

Acórdãos TRL

Processo:
Relator:
Descritores:

Nº do Documento:
Data do Acordão:
Votação:
Texto Integral:
Meio Processual:
Decisão:
Sumário:

1/10.0TVLSB.L1-8
LUÍS CORREIA MENDONÇA
PROVIDÊNCIA CAUTELAR
COMPETÊNCIA MATERIAL
TRIBUNAL CÍVEL
DEFESA DA CONCORRÊNCIA
CONTRA-ORDENAÇÃO

RL
20-05-2010
UNANIMIDADE
S
APELAÇÃO
PROCEDENTE

1- A matéria para a qual a AdC (Autoridade da Concorrência) tem competência exclusiva é de cariz contra-ordenacional, competindo-lhe, sancionar, em sede de concorrência os ilícitos penais administrativos, com as adequadas coimas.

2. Para além disto, a AdC tem, no plano administrativo o poder de determinar medidas preventivas e/ou correctivas dos efeitos das práticas e acordos restritivos da concorrência. 3. As prerrogativas e poderes da AdC em sede de ilícito penal administrativo e administrativo *tout court* em nada interferem com a competência dos Tribunais Judiciais para decretarem as providências cautelares em matéria cível.

(Sumário do Relator)

Decisão Texto Parcial:
Decisão Texto Integral:

B, S. A. instaurou procedimento cautelar comum, contra Banco, S.A. e S, S.A. pedindo que:

i) seja ordenado às requeridas para procederem à sustação total e imediata da operação de transferência das transacções da rede de N, pertença da 1.ª requerida, do sistema da requerente para o sistema da 2.ª requerida S, bem como a cessação pelas requeridas de todas e quaisquer práticas impeditivas ou restritivas da concorrência no específico mercado do processamento de sistemas e redes de pagamentos electrónicos, até que se verifique o trânsito em julgado da sentença que vier a ser proferida no processo principal que a requerente irá propor, com todas as consequências legais;

ii) sejam ambas as requeridas notificadas pelo tribunal, sob as legais cominações, para se absterem de praticar, por si próprias ou por intermédio de terceiros, qualquer acto ou omissão que viole, directa ou indirectamente, a ordem judicial emitida nestes autos, incluindo, sem limitar, a substituição de TPA (terminais de pagamento automático) da rede N colocados e activos em estabelecimentos comerciais, ligados ao sistema da requerente.

iii) sejam condenadas as requeridas, em caso de desrespeito das medidas cautelares decretadas, em sanção pecuniária

compulsória por cada infracção praticada, em montante nunca inferior a € 800.000.

Alegou, em síntese, com pertinente concretização factual, que:

- existe um acordo, em execução, entre as requeridas tendo por objecto a transferência das transacções da rede de N do sistema da aqui requerente, contratualizado pela requerente com a 1.ª requerida, para a rede tecnológica da 2.ª requerida;
- esse acordo tem por objecto e, seguramente, por efeito, impedir, extinguindo-a totalmente, a concorrência, no mercado nacional do processamento das transacções electrónicas, repondo o monopólio da 2.ª requerida;
- tal acordo lesa gravemente, entre outros, os direitos e interesses legítimos e próprios da requerente, bem como a sua liberdade de iniciativa no mercado, pois a requerente vê-se, de facto, impedida de continuar a concorrer no mercado nacional, com inerente perda de negócio e de receitas;
- se as requeridas lograrem concluir a operação de transferência que se encontram a executar e que se descreve, com a consequente reposição do monopólio da 2.ª requerida no mercado português do processamento do «acquiring» V e M, e com a interrupção da utilização em Portugal do sistema de processamento da requerente, não o substituindo sequer por sistema pertencente a entidade nacional ou estrangeira, distinta do processador dominante S, tornar-se-á extraordinariamente onerosa e quase inviável, quando vier a ser proferida sentença na acção principal, a reconstituição da situação anterior, incluindo no plano da tutela do bem jurídico concorrência;
- não existe providência judicial nominada destinada a acautelar os direitos invocados neste procedimento;
- a providência requerida mostra-se adequada a remover o *periculum in mora* concretamente verificado e a assegurar a efectividade dos direitos ameaçados;
- o prejuízo resultante do deferimento da providência, não excede – bem pelo contrário – o montante dos danos que com a mesma se pretendem evitar e que se computam em pelo menos € 20.000.000.

