa omissão, atento o disposto no art. 133º n°2, al. d) do CPA.

Ou seja, e como já acima frisámos, a ordem dada tem que ser formal e substancialmente válida, sob pena de não se encontrarem verificados todos os elementos típicos objectivos da contra-ordenacão por que as arguidas foram sancionadas com coima nestes autos.

Ou seja, este argumento da AdC (de que sendo o pedido violador do direito ao silêncio tal apenas daria lugar à arguição de nulidade se fossem utilizados no PRC 06/04), não pode proceder. Se o pedido de informações aqui formulado tiver violado um núcleo essencial do direito das arguidas (gerando a nulidade do acto pelo qual foi formulado) e face às considerações que tecemos quanto ao facto de ter sido formulado em procedimento diverso, então o tipo não estará preenchido e as arguidas não poderão ser condenadas.

*

2.4.1.9. Conclusão – o concreto pedido de informações formulado

Passemos então à análise concreta do pedido de elementos formulado à luz das considerações supra tecidas e do âmbito que delimitámos ao direito à não auto-incriminação.

A AdC procedeu à solicitação de informação mediante o seguinte ofício (2.1.14. da matéria de facto provada):

“Assunto: Pedido de elementos – Estudo sobre a indústria de panificação”

No âmbito do assunto em epígrafe, do conhecimento de V. Ex^a, vem esta Autoridade solicitar a V. Ex^a, atenta aos seus poderes de supervisão previstos no art. 7º dos Estatutos desta Autoridade, aprovados pelo Decreto Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro e com base no previsto no art. 18º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, o envio, no prazo de cinco (5) dias úteis a contar da data de recepção do presente ofício, dos seguintes elementos:

1. **Médias mensais dos preços CIF de aquisição do lote trigo em euros por tonelada discriminados por mercado de origem, em periodicidade mensal de Janeiro de 2000 a Maio p.p.;**
2. **Total anuais de quantidades adquiridas de trigo (em toneladas) a cada um dos mercados referenciados no ponto 1 anterior relativas aos anos de 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 e cinco primeiros meses do corrente ano;**
3. **Médias mensais dos preços médios de venda por grosso de farinha de trigo tipo 65, discriminando entre todas as farinhas deste tipo, em euros por tonelada e em periodicidade mensal de Janeiro de 2000 a Maio p.p.;**



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

4. **Totais anuais das quantidades vendidas de farinha de trigo tipo 65 (em toneladas) discriminado entre todas as farinhas deste tipo, em euros por tonelada e em periodicidade mensal de Janeiro de 2000 a Maio p.p.;**

Solicita-se, em acréscimo, que estes elementos sejam enviados em formato electrónico, preferencialmente em formato Excel, para o seguinte endereço:

(...)

O prazo concedido para resposta é inferior ao estabelecido no número 2 do citado artigo 18º, por se tratar de informação cujo tratamento não é objecto de grande complexidade.

Nos termos da alínea d) do nº1 do referido art. 18º, deverá V. Exª identificar, de forma fundamentada, as informações que considera confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações.

Chamo a atenção de V. Exa. de que a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido desta Autoridade, constitui contra-ordenação punível com coima, nos termos do disposto no artigo 43º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho."

Ou seja, concretamente, a AdC queria obter das arguidas:

1. **As médias mensais dos preços CIF de aquisição do lote trigo em euros por tonelada, discriminados por mercado de origem, em periodicidade mensal de Janeiro de 2000 a Maio de 2005;**
2. **Os totais anuais de quantidades adquiridas de trigo (em toneladas) a cada um dos mercados referenciados no ponto 1 anterior relativas aos anos de 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 e cinco primeiros meses do corrente ano;**
3. **As médias mensais dos preços médios de venda por grosso de farinha de trigo tipo 65, discriminando entre todas as farinhas deste tipo, em euros por tonelada e em periodicidade mensal de Janeiro de 2000 a Maio de 2005;**
4. **Os totais anuais das quantidades vendidas de farinha de trigo tipo 65 (em toneladas) discriminado entre todas as farinhas deste tipo, em euros por tonelada e em periodicidade mensal de Janeiro de 2000 a Maio de 2005.**

Recordando as posições das partes, a AdC defendeu que o pedido de elementos requeria médias mensais e totais anuais, nada tendo sido pedido que obrigasse qualquer das arguidas a fornecer uma resposta da qual pudessem ser deduzidas conclusões quanto a comportamentos seus em dias específicos de determinado mês, em causa no PRC 06/04 e não foi perguntado se, relativamente a um determinado mercado e num determinado dia havia acordo com outras empresas os preços relativos a determinado produto. Acrescentou ainda que enquanto o processo de contra-ordenação se refere a datas específicas (dia tal do mês tal), em que teriam ocorrido as práticas que vieram a ser imputadas às empresas, o Estudo apenas considera médias mensais, não sendo, dedutível destas últimas qualquer ilação relativa a comportamentos anti concorrenciais levadas a



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

cabo pelas arguidas em dias específicos de determinado mês, conforme vinha acusada no PRC 06/04.

As arguidas, por sua vez argumentaram que no processo PRC 06/04 está em apreciação a alegada prática de uma infracção permanente que durou entre Dezembro de 2000 e Agosto de 2004 e os preços médios de venda no final de cada mês são, pelo menos, um elemento potencialmente relevante para a demonstração de uma prática concertada que se prolongue no tempo.

Os argumentos das partes acabam por se centrar no ponto 3 do pedido de elementos e, por essa razão, por ele começaremos.

Tendo em conta as notas de ilicitude e decisão do PRC 06/04, integralmente dadas por reproduzidas sob 2.1.31. a 2.1.34. da matéria de facto provada, e atentando especialmente na segunda nota de ilicitude, por ser essa a peça existente e notificada às arguidas no momento em que receberam os pedidos de informação, verifica-se que o que é ali imputado às aqui arguidas e demais empresas abrangidas pelo PRC 06/04 é uma conduta de colusão sendo os comportamentos específicos relativos aos aumentos de preço imputados como demonstrando essa colusão por ser essa a única explicação económica possível, passando tal demonstração também por outros factos, mas, avultando nesta parte a semi-simultaneidade dos aumentos de preço praticados pelas ali arguidas.