Mostram-se verificados todos os pressupostos de que a lei faz depender o decretamento das providências requeridas.

Regularmente citadas ambas as requeridas contestaram. A 2.ª requerida concluiu o seu instrumento de oposição pugnando pela procedência da exceção dilatória de incompetência absoluta do Tribunal, ou, quando assim se não entenda, por improcedência dos pedidos, ao passo que a 1.ª requerida se pronunciou em prol do indeferimento integral da providência cautelar requerida.

Por decisão proferida em 01.02.2010, o primeiro grau julgou procedente a exceção dilatória de incompetência absoluta do Tribunal, em razão da matéria, para conhecer e decidir da causa e, consequentemente, absolveu as requeridas da instância.

Inconformada, interpôs a requerente competente recurso de apelação, cuja minuta concluiu nos seguintes termos:

«1. O presente recurso de Apelação vem da Sentença prolatada a folhas ..., que, invocando as disposições legais conjugadas dos artigos 6.º e 7.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro (mas, na realidade, visando reportar-se aos artigos 6.º e 7.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo dito Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro), da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho e o artigo 101.º e seguintes do Código de Processo Civil, julgou procedente, por provada, a exceção dilatória de incompetência absoluta do Tribunal, em razão da matéria, para conhecer e decidir da causa, absolvendo as Requeridas da instância e condenando a Requerente nas custas do processo.

2. Ao decidir de tal forma, o Tribunal de 1.ª Instância decidiu mal, em manifesta violação do disposto na lei, desde logo, no que concerne às situações em que se justifica a absolvição da instância, com fundamento na exceção da incompetência absoluta do Tribunal, em razão da matéria (cfr. artigos 101.º; 288.º, n.º 1, alínea a); 493.º, n.º 2; 494.º, alínea a); e 495.º, todos do Código de Processo Civil).

3. A acrescer, a decisão judicial em apreço violou o disposto no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 2.º do Código de Processo Civil (garantia de acesso aos Tribunais); no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva); no n.º 1 do artigo 18.º (competência em razão da matéria) e nas alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 97.º (competência das Varas Cíveis) da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais; e, ainda, no artigo 66.º do Código de Processo Civil (competência dos tribunais judiciais).

4. Além do que procedeu a uma errada (e desconforme à Constituição da República Portuguesa) interpretação e aplicação dos invocados artigos 6.º e 7.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho e do artigo 101.º e seguintes do Código de Processo Civil.

5. Tal decisão traduziu-se na preterição dos legítimos direitos e interesses da Requerente nos autos, aqui Apelante, em benefício injustificado e injusto das Requeridas, aqui Apeladas, o que impõe uma decisão distinta por parte do Julgador *ad*

quem, que se almeja por via do presente recurso.

6. A Sentença da qual se recorre é tão mais passível de reparo quanto teve carácter “liminar”, vedando à Requerente do procedimento cautelar, ora Apelante, o cumprimento do ónus que sobre si recaía de provar os factos alegados. E não pode deixar de se assinalar a circunstância de, para conhecer da pretensa excepção - aliás, de conhecimento oficioso - o Tribunal *a quo* ter levado trinta dias após a propositura do procedimento cautelar, o que, por si só - atenta a natureza urgente do processo e a iminência do agravamento e, até mesmo, o risco de consumação das lesões que se pretendem evitar - poderá comprometer irremediavelmente as legítimas pretensões da Requerente.

7. A decisão do Tribunal *a quo* está eivada de várias incorrecções e equívocos, decorrentes de incorrecta análise do Requerimento Inicial, bem como de errada interpretação e aplicação do Direito ao caso *sub judice*.

8. Contrariamente ao que resulta da decisão em crise, é notório que ao Tribunal recorrido assiste competência para conhecer e decidir o presente procedimento cautelar.

9. O Tribunal de 1.ª Instância começa - e bem - por se deter sobre o preceituado no n.º 2 do artigo 2.º do Código de Processo Civil, do qual decorre que a todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a sua violação e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção.

10. Contudo, apressa-se a afastar a regra basilar aí consagrada, para se enredar numa evidente confusão entre matérias da competência de uma autoridade administrativa, a Autoridade da Concorrência, e matérias da competência dos Tribunais Judiciais.