Tendo por certo que, de uma média mensal poderá, quanto muito, ser possível extraír que de um mês para outro houve um aumento, já não é possível extraír o montante exacto do aumento ou a data precisa do aumento. Esse dois factores, montantes exactos dos aumentos e datas precisas dos aumentos são, na economia da nota de ilicitude complementar deduzida no PRC 06/04, elementos essenciais para a imputação da violação do art. 4º da LdC.

Assim sendo, por se tratarem não só de perguntas factuais puras, como por deles não ser possível extraír qualquer elemento passível de ser usado na incriminação, quanto ao pedido de informações do ponto 3, ele não viola o direito à não auto-incriminação das arguidas tal como ele é entendido em procedimentos sancionatórios e administrativos de concorrência.

E isto é assim mesmo considerando que, conforme resulta da nota de ilicitude complementar, a Granel não forneceu uma resposta concreta ao pedido de informações ali formulado pela AdC quanto a aumentos de preço praticados entre Dezembro de 2000 e Janeiro de 2001, a Gémen adoptou a mesma conduta quanto aos aumentos de preço de Julho/Agosto de 2001, quer a Granel quer a Ceres fizeram o mesmo quanto aos aumentos de preço de Dezembro de 2001 e Janeiro de 2002 e a Ceres não respondeu concretamente a pedido de informações sobre a baixa de preços de Julho/Agosto de 2004.

Ao argumento extraível das alegações das arguidas de que receavam que as respostas aos pedidos de informações formulados nestes autos fossem utilizadas no PRC 06/04, acrescentamos nós, nomeadamente para complementar



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

informações ali não prestadas, opomos as mesmas e rigorosas objecções – tratam-se de elementos de facto puros e das médias mensais não é possível extrair os elementos que na economia da “acusação” formulada no PRC 06/04, seriam essenciais.

Os elementos pedidos no ponto 1, quanto muito, poderiam antecipar elementos de defesa – possível e lógica defesa relativamente a aumentos de preço de trigo seria o de aumento de preços de cereais – sendo que, como se conclui supra, este direito não comprehende uma possibilidade de conformação processual por parte das arguidas, pelo que, sendo elementos factuais, as arguidas estavam obrigadas a fornecê-los.

Quanto aos elementos relativos a quantidades de trigo adquiridas e quantidades de farinha de trigo de determinado tipo vendidas, não só mais uma vez são pedidos de elementos de facto, como manifestamente não revelam qualquer relação com a prática imputada no PRC 06/04. O facto de poderem ser elementos relevantes para a determinação dos efeitos da conduta ou para a determinação da medida da coima, por permitirem a determinação da quota de mercado das arguidas, no presente caso esbarra com o problema de, efectivamente, as empresas abrangidas pelo presente pedido de informação não serem as mesmas que são objecto de investigação no PRC 06/04 e, sendo as quotas de mercado números relativos, para tanto serem necessários os mesmos números de todas as empresas.

Em conclusão, nenhum dos elementos solicitados pelos pedidos de informação dirigidos às arguidas pela AdC em Julho de 2005 implicava, para as arguidas, uma admissão da prática dos ilícitos imputados às mesmas no PRC 06/04. Assim, o pedido de elementos foi plenamente válido e eficaz à luz dos direitos de defesa e não só a AdC podia formulá-lo como as ora arguidas estavam obrigadas à sua satisfação.

*

2.4.2. Os vícios formais

Passemos agora, estabelecida a legalidade substancial do pedido de informações formulado, à averiguación da sua regularidade formal.

As arguidas deixaram alegados os seguintes vícios e alinharam para tanto os seguintes argumentos:

- a fixação de um prazo irrazoável de resposta (5 dias) em violação do disposto no artigo 18.º, nº 2 da Lei n.º 18/2003, que estabelece que, por norma o prazo para o fornecimento de informações ou documentos é de 30 dias;
- insuficiente fundamentação para a fixação de prazo tão curto;
- apenas a urgência (necessidade estrita) da AdC pode servir de fundamentação ao encurtamento do prazo, urgência que não só não é mencionada como parece não existir;



J

Tribunal de Comércio de Lisboa

- a necessidade de fundamentação da fixação de prazo mais curto tem uma dupla função:

- a conjugação de dois interesses antagónicos como são o da AdC de recolher informação e o das empresas de não verem os seus segredos e o seu negócio divulgados ou a sua actividade normal perturbada;
- a possibilidade de controlo em primeira linha pelo visado e em segunda linha pelos tribunais;

- a exigência de fundamentação de um acto administrativo não se basta com o simples recurso a uma fórmula abstracta não concretizada como a referência ao facto de o processamento da informação solicitada não se revestir de "grande complexidade";

- a AdC usou esta fórmula abstracta e reiterou-a mesmo após a exposição das arguidas;

- os elementos pedidos não são da mesma natureza dos que vinham a ser enviados pelas arguidas desde Janeiro de 2004, já que estes se referiam a preços diários de compra de trigo e venda de todas as farinhas de tipo 65 a todo o universo de clientes e os ora pedidos se referiam a médias mensais dos preços CIF de compra de trigo e de venda de farinha por grosso, numa tendo sido pedidos elementos sobre quantidades;

- a satisfação dos pedidos envolvia grande complexidade devido à necessidade de cálculo dos preços CIF, à necessidade de consulta de todos os documentos originais, no caso da Gérmen não arquivados nas suas instalações, acrescendo o facto de se tratar de período de férias;

- a AdC concedeu a outra empresa, Cerealis, Moagens, SA em iguais circunstâncias, 7 dias úteis, igualmente fundamentado de outra forma a sua resposta;

- não foi indicado o objectivo dos pedidos, apenas se tendo epigrafado "Pedido de elementos – estudo sobre a indústria da panificação" e nunca tendo sido comunicada a realização de tal estudo ou o respectivo objecto ou finalidade, não se confundindo com os elementos transmitidos nos pedidos de informação de Fevereiro/Janeiro de 2004;

- o mais certo é que o estudo sobre a indústria da panificação nunca se tenha iniciado e não chegue a ver a luz do dia, sendo certo que tentou ter acesso ao mesmo e tal lhe foi vedado por conter elementos confidenciais.

Concluem que os pedidos são inválidos, por violação do disposto no art. 18º nº2 da LdC, por falta de fundamentação da fixação de prazo de resposta inferior ao legalmente previsto, por erro de facto quanto à simplicidade da informação a prestar, por violação do princípio da igualdade (arts. 13º da CRP e 5º do CPA) e por falta de indicação do objectivo do pedido, o que equivale a falta de fundamentação.



8

Tribunal de Comércio de Lisboa

A AdC, em sede de decisão e de resposta às alegações de recurso, por sua vez, alinhou os seguintes argumentos:

- os pedidos continham todos os elementos previstos no art. 18º da LdC;
- as próprias arguidas, nas suas respostas ao primeiro pedido, referiram o estudo no âmbito do qual os pedidos foram efectuados;
- a AdC não tinha nem tem motivos para crer que o prazo concedido para resposta era insuficiente ou fundado;
- os elementos requeridos no ofício de 5 de Julho são da mesma natureza que os que têm vindo a ser enviados pelas arguidas desde o início de 2004;
- o argumento de que seria mais demorado por se tratarem de elementos referentes a um período de 5 anos não tem relevância porque os elementos requeridos constituem dados contabilísticos cujo suporte tem que ser mantido relativamente aos últimos cinco anos fiscais;
- a não complexidade do tratamento deste tipo de informação é também sublinhado pelo facto de as demais destinatárias dos pedidos de informação terem ou respondido no prazo de 5 dias ou no termo de período de prorrogação do prazo originariamente concedido;
- o que está em causa nos autos não é a recusa das arguidas de proceder ao envio dos elementos dentro do prazo atribuído pela Autoridade mas sim o facto de as arguidas se terem recusado em absoluto a fazê-lo;
- as arguidas beneficiaram, efectivamente, de um período de 20 dias para proceder ao envio da informação;
- a AdC nunca se negou a atribuir novo prazo adicional e tê-lo-ia feito se tal tivesse sido solicitado;
- fundamentar é enunciar explicitamente as razões ou motivos que conduziram o órgão administrativo à prática de determinado acto, a exteriorização dos motivos do acto, de molde a permitir a um destinatário normal perceber, perante o itinerário cognoscitivo e valorativo constante do acto, porque se decidiu em determinado sentido;
- atendendo à sua maior ou menor complexidade a AdC considerou que os elementos solicitados no ofício de 5 de Julho de 2005 eram da mesma natureza dos que têm vindo a ser enviados pelas empresas desde o início de 2004;
- o legislador não definiu qualquer critério para fundamentar um prazo inferior ao fixado na lei, deixando a sua apreciação em concreto à discricionariedade da Autoridade;
- os critérios que a AdC ponderou aquando da apresentação do segundo pedido de elementos em Julho de 2005 foram:
 - um período de tempo mais alargado de cinco anos em correspondência com os últimos cinco anos fiscais;
 - pedido de elementos com periodicidade mensal de compilação, de modo a ser mais acessível e mais fácil que os elementos diários;



8

Tribunal de Comércio de Lisboa

- novos elementos de quantidades para além de preços, idênticos aos anteriormente solicitados;
- a AdC justifica tais critérios com a necessidade de obter um compromisso entre uma análise econométrica precisa – que exige um período de tempo mais longo e elementos detalhados – e um aligeiramento da complexidade de compilação e tratamento da informação quer para as empresas quer para a AdC;
- mal se entende que as arguidas venham impugnar o prazo fixado pela Autoridade quando nunca foi sua intenção fornecerem as informações.

Conclui pela total validade dos pedidos de informação.

Começaremos pela análise dos vícios relativos à fixação do prazo de resposta ao pedido de informações, que se consubstanciam essencialmente na falta de fundamentação da decisão de fixação de prazo inferior ao prazo legalmente previsto e de erro sobre os pressupostos de facto da mesma decisão.

*

2.4.2.1. Fixação de prazo para resposta ao pedido de elementos

A AdC fixou, no caso concreto, como prazo limite para o fornecimento por parte das arguidas dos elementos solicitados, 5 dias úteis.

Após resposta das arguidas fixou novo prazo de 5 dias úteis, findos os quais as arguidas não só não forneceram os elementos pedidos como expressamente recusaram o fornecimento dos mesmos, invocando, entre outros motivos, o curíssimo prazo fixado e a respectiva falta de fundamentação.

O nº2 do art. 18º da LdC estabelece: «*As informações e documentos solicitados pela Autoridade ao abrigo da presente lei devem ser fornecidos no prazo de 30 dias, salvo se, por decisão fundamentada, for por esta fixado um prazo diferente.*»

A primeira observação que se nos suscita face ao preceito em causa é a de que a lei fixou, ela própria, não um prazo regra ou um prazo máximo para a prestação de informações, mas sim um prazo único de 30 dias para a prestação de informações e fornecimento de documentos.

A única excepção permitida é a fixação de prazo mais curto ou mais lato pela AdC, por decisão fundamentada.

Trata-se de um prazo que segue as regras de contagem previstas no art. 72º do CPA.

Alegam as arguidas que apenas a urgência (necessidade estrita) da AdC pode servir de fundamentação ao encurtamento do prazo, ao que contrapõe a AdC que o legislador não definiu qualquer critério para fundamentar um prazo inferior ao fixado na lei, deixando a sua apreciação em concreto à discricionariedade da Autoridade.