11. É manifesto que nem os invocados artigos 6.º e 7.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro), nem os normativos constantes do Regime Jurídico da Concorrência (aprovado pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, com a redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de Novembro) “determinam o contrário”, pelo que não constituem, nem podem ser validamente interpretados e aplicados como constituindo, uma excepção ao princípio geral estatuído no aludido n.º 2 do artigo 2.º do Código de Processo Civil.

12. As normas que constituem o fundamento jurídico da decisão recorrida deviam ter sido interpretadas e aplicadas no sentido de conferirem à Autoridade da Concorrência uma

competência delimitada à matéria contra--ordenacional, mesmo em sede cautelar, uma vez que só essa interpretação encontra sustentação legal nos citados artigos 6.º e 7.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro) e nas disposições constantes do Regime Jurídico da Concorrência (aprovado pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, com a redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de Novembro).

13. O Tribunal *a quo* nunca podia ter interpretado e aplicado os dispositivos legais em que fundou a sua decisão no sentido de tais normas jurídicas excluírem da competência dos Tribunais Judiciais a apreciação e julgamento de providências cautelares em matéria cível, cujo fim único é o de assegurar o efeito útil de uma acção principal, também ela de natureza cível, da competência material exclusiva de um Tribunal Cível (no caso, uma Vara Cível).

14. A matéria para a qual a Autoridade da Concorrência tem competência exclusiva é de cariz contra-ordenacional, cabendo-lhe, em sede de concorrência, sancionar as infracções (ilícitos de mera ordenação social) que, mediante denúncia ou não, detectar, aplicando ao(s) infractor(es)/arguido(s) a correspondente coima e demais sanções.

15. Este mesmo entendimento foi corroborado pela própria Autoridade da Concorrência, na resposta ao ofício do Tribunal de 1.ª Instância junta a folhas 502 e 503 dos autos.

16. Para além disto, a Autoridade da Concorrência tem, no plano administrativo e apenas nesse plano, o poder de determinar medidas preventivas e/ou correctivas dos efeitos das práticas e acordos restritivos da concorrência.

17. Contudo, tal prerrogativa da Autoridade da Concorrência - reitera-se, de natureza administrativa e em matéria contra-ordenacional – em nada contende e, menos ainda, exclui a competência dos Tribunais Judiciais para decretarem providências cautelares em matéria cível, como as requeridas nestes autos.

18. O Tribunal *a quo* também não podia ter aplicado à situação dos autos o disposto no artigo 101.º e seguintes do Código de Processo Civil, uma vez que não se verifica aqui a violação de regras de competência, designadamente em razão da matéria, que determinaria a incompetência absoluta do Tribunal, pelo que a interpretação e aplicação desse preceito violou a letra e a *ratio* da norma em que o Tribunal de 1.ª Instância fundou a sua decisão.

19. Não pode aceitar-se a argumentação aduzida no aresto em crise, quando alude a uma eventual situação de litispendência. Na realidade, tal entendimento não encontra correspondência

com o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 497.º e no n.º 1 do artigo 498.º do Código de Processo Civil, quando preceituam que a excepção da litispendência pressupõe a repetição de uma causa, verificando-se no caso de a causa se repetir estando a anterior ainda em curso; que a excepção da litispendência tem por fim evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior; e que a causa repete-se quando se propõe uma acção idêntica a outra quanto aos sujeitos, ao pedido e à causa de pedir.

20. É notório - mais, ainda, tendo presente a resposta da Autoridade da Concorrência ao ofício do Tribunal de 1.^a Instância que solicitou informação acerca do estado actual da denúncia apresentada (cfr. teor do ofício datado de 7 de Janeiro de 2010 e resposta de folhas 502 e 503 dos autos) - que não se encontra pendente, nem foi decretada, pela Autoridade da Concorrência, qualquer medida cautelar ou correctiva.

21. E, ainda que o tivesse sido – o que apenas se conjectura por dever de patrocínio – não estaríamos perante uma eventual situação de litispendência, por não estarem verificados os pressupostos e os requisitos legais acima enunciados.

22. Pelos motivos expostos, não existe, igualmente, qualquer “duplicação de processos com o mesmo fim”.

23. Na realidade, o único processo judicial, pendente de decisão, que incide sobre o decretamento de medidas cautelares como as requeridas nestes autos é o processo correspondente a estes mesmos autos.