Na verdade a lei não estabeleceu qualquer parâmetro para a fundamentação da fixação de prazo diverso do legalmente estabelecido, sendo a necessidade



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

referida no nº1 do preceito em análise requisito do próprio pedido de prestação de informações ou de fornecimento de elementos.

Assim a fundamentação exigida por lei terá que se ater à disposição constante do art. 125º do CPA, por via do disposto no art. 123º, nº1, al. d) do mesmo diploma, não sendo defensável que apenas a urgência possa fundar a opção por prazo mais curto.

Nos termos do disposto no art. 125º nº1 do CPA, «*A fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituirão neste caso parte integrante do respectivo acto.*»

Seguindo a lição de Mário Esteves Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim (*in* Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2ª edição, pgs. 600 e ss., Almedina), a fundamentação deve ser **expressa** o que significa que ela deve ser declarada ou manifestada no próprio acto. “Ou seja, para dar cumprimento à exigência de fundamentação não basta que o autor do acto determine e pondere os factos e factores jurídico-administrativos em presença, à luz dos interesses que no caso caiba realizar, é também necessário que revele externamente os termos, a sequência lógica dessa determinação e ponderação (sem prejuízo, claro, de os fundamentos do acto poderem ser expressos ou manifestados por concordância com as razões manifestadas no procedimento, em outros actos).

O que não houver sido expresso ou manifestado directamente ou por concordância – mesmo que se mostrasse, depois, ter sido objecto de ponderação -, não constitui fundamentação do acto administrativo, como justificadamente vem sentenciando a nossa jurisprudência (...).” – autores e local citado, pgs. 600 e 601.

Ou seja, a fundamentação que temos a considerar para aferir da regularidade da fixação de prazo por parte da AdC é apenas a constante do ofício de 05/07/05, atento que os ofícios de 19 e 20 de Julho de 2005 (facto 2.1.26.) nada acrescentaram em termos de fundamentação da fixação do prazo (ao contrário do que sucedeu com a resposta dada à Cerealis como se verifica de 2.1.22.), afastando qualquer hipótese de se considerar uma eventual ratificação nos termos do art. 137º do CPA.

Recordando, o ofício de 05/07/05 tinha o seguinte conteúdo.

“Assunto: Pedido de elementos – Estudo sobre a indústria de panificação”

No âmbito do assunto em epígrafe, do conhecimento de V. Ex^a, vem esta Autoridade solicitar a V. Ex^a, atenta aos seus poderes de supervisão previstos no art. 7º dos Estatutos desta Autoridade, aprovados pelo Decreto Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro e com base no previsto no art. 18º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, o envio, no prazo de **cinco (5) dias** úteis a contar da data de recepção do presente ofício, dos seguintes elementos:



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

1. **Médias mensais dos preços CIF de aquisição do lote trigo em euros por tonelada discriminados por mercado de origem, em periodicidade mensal de Janeiro de 2000 a Maio p.p.;**
2. **Total anuais de quantidades adquiridas de trigo (em toneladas) a cada um dos mercados referenciados no ponto 1 anterior relativas aos anos de 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 e cinco primeiros meses do corrente ano;**
3. **Médias mensais dos preços médios de venda por grosso de farinha de trigo tipo 65, discriminando entre todas as farinhas deste tipo, em euros por tonelada e em periodicidade mensal de Janeiro de 2000 a Maio p.p.;**
4. **Total anuais das quantidades vendidas de farinha de trigo tipo 65 (em toneladas) discriminado entre todas as farinhas deste tipo, em euros por tonelada e em periodicidade mensal de Janeiro de 2000 a Maio p.p.;**

Solicita-se, em acréscimo, que estes elementos sejam enviados em formato electrónico, preferencialmente em formato Excel, para o seguinte endereço:

(...)

O prazo concedido para resposta é inferior ao estabelecido no número 2 do citado artigo 18º, por se tratar de informação cujo tratamento não é objecto de grande complexidade.

Nos termos da alínea d) do nº1 do referido art. 18º, deverá V. Ex^a identificar, de forma fundamentada, as informações que considera confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações.

Chamo a atenção de V. Exa. de que a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido desta Autoridade, constitui contra-ordenação punível com coima, nos termos do disposto no artigo 43º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho." (destaque por sublinhado nosso).

Todas as circunstâncias alegadas pela AdC como ponderadas, a saber, que considerou que os elementos solicitados no ofício de 5 de Julho de 2005 eram da mesma natureza que os que vinham a ser enviados pelas empresas desde o início de 2004 e que o que ponderou foi um período de tempo mais alargado de cinco anos em correspondência com os últimos cinco anos fiscais; o pedido de elementos com periodicidade mensal de compilação, de modo a ser mais acessível e mais fácil que os elementos diários e novos elementos de quantidades para além de preços, idênticos aos anteriormente solicitados; tal como a justificação dos critérios ensaiada - necessidade de obter um compromisso entre uma análise econométrica precisa – que exige um período de tempo mais longo e elementos detalhados – e um aligeiramento da complexidade de compilação e tratamento da informação quer para as empresas quer para a AdC, não podem ser considerados como fundamentação do acto em causa. De igual forma, para este efeito é absolutamente irrelevante o facto dado como provado sob 2.1.18., por de todo não constar da fundamentação expressa do acto.

Efectivamente, nenhuma destas circunstâncias, a começar pela identidade da natureza dos elementos pedidos em Julho com os elementos que vinham a ser prestados desde o início de 2004 consta do ofício de 05/07/04 dirigido às arguidas.



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

Assim, o que temos que avaliar como fundamentação da fixação de prazo diverso do legalmente previsto é apenas a passagem “O prazo concedido para resposta é inferior ao estabelecido no número 2 do citado artigo 18º, por se tratar de informação cujo tratamento não é objecto de grande complexidade”.

Fundamentar é enunciar explicitamente as razões ou motivos (justificar e motivar) que conduziram o órgão administrativo à prática de determinado acto, a exteriorização dos motivos do acto, de molde a permitir a um destinatário normal perceber, perante o itinerário cognoscitivo e valorativo constante do acto, porque se decidiu em determinado sentido.

Devem também ser sucintamente expressas na decisão as razões de facto e de direito determinantes da prática do acto e do conteúdo da decisão – cfr. Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, local citado, pg. 602.

Estará fundamentado o acto que ofereça ao administrado um mínimo de concretização que lhe permita contra ele reagir da forma que considere apropriada, a nível gracioso ou contencioso – cfr. neste sentido, entre muitos outros, os Acs. STA de 20/01/05 e de 12/07/05, ambos disponíveis *in* <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/>.

Acresce que a necessidade e o grau de exigência da fundamentação dependem, como é jurisprudência uniforme, do tipo de acto em causa.

Nenhuma questão se levanta quanto à fundamentação de direito do acto. Já não assim quanto às razões de facto que fundaram esta concreta decisão.

No caso concreto, como justamente apontam as arguidas o que temos é uma formula abstracta não concretizada. Tanto é assim que a própria AdC se sentiu na obrigação de explicitar, nos autos, porque entendia que o tratamento da informação não era de grande complexidade – porque considerou que se tratavam de elementos de natureza idêntica aos que já vinham a ser processados e enviados pelas arguidas à AdC desde o início de 2004.

Como é possível concluir limpidamente, para que a fixação deste prazo se pudesse considerar fundamentada contendo a enumeração sucinta das razões de facto (incluindo pressupostos e motivos) que levaram à decisão de fixação de prazo mais curto em termos que permitissem aos seus destinatários conhecer o percurso cognoscitivo e valorativo do acto, pelo menos esta consideração (elementos de idêntica natureza) teria que ali constar.

Em conclusão, o acto não se encontra suficientemente fundamentado – na parte relativa à fixação de prazo mais curto que o legalmente previsto, o que equivale a falta de fundamentação nos termos do disposto no art. 125º nº2 do CPA.

Tal tem, na presente sede, a seguinte consequência:

Uma vez que a infracção contra-ordenacional imputada é uma infracção por omissão pura, que se consuma no momento em que, decorrido o prazo, o visado



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

ou visados não pratiquem o acto que lhes foi imposto, a invalidade da aposição de prazo elimina um dos elementos objectivos da infracção, não se colocando sequer a hipótese de convalidação do acto por substituição do prazo ilegalmente fixado pelo prazo legal de 30 dias.

Por outro lado, o conhecimento de todos os argumentos alinhados pelas arguidas tendentes a demonstrar a existência de erro sobre os pressupostos de facto desta concreta decisão por parte da AdC e contra argumentos desta, fica prejudicado.

Na verdade os pressupostos de facto em causa teriam que resultar da fundamentação do acto – e não resultam – e só nessas condições se iria discutir e apreciar se esses mesmos pressupostos eram verdadeiros ou cognoscíveis por parte da AdC. Não se mostra assim possível sequer a apreciação das circunstâncias relativas ao cálculo dos preços CIF, à consulta de documentos, período de férias e outros. Também não se irá apreciar o (circular e lateral) argumento da AdC de que tanto a informação não era complexa que as demais empresas satisfizeram nos prazos fixados para o efeito, de se os elementos constavam de dados contabilísticos de registo obrigatório ou se compilar elementos mensais é mais fácil que compilar elementos diários e certamente não se apreciará a disposição manifestada extemporaneamente pela AdC para conceder prorrogações de prazo se requeridas.

Das alegações da AdC retira-se a quase imputação às arguidas de um *venire contra factum proprio* por virem impugnar o prazo fixado pela Autoridade quando nunca foi sua intenção prestarem as informações, mais sendo afirmado que o que está em causa nos autos não é a recusa das arguidas de proceder ao envio dos elementos no prazo atribuído pela Autoridade mas sim a sua recusa absoluta em fazê-lo.

Apenas se pode voltar a frisar que, para que se mostrem verificados, no caso concreto, todos os elementos típicos objectivos da infracção imputada às arguidas, a ordem de prestação de informações tinha que ser substancial e formalmente válida. E o preenchimento desse elemento típico apenas dependia da AdC. Se o pedido de informações tivesse cumprido todos os requisitos legais não procederia a “impugnação” das arguidas nesta parte. Escusamo-nos de completar o raciocínio, pois que nos levaria a uma valoração sobre a conduta da AdC exteriorizada nesta asserção e não é essa a nossa função enquanto decisor.

*

2.4.2.2. Violção do princípio da igualdade

O princípio da igualdade, encontra-se consagrado na CRP nos seguintes termos: *Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei* (art. 13º, nº 1, concretizando o nº 2 do preceito este princípio geral).

A protecção conferida por este direito abrange a proibição do arbítrio (proíbe diferenciações de tratamento sem justificação objectiva razoável ou



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

identidade de tratamento em situações objectivamente desiguais) e da discriminação (não permite diferenciações baseadas em categorias subjectivas ou em razão dessas categorias).

Na sua vertente de proibição de arbitrio constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo de controlo: nem aquilo que é fundamentalmente igual deve ser tratado arbitrariamente como desigual, nem aquilo que é essencialmente desigual deve ser arbitrariamente tratado como tal. – cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, loc. cit. pg. 339.

Valendo como princípio objectivo de controlo esta regra “não significa em si mesma, simultaneamente, um direito subjectivo público a igual tratamento, a não ser que se violem direitos fundamentais de igualdade concretamente positivados (por exemplo, igualdade dos cônjuges) ou que a lei arbitrária tenha servido de fundamento legal para actos da administração ou da jurisdição lesivos de direitos e interesses constitucionalmente protegidos.” – autores e loc. cit.

Na vertente de proibição de discriminações a regra não significa uma exigência de igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento. “O que se exige é que as medidas de diferenciação sejam materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, da justiça e da solidariedade e não se baseiem em qualquer motivo constitucionalmente impróprio.” – autores e loc. cit., pg. 340.