24. Todavia, sempre se dirá que, face ao disposto na primeira parte do n.º 3 do artigo 392.º do Código de Processo Civil, caso o Tribunal recorrido entendesse que, de algum modo, as providências cautelares requeridas nestes autos poderiam coincidir, ainda que em parte, com as medidas cautelares administrativas para as quais a Autoridade da Concorrência tem competência – o que se refuta expressamente, apenas se conjecturando por dever de patrocínio – podia e devia o referido Tribunal ajustar, alterar ou restringir o âmbito das providências requeridas, o que não fez.

25. Os processos instaurados pela Autoridade da Concorrência, ainda que, naturalmente, assegurem aos visados as garantias de defesa, não são “processos de partes”. E as medidas preventivas e/ou correctivas dos efeitos das práticas e acordos restritivos da concorrência determinadas pela referida entidade administrativa não estão sujeitas aos princípios do dispositivo, nem do pedido, que regem o processo civil em sede de apreciação e julgamento dos procedimentos cautelares (nos termos conjugados dos artigos 264.º e 664.º do Código de Processo Civil).

26. Como tal, e ao contrário do que preconiza o Tribunal *a quo*, o decretamento de medidas cautelares como as peticionadas nestes autos não está, nem poderia estar, vedado aos Tribunais Judiciais.

27. Não se vislumbra como o Tribunal de 1.ª Instância pode inferir da resposta da Autoridade da Concorrência ao seu ofício (a folhas 502 e 503 dos autos), “que a Autoridade da Concorrência já ouviu necessariamente as requeridas antes da sua citação nestes autos tendo em conta o disposto nos art.ºs 25 e 26 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho”. É que dos preceitos mencionados resulta exactamente o oposto: apenas quando estiver concluída a fase de inquérito, o que ainda não ocorreu, e caso seja iniciada a fase de instrução, a Autoridade da Concorrência emite “notificação dirigida às empresas ou associações de empresas arguidas, sempre que se conclua, com base nas investigações levadas a cabo, que existem indícios suficientes de infracção às regras da concorrência”.

28. À Autoridade da Concorrência não assiste competência – e, ainda menos, competência exclusiva – para declarar a nulidade das práticas e acordos restritivos ou impeditivos da concorrência que a Requerente/Apelante imputa às Requeridas/Apeladas (cfr. n.º 2 do artigo 4.º do Regime Jurídico da Concorrência).

29. É patente que nos presentes autos está em causa a vertente civil do diferendo, como, aliás, ficou consignado no articulado inicial. Da simples leitura do Requerimento Inicial decorre que a acção principal que a Requerente, ora Apelante, irá intentar visará, a título principal, a declaração judicial da nulidade das práticas e acordos restritivos ou impeditivos da concorrência, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 4.º do Regime Jurídico da Concorrência.

30. E a nulidade prevista no Regime Jurídico da Concorrência, enquanto sanção civil para a violação da lei, é a nulidade prevista e regulada no artigo 286.º e seguintes do Código Civil: é invocável a todo o tempo, por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo Tribunal. E apenas pelo Tribunal.

31. Sendo, ainda, certo que “interessado”, para esse efeito, é qualquer pessoa singular ou colectiva que possa ser afectada pelas ditas práticas ou acordos, como é o caso da sociedade comercial Requerente/Apelante.

32. Nem se diga, como consta da Sentença recorrida, que “o facto de a competência para a adopção de medidas cautelares nesta matéria pertencer à Autoridade da Concorrência não impediria que, a ser da competência das Varas Cíveis a acção principal, o procedimento cautelar viesse a ser apensado à mesma ou que do processo que corre os seus termos em tal

entidade se extraísse certidão parcial da decisão cautelar adoptada ou a adoptar – uma vez que até hoje, decorrido quase um ano, ainda nenhuma foi adoptada”.

33. A parte final desta afirmação é, desde logo, contraditória com a pretensa – mas claramente inexistente - “litispendência” ou “duplicação de processos” invocada pelo Tribunal de 1.ª Instância.

34. Por seu turno, a referida apensação do procedimento administrativo ao processo judicial (acção principal) afigura-se destituída de base legal; e, além do mais, não se alcança que efeito material ou processual poderiam ter, quer a dita apensação, quer a junção de “certidão parcial da decisão cautelar adoptada ou a adoptar” pela Autoridade da Concorrência, uma vez que os Tribunais Judiciais não se encontram subordinados às decisões de entidades administrativas. O que sucede é, justamente, o inverso: são as entidades administrativas que estão subordinadas às decisões dos Tribunais.