Os mesmos autores sublinham ainda que as decisões mais recentes do Tribunal Constitucional continuam a assinalar correctamente que o princípio da igualdade obriga a que se trate por igual o que for necessariamente igual e como diferente o que for essencialmente diferente, não impedindo a diferenciação de tratamento, mas apenas as discriminações arbitrárias, irrazoáveis, ou seja, as distinções de tratamento que não tenham justificação e fundamento material bastante, sendo o ponto central da discussão em torno do princípio da igualdade “saber se existe fundamentalmente material bastante para diferenciações de tratamento jurídico, o que nem sempre é fácil de averiguar...” – autores e loc. cit., pg. 341.

Por sua vez o art. 5º do CPA, cujo nº1 prescreve:

«*Nas suas relações com os particulares, a Administração Pública deve reger-se pelo princípio da igualdade, não podendo privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum administrado em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.*» traduz em lei ordinária este princípio para o procedimento administrativo, aqui aplicável, atento que o pedido de informações foi formulado num procedimento desta natureza, valendo para este preceito, naturalmente, todas as considerações tecidas sobre a disposição da lei fundamental acima citado – cfr. Mário Esteves Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim *in*



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2^a edição, pgs. 99 e ss., Almedina.

Feito o enquadramento do princípio cuja violação a arguida reclama, relembrmos que o que está aqui em causa é a concessão, a outra empresa objecto de pedido dos mesmos elementos por parte da AdC no mesmo estudo, após a concessão de um prazo inicial igual de 5 dias, de um segundo prazo de 7 dias, quando às arguidas se concedeu apenas um segundo prazo de 5 dias. Apontam também as arguidas o facto de a resposta a essa empresa ter sido muito mais completa que aquela do que aquela que a AdC lhes dirigiu.

Tendo em conta o teor dos ofícios trocados entre as arguidas e a AdC (factos 2.1.14., 2.1.25. e 2.1.26.) e entre a Cerealis e a AdC (factos 2.1.14., 2.1.19., 2.1.21. e 2.1.22.) resulta que:

- a Cerealis, no final da sua resposta à AdC ao pedido inicial de elementos formulou o seguinte pedido: "Assim, resulta necessário, por um lado, que se esclareça a relação entre o processo PRC 06/04 e o estudo sobre a indústria da panificação conduzidos em simultâneo pela Autoridade da Concorrência e por outro lado, que seja aplicada a norma estipulada no nº2 do artigo 18º da Lei da Concorrência, que concede, como regra, o prazo de 30 dias para apresentação das informações e documentos solicitados pela Autoridade da Concorrência.

Aguardando que a Autoridade da Concorrência transmita os esclarecimentos solicitados, ficamos à disposição de V. Exa. e (...).

Ou seja, a Cerealis expôs as suas dúvidas quanto à relação entre este pedido de informações e o PRC 06/04 e requereu expressamente que essa relação fosse esclarecida e ainda que fosse aplicado o disposto no art. 18º nº2 da LdC, ou seja, que lhe fosse fixado o prazo de 30 dias para resposta ao pedido de elementos.

Respondendo a este pedido a AdC respondeu, ao primeiro ponto:

"Primeiro, conforme esclarecido no n/ ofício S-AdC/2005/28S, de 5 de Julho p.p., o pedido de elementos insere-se nos poderes de supervisão conferidos a esta Autoridade pelo artigo 7º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, no âmbito dos quais, compete a esta Autoridade, nomeadamente, assim como disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo referido, "proceder à realização de estudos, inquéritos, inspecções ou auditorias que, em matéria de concorrência, se revelem necessários"; assim, os elementos solicitados destinam-se à elaboração de um estudo sobre a indústria da panificação, o qual é já do conhecimento de V.Exa. dado o envio periódico de informação nesse âmbito, mas cuja conclusão necessita agora de informação anterior a 2004 conforme a solicitada no n/ último ofício supra referido."

E, quanto ao segundo ponto respondeu:

"Segundo, quanto ao prazo concedido para resposta ao pedido de elementos, convém esclarecer que o nº2 do artigo 18º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, refere: "As informações e documentos solicitados pela Autoridade ao abrigo da presente lei devem ser fornecidos no prazo de 30 dias, salvo se, por decisão fundamentada, for por esta fixado um prazo diferente."; assim, o prazo de cinco (5) dias justifica-se pelo facto da informação solicitada ser não só semelhante à enviada periodicamente



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

para esta Autoridade como, igual e nomeadamente, não revelar de uma grande complexidade, devendo ser por tal motivo facilmente coligida.

Neste sentido, considerando o facto da resposta de V. Ex^a ter exaurido o prazo anteriormente fixado de (5) dias úteis e face ao solicitado pelas v/ empresas Cerealis, Moagens, SA e Cerealis – Produtos Alimentares, SA, entende esta Autoridade acordar a essas empresas uma prorrogação do prazo de resposta aos elementos solicitados no n/ofício acima referenciado de sete (7) dias úteis a contar da data de recepção do presente ofício."

- as arguidas, respondendo ao primeiro pedido de informações, expuseram essencialmente os mesmos pontos materiais que a Cerealis e terminaram da seguinte forma:

"Tendo em conta o exposto a Germen (Granel/Ceres) encontra-se neste momento a ponderar a obrigatoriedade legal de disponibilizar ou não a informação requerida, atenta a sua posição processual de arguido, os direitos e garantias que daí lhe advêm e a coincidência do âmbito dos elementos solicitados com os factos constitutivos do ilícito de que é acusada.

Por outro lado, ainda que essa questão não se colocasse, a informação solicitada, que se reporta a transacções com mais de cinco anos e a um período de tempo muito mais vasto, não se encontra imediatamente disponível na empresa, necessitando de ser recolhida, tratada e verificada, implicando operações complexas, demoradas e consumidoras de importantes recursos humanos.

Sucede pois que a justificação apresentada pela Autoridade da Concorrência para derrogação do prazo legal de 30 dias para resposta a pedidos de informação, constante do art. 18º nº2 da Lei da Concorrência, i.e., a alegada simplicidade de tratamento da informação em causa, repousa num erro manifesto: o de que é razoável, no prazo em questão, a empresa proceder, não só à resposta ao pedido mas, sobretudo, obter aconselhamento adequado para que possa decidir, com rigor, seriedade e ponderação, sobre a obrigatoriedade de dar cumprimento ao pedido efectuado ou sobre a eventual legitimidade de uma recusa do mesmo.

Nestes termos, a Germen (Granel/Ceres) não está ainda em condições de responder ao pedido de que foi notificada."

As arguidas, diferentemente da Cerealis, nada requereram à AdC, quer sobre a relação com o PRC 06/04, quer quanto ao prazo fixado. Expuseram a sua visão, as razões quanto à exiguidade do prazo e terminaram declarando expressamente não se encontrarem em condições de responder ao pedido.

Nada tendo sido requerido, a AdC limitou-se a reafirmar o pedido e a conceder novo prazo de 5 dias nos seguintes termos:

"Assunto: Pedido de elementos – Estudo sobre a indústria de panificação

Relativamente à resposta de V. Ex^a, datada de 15 de Julho (20 de Julho) p.p. ao n/ ofício S-AdC/2005/291 (n/ ofício S-AdC/2005/288// n/ ofício S-AdC/2005/292), reitera-se o pedido de elementos constante do mesmo, sendo um novo prazo de resposta fixado a cinco (5) dias úteis a contar da data de recepção do presente ofício.

Reitera-se, igualmente, a atenção de V. Ex^a de que a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a um pedido desta Autoridade, constitui contra-ordenação punível com coima nos termos do disposto no art. 43º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho."



S

Tribunal de Comércio de Lisboa

Verifica-se pois, facilmente, que tendo existido um tratamento diferenciado por parte da AdC entre a Cerealis e as arguidas, tal se fundou no facto de a Cerealis ter requerido algo, nada tendo sido requerido pelas arguidas.

Não tendo as arguidas formulado qualquer pedido, fosse de esclarecimento, fosse de prorrogação do prazo, fosse de aplicação do prazo de 30 dias, a AdC nada tinha a esclarecer e, se concedeu novo prazo foi porque o entendeu.

No caso da Cerealis a AdC pronunciou-se sobre um pedido de esclarecimentos e um pedido de concessão de prazo mais alargado, entendeu-o, legitimamente como um pedido de prorrogação do prazo inicialmente concedido e deferiu parcialmente o requerido, concedendo um prazo adicional de 7 dias.

A AdC deu um tratamento desigual a duas situações desiguais, não se surpreendendo, pois, nesta conduta qualquer violação do princípio da igualdade em qualquer das suas manifestações.

Refira-se, aliás que nem o princípio da boa-fé nem, nomeadamente o princípio da cooperação (arts. 6º-A e 7º nº1 do CPA) impunham à AdC que procedesse a esclarecimentos de todos não solicitados pelas arguidas e que a conduta da AdC na simples reiteração do pedido não se mostra violadora de qualquer destes preceitos de forma a gerar, por esta via, invalidade do acto. Para tanto seria necessário ter demonstrado que por via de uma omissão da AdC se tinham deixado de levar ao processo factos e interesses determinantes, demonstração de todo não feita ou sequer alegada – cfr. Mário Esteves Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, loc. cit., pg. 118.

*

2.4.2.3. Indicação do objectivo dos pedidos de elementos

Acima assinalámos já que o art. 18º da LdC no percurso legislativo nacional de concorrência surge pela primeira vez com a LdC e identificámos as normas inspiradoras deste art. 18º da LdC como os arts. 11º do Regulamento 17/62 e 18º do Regulamento 1/2003 (cfr. ponto 2.4.1.7.).

Na decisão tomada por este tribunal no processo de recurso de contrordenação nº 769/05.6TYLSB afirmou-se:

“Efectivamente, ao falar em objectivo do pedido tal não implica que a AdC tenha que explicar para que quer os elementos. Tal implica que a AdC tem que explicitar claramente o que está a pedir – o objectivo do pedido – o que claramente foi feito.”

Ou seja, na decisão proferida naqueles autos o tribunal assimilou a indicação do objectivo do pedido à explicitação dos elementos que estão a ser pedidos e entendeu que estava verificado.

Hoje já não entendemos assim o preceito.

Vejamos o enquadramento histórico da norma.

O art. 11º do Regulamento 17/62 estabelecia duas fases obrigatórias a percorrer até ser atingido o pedido decisão.



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

Na 1º fase – art. 11º nº3 – a Comissão tinha que indicar “os fundamentos jurídicos e o objectivo do pedido, bem como as sanções previstas 11º nº 1, alínea b), do artigo 15º do presente regulamente para o caso de ser prestada uma informação inexacta.”

Na 2ª fase – art. 11º nº5 – “A decisão especificará as informações pedidas, fixará um prazo conveniente no qual a informação deve ser prestada e indicará as sanções previstas no nº 1, alínea b), do artigo 15º e no nº 1, alínea c), do artigo 16º, bem como a possibilidade de recurso da decisão para o Tribunal de Justiça.”

No final do processamento em duas fases a destinatária do pedido dispunha, pois, de todos os elementos previstos na 1ª e 2ª fases, entre as quais o objectivo do pedido e a especificação das informações pedidas.

O Regulamento 1/2003 eliminou o processamento em duas fases e previu como elementos necessariamente a ser transmitidos (art. 18º nº2):

- o fundamento jurídico do pedido;
- a finalidade do pedido (*the purpose of the request*);
- a especificação da informação que é requerida;
- o prazo dentro do qual a informação deve ser fornecida;
- as sanções previstas no art. 23º para os casos de fornecimento de informações inexatas ou deturpadas (*incorrect or misleading information*).