35. Sendo, ademais, evidente, que tal futura e eventual “apensação” de procedimento a correr termos na Autoridade da Concorrência ao processo judicial (acção principal) ou a junção de certidão, em nada contribuiriam para assegurar o efeito útil e a eficácia da sentença a ser proferida na acção principal que a Requerente, ora Apelante, irá intentar, e que se pretendia e pretende acautelar mediante o decretamento imediato das providências cautelares requeridas no Tribunal *a quo*.

36. Nem se diga que a competência dos Tribunais Judiciais está reservada, em matéria de concorrência, aos recursos das decisões da Autoridade da Concorrência, em processo de contra-ordenação, nos termos da al. c) do n.º 2 do artigo 89.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais. Porquanto da letra e da *ratio* dessa norma resulta, com clareza, que tem como escopo único atribuir competência aos Tribunais de Comércio para decidirem os recursos que venham a ser interpostos de decisões da Autoridade da Concorrência, em processo de contra-ordenação. O que, flagrantemente, não é matéria em apreciação nestes autos.

37. Assim, não pode retirar-se do dispositivo mencionado, nem de qualquer outra norma ou princípio jurídico, que esteja vedado aos Tribunais Judiciais, *in casu*, às Varas Cíveis, conhecer e decidir o presente procedimento cautelar e a respectiva acção principal (cfr. n.º 1, alíneas a) e c), do artigo 97.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais).

38. A decisão agora proferida pelo Tribunal de 1.ª Instância

não só viola a lei ordinária (substantiva e adjectiva), como contraria o disposto na Lei Fundamental, sendo, pois, inconstitucional, atento o preceituado, entre outros, no n.º 1 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, que dispõe que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (...)", bem como a regra, consistente e pacificamente aplicada, da interpretação (da legislação ordinária) conforme à Constituição.

39. O direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional, vertido quer no artigo 2.º do Código de Processo Civil, quer no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, impõe a garantia de uma tutela judicial efectiva. Essa tutela é comumente aceite como compreendendo três momentos distintos: o direito de acesso a Tribunais para defesa de um direito ou de um interesse legítimo (um “direito à Justiça”), junto de órgãos jurisdicionais, isto é, órgãos independentes e imparciais (cfr. artigo 206.º da Constituição) e cujos titulares gozam das prerrogativas da inamovibilidade e da irresponsabilidade pelas suas decisões (artigo 218.º, n.ºs 1 e 2 da Constituição); uma vez concretizado o acesso a um Tribunal, o direito de obter uma solução num prazo razoável; e, por fim, uma vez proferida sentença, o direito à execução das decisões dos Tribunais ou o direito à efectividade da sentença.

40. Do que se conclui que a Vara Cível de cuja decisão se recorre tem competência para apreciar e julgar o presente procedimento cautelar, nos termos do disposto no n.º 1, alíneas a) e c), do artigo 97.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, norma jurídica que o Tribunal de 1.ª Instância devia ter aplicado, não o tendo feito.

41. Resulta demonstrado, à saciedade, que é totalmente infundado o entendimento que conclui pela incompetência do Tribunal de 1.ª Instância, em razão da matéria, ancorado numa tese peregrina – e, atrevemo-nos a dizê-lo, perigosa num Estado de Direito – de que a matéria submetida pela Requerente do procedimento cautelar à apreciação e julgamento da Vara Cível de Lisboa, de cuja decisão se recorre, se enquadra na função administrativa do Estado, estando excluída da tutela judicial.

42. Não colhe, e merece forte censura, a asserção produzida pelo Tribunal de 1.ª Instância de que “a adopção de medidas cautelares com vista a impedir práticas alegadamente restritivas da concorrência – ainda que com efeitos directos ou indirectos para terceiros como a requerente – é matéria que escapa à competência em razão da matéria deste tribunal uma vez que a competência para proferir tais decisões se encontra

legalmente atribuída à Autoridade da Concorrência, com a consequente procedência da excepção de incompetência absoluta, em razão da matéria, deste tribunal para conhecer e decidir da causa e a consequente absolvição das requeridas da instância”.

43. Seria inaceitável que os Tribunais, como condição do exercício da sua fundamental competência de, perante cada litígio, aplicar o Direito (assim fazendo Justiça), terem de subordinar-se à prévia pronúncia da Autoridade da Concorrência, quando se tratasse da aplicação de normas reguladoras da concorrência.

44. Como seria inaceitável que os actos e omissões das Requeridas/Apeladas descritos no Requerimento Inicial - e, na sua quase totalidade, confessados pelas Requeridas nas respectivas Oposições – ficassem isentos do crivo do órgão de soberania Tribunal, até que, pelo decurso do tempo, se tornassem insindicáveis ou, pelo menos, irreversíveis.

45. Após requerer o procedimento cautelar junto do órgão de soberania Tribunal, a Requerente vê agora rejeitada, em violação da lei, a sua pretensão legítima de obter, em tempo útil, uma decisão judicial, em virtude de o mesmo Tribunal entender que a “tutela” da aqui Requerente se encontra confinada ao domínio da função administrativa do Estado, morosa e não independente.

46. Contrariamente ao que parece resultar da decisão judicial recorrida, a Requerente, aqui Apelante, alegou e comprovou factos que sustentam o direito subjectivo que lhe assiste e que legitimam a sua intervenção nestes autos, assim como alegou, quantificou e provou os prejuízos que as condutas das Requeridas causam na sua esfera patrimonial (*vide*, entre outros, os factos alegados nos artigos 31.º a 33.º; 36.º; 41.º; 47.º; 49.º; 54.º; 60.º; 65.º; 85.º; 89.º; 92.º a 94.º; 110.º; 111.º; 113.º; 116.º a 120.º; 123.º a 127.º; 134.º; 142.º a 144.º; 146.º a 154.º; 158.º; 159.º, 161.º e 170.º do Requerimento Inicial, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido).

47. A construção jurídica que o Tribunal de 1.ª Instância retira, infundadamente, da matéria constante do Requerimento Inicial, quando sustenta que o prejuízo causado à Requerente é “(...) apenas indireto (...)”, não corresponde, pois, à realidade, sendo desmentida pela mera leitura do articulado em questão.

48. Ademais, neste particular, haveria sempre que atender a que as medidas cautelares não visam, tão-só, a salvaguarda de direitos subjectivos, mas, igualmente, a preservação de outros interesses juridicamente relevantes e protegidos, entre os quais se enquadra, para o que no caso releva, a tutela do bem

jurídico concorrência.

- 49.** De todo o exposto, impõe-se a conclusão de que a Vara Cível de cuja decisão ora se recorre tem competência para apreciar e julgar o procedimento cautelar destes autos.
- 50.** Ao abrigo do disposto no artigo 693.º-B do Código de Processo Civil, por se tratar de documentos cuja apresentação não foi possível até ser proferida a decisão do Tribunal de 1.ª Instância (uma vez que se reportam a data ulterior, 4 de Fevereiro de 2010) e a sua junção ter-se revelado necessária em virtude do julgamento aí proferido, vem agora a Recorrente juntar aos autos dois documentos.
- 51.** Da documentação em apreço resulta comprovado que, na presente data, ainda se encontram em funcionamento centenas de terminais da rede N a operar com recurso ao *software* da Requerente, conforme comprovativos que aqui se juntam, a título exemplificativo, como Doc. 1 e Doc. 2.
- 52.** A apreciação da lide cautelar é, pois, possível – sendo, ademais, absolutamente necessária e urgente - pela efectiva existência de objecto, uma vez que subsistem procedimentos e actos susceptíveis de serem impedidos mediante o decretamento das providências cautelares peticionadas pela Requerente, aqui Apelante.
- 53.** Do que decorre que o pedido de deferimento do procedimento cautelar mantém inteira utilidade, não se verificando a pretensa excepção da incompetência absoluta do Tribunal, nem quaisquer outras questões que obstem à apreciação e julgamento do mérito da causa, o que deve ser atendido pelo Tribunal *ad quem*.
- 54.** Em suma: contrariamente ao que decidiu o Tribunal *a quo*, o Tribunal recorrido é competente para julgar o procedimento cautelar dos autos, pelo que deve ser julgada totalmente improcedente, por não verificada, nem provada, a pretensa excepção dilatória da incompetência absoluta do Tribunal, seguindo-se os ulteriores trâmites do procedimento cautelar.
- 55.** Em conformidade, a decisão judicial proferida pelo Tribunal de 1.ª Instância deve ser revogada pelo Tribunal *ad quem*, e substituída por outra, que julgue o Tribunal competente, em razão da matéria, com todas as legais consequências.