No único pedido formulado aglutinam-se agora todos os elementos que antes se juntavam no final das duas fases e entre os quais se prevê, diferenciadamente, o objectivo (finalidade) da informação e a especificação da informação a prestar.

Ou seja, o objectivo do pedido e o objecto do pedido são duas coisas diferentes.

A necessidade de especificação da informação que é pedida é conatural do próprio pedido de informações e resulta directamente do proémio do nº1 do no art. 18º da LdC – “solicitar ... documentos e outras informações que se revelem necessárias”.

Os elementos previstos nas alíneas do nº1 do art. 18º acrescem aos elementos do proémio, são um *plus* relativamente ao próprio pedido de informações, entre os quais o objectivo do pedido, sendo enumerados naquelas alíneas os seguintes:

- a) a base jurídica e o objectivo do pedido;
- b) o prazo para a comunicação das informações ou o fornecimento dos documentos;
- c) as sanções a aplicar na hipótese de incumprimento do requerido;
- d) a informação de que as empresas deverão identificar, de maneira fundamentada, as informações que considerem confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações.



9

Tribunal de Comércio de Lisboa

O que entender por indicação do “objectivo do pedido”? A AdC terá que, minimamente, indicar de forma necessariamente sucinta porque razão necessita dos documentos ou informações que solicita. Isto não implica, obviamente, que minuciosamente se expliquem todas as razões pelas quais os elementos são necessários e não implica, de modo algum, que se explique para o que vão servir ou ser utilizados.

Só mediante esta indicação poderão os destinatários do pedido de informações controlar o requisito “necessidade das informações ou documentos” previsto no art. 18º nº1 proémio da LdC.

Num caso como o dos autos, a mera indicação “Assunto: Pedido de elementos – Estudo sobre a indústria de panificação” claramente não cumpre esta função. Esta indicação serve para localizar o pedido e o procedimento em que é formulado, mas não o objectivo do pedido.

No caso *sub judice*, a correcta indicação do objectivo do pedido seria, eventualmente, aquela que foi feita no segundo ofício dirigido à Cerealis, no qual a AdC esclarece – “os elementos solicitados destinam-se à elaboração de um estudo sobre a indústria da panificação, o qual é já do conhecimento de V. Ex.^a dado o envio periódico de informação nesse âmbito, mas cuja conclusão necessita agora de informação anterior a 2004”

A existência ou inexistência do estudo sobre a panificação, as dúvidas expressadas pelas arguidas quanto à correspondência entre o assunto indicado nos pedidos de informação de Janeiro e Fevereiro de 2004 e o assunto indicado nos pedidos de Julho de 2005 e o facto de nunca ter sido comunicado às arguidas que tal estudo estava a ser feito acabam, assim, por ser totalmente irrelevantes, face à constatação de que o pedido de Julho de 2005 não continha, de todo, a indicação do objectivo do pedido.

Da mesma forma irreleva de todo se as arguidas sabiam ou não qual o estudo e o procedimento no âmbito do qual lhe estavam a ser solicitadas as informações – os requisitos previstos por lei para os actos da AdC não podem ser completados pelas menções das respostas dos visados, antes tendo que estar verificados no momento em que o acto é praticado.

Anota-se, porém, que a exigência legal não abrange a indicação do objectivo do estudo, ou, mais genericamente, do procedimento em que é solicitada a prestação de informações ou o fornecimento de documentos. Os procedimentos sancionatórios e de supervisão são iniciados e prosseguidos pela AdC no exercício dos seus poderes e para prosseguimento das suas atribuições, sujeita a critérios de legalidade cujo controlo é exercido por recurso a outros mecanismos. No caso dos pedidos de informações a lei basta-se com os elementos constantes do art. 18º nº 1 da LdC.

O controlo que as arguidas referem ter tentado efectuar através da consulta do Estudo tinha que ser efectuado, em primeiro lugar, pelo conteúdo do próprio pedido de informações e pela indicação em falta.



Tribunal de Comércio de Lisboa

Conclui-se, pois, que o pedido de Julho de 2005, quer o inicial, quer a sua reiteração, não contem todos os elementos previstos no art. 18º nº1 da LdC, designadamente faltando a indicação do objectivo do pedido.

Tanto basta para concluir pela invalidade do pedido, por a ordem a cuja obediência as arguidas estariam adstritas, como se referiu supra, ter que ser formal e substancialmente legítima para se poder concluir pela existência de todos os elementos típicos da infracção.

A qualificação das consequências do vício (nulidade, anulabilidade, falta de fundamentação, violação de lei ou outro) não é necessária no percurso decisório que aqui tomamos, tendo a sua sede própria na acção administrativa especial que também corre termos neste juízo e tribunal.

*

Uma vez que não se mostram reunidos todos os elementos objectivos da infracção contra-ordenacional por cuja prática as arguidas foram condenadas, não há sequer que prosseguir na análise dos elementos subjectivos e demais questões suscitadas pelas arguidas nas suas impugnações (não censurabilidade da conduta, inexistência de culpa e valoração dos critérios de determinação da medida da coima), havendo que, sem mais, absolver as arguidas das infracções que lhes foram imputadas.

*

3. Decisão

Pelo exposto, julgando integralmente procedentes os recursos interpostos pelas arguidas, o tribunal decide:

a) Absolver as arguidas **Germen – Moagem de Cereais, SA, Granel – Moagem de Cereais, SA e Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, SA** da prática, cada uma delas, da contra-ordenação prevista e punida pelo art. 43º, nº3, al. b) da Lei nº 18/03 de 11/06.

*

Sem custas.

*

Notifique.

*

Proceda-se ao depósito desta sentença.

*

Comunique à autoridade administrativa, nos termos do disposto no art. 70º nº4 do Decreto Lei nº 433/82 de 17/10, na redacção dada pelo Decreto Lei nº 244/95 de 14/09.

*

Lisboa, 8 de Maio de 2007

(elaborei e revi a presente decisão)

Antónia Reis Silveira