Nestes termos e nos mais de Douto suprimento, deve ser recebido e concedido provimento ao presente recurso de Apelação e, em conformidade, ser revogada por esse Venerando Tribunal da Relação a decisão proferida pelo Tribunal de 1.ª Instância, sendo substituída por decisão judicial que julgue o Tribunal competente, com todas as legais

consequências.

Pois só assim se fará Justiça!».

A 2.ª requerida apresentou contra-alegações nas quais pugnou pela confirmação do julgado.

A questão decidenda circunscreve-se tão-só a saber se a Vara Cível onde o procedimento foi instaurado é ou não competente, em razão da matéria, para do mesmo tomar conhecimento.

Constituem factos relevantes para conhecer do presente recurso os enunciados no relatório, que aqui integralmente se reproduzem.

A divisão do trabalho entre os vários órgãos e entidades que integram o sistema de justiça, de que resultam diferentes âmbitos ou perímetros de intervenção, não é uma realidade sem importância.

Está em causa o interesse público na salvaguarda da adequação técnica desses órgãos e entidades e na boa administração da justiça.

Este interesse reflecte-se na exigência da competência (absoluta) como pressuposto processual.

Compreende-se assim que a incompetência absoluta seja insanável, que se lhe aplique a regra da prioridade e, por conseguinte, que, logo que constatada, deva o juiz declará-la com consequente extinção da instância (artigos 102.º, 105.º, e 288.º n.º 1, alínea a), CPC).

A infracção às regras de competência em razão da matéria determina a incompetência absoluta do tribunal, com consequente absolvição do réu da instância ou o indeferimento em despacho liminar, quando o processo o comportar (artigos 101.º e 105.º, n.º 1, do CPC).

São da competência dos tribunais judiciais as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional (artigo 66.º CPC). Compete às Varas Cíveis a preparação e julgamento dos procedimentos cautelares a que correspondam acções da sua competência (artigo 97.º, n.º 1, alínea c) da LOFTJ).

No caso vertente, a recorrente instaurou procedimento cautelar comum na 2.ª Vara Cível de Lisboa para obter providências cautelares contra as requeridas no âmbito de relações jurídico-privadas.

Já anteriormente o tinha tentado, sem êxito, na jurisdição administrativa, que se julgou incompetente em razão da matéria.

O tribunal a quo também desta feita se julgou incompetente,

atribuindo tal competência à Autoridade da Concorrência.

Não lhe assiste, porém, razão.

Vejamos.

O DL 10/2003, de 18.01, modificado pela Declaração de Rectificação n.º 1/2003, de 28.01, criou a Autoridade da Concorrência «a qual caberá assegurar o respeito pelas regras de concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores» (artigo 1.º).

Conforme se consigna no preâmbulo do diploma «o primeiro traço característico desta nova entidade é o seu carácter transversal no que respeita à missão de defesa da concorrência: a nova Autoridade terá pois a sua jurisdição alargada a todos os sectores da actividade económica.

Além disso, reunirá os poderes de investigação e punição de práticas anticoncorrenciais e a instrução dos correspondentes processos, quer os de aprovação das operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia, sem prejuízo, relativamente aos sectores objecto de regulação, da desejável e necessária articulação com as respectivas autoridades reguladoras sectoriais»

(...)

«São igualmente de realçar as alterações introduzidas no actual regime dos recursos das decisões em matéria da concorrência, as quais passam a ser impugnáveis junto do Tribunal de Comércio de Lisboa, independentemente de serem proferidas em sede de processos de contra-ordenação ou de procedimentos administrativos, evitando-se, assim, no contexto de uma indispensável e progressiva especialização dos nossos tribunais, que decisões sobre matérias da mesma natureza sejam apreciadas ora por tribunais judiciais, ora por tribunais administrativos».

De acordo com o mesmo DL, «a autoridade é uma pessoa colectiva de direito público, de natureza institucional, dotada de órgãos, serviços, pessoal e património próprios e de autonomia administrativa e financeira, sendo o seu regime jurídico definido nos Estatutos anexos ao presente diploma» (artigo 2.º).

Compulsando os Estatutos da AdC, importa pôr em destaque o artigo 7.º, com a epígrafe «poderes»:

«1. Para o desempenho das suas atribuições, a Autoridade dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.

2. No exercício dos seus poderes sancionatórios, cumpre à Autoridade:

a) Identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a

legislação de concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei;
b) Adoptar medidas cautelares, quando necessário».

Dispõe ainda o artigo 38.º que «1. As decisões da Autoridade proferidas em processos de contra-ordenação são impugnáveis junto do Tribunal do Comércio de Lisboa.

2. As decisões da Autoridade em procedimentos administrativos, respeitantes a matéria da concorrência, bem como a decisão ministerial a que alude o artigo 34.º deste diploma, são igualmente impugnáveis junto do Tribunal de Comércio de Lisboa».

O DL n.º 10/2003 foi seguido, a muito curto prazo, pela Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11.06).

De entre o novo regime aprovado, e para o que releva para o presente recurso, cumpre destacar: a definição de práticas proibidas constante do artigo 4.º e a consagração de que o respeito pelas regras da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, nos limites das atribuições e competências que lhe são legalmente cometidas (artigo 14.º). Neste particular, e no que tange a processos relativos a práticas proibidas, a lei permite, no artigo 27.º, que a AdC aplique medidas cautelares, nos seguintes termos:

«1. Sempre que a investigação indicie que a prática objecto do processo é susceptível de provocar um prejuízo iminente, grave e irreparável ou de difícil reparação para a concorrência ou para os interesses de terceiros, pode a Autoridade, em qualquer momento do inquérito ou da instrução, ordenar preventivamente a imediata suspensão da referida prática ou quaisquer outras medidas provisórias necessárias à imediata reposição da concorrência ou indispensáveis ao efeito útil da decisão a proferir no termo do processo.

2. As medidas previstas neste artigo podem ser adoptadas pela Autoridade oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado e vigorarão até à sua revogação pela Autoridade e, em todo o caso, por período não superior a 90 dias, salvo prorrogação devidamente fundamentada.

(...))».

No mais, designadamente quanto ao regime recursivo a Lei da Concorrência limitou-se a densificar o que já constava do anterior DL.

Ora, do regime acima enunciado pode concluir-se, sem dificuldade, que a matéria para a qual a AdC tem competência exclusiva é de cariz contra-ordenacional, competindo-lhe, sancionar, em sede de concorrência os ilícitos penais

administrativos, com as adequadas coimas.

Para além disto, como refere a recorrente, a AdC tem, no plano administrativo o poder de determinar medidas preventivas e/ou correctivas dos efeitos das práticas e acordos restritivos da concorrência.

Seguindo agora, mais de perto, as proficientes alegações da recorrente dir-se-á que:

- i) as prerrogativas e poderes da AdC em sede de ilícito penal administrativo e administrativa *tout court* em nada interfere com a competência dos Tribunais Judiciais para decretarem as providências cautelares em matéria cível;**
- ii) não faz qualquer sentido invocar *in casu* a figura da litispendência, que pressupõe a tríplice identidade de acções – de sujeitos, causa de pedir e de pedido – que *in casu* não se verifica (artigos 497.º e 498.º, n.º 1, CPC);**
- iii) nos presentes autos está em causa a vertente cível do diferendo, sendo que a apelante, como deixa claramente expresso, visará, com a acção principal «a declaração judicial da nulidade das práticas e acordos restritivos ou impeditivos da concorrência, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 4.º, n.º 2 do Regime Jurídico da Concorrência»;**
- iv) e não se diga que no caso sujeito a requerente está apenas a fazer valer interesses gerais, não subjectivados, da concorrência, do mercado ou dos consumidores, o que é contrariado, entre outros pelos artigos 31.º a 33.º; 36.º; 41.º; 47.º; 49.º; 54.º; 85.º; 89.º; 92.º a 94.º; 110.º; 111.º; 113.º; 116.º a 120.º; 123.º a 127.º; 134.º; 142.º a 144.º; 146.º a 154.º; 158.º; 159.º, 161.º e 170.º da petição inicial.**

De todo o exposto, e sem necessidade de mais considerações, resulta que o Tribunal recorrido é competente para conhecer do presente procedimento cautelar.

Pelo exposto, acordamos em julgar procedente a apelação, e, consequentemente, em revogar a decisão recorrida que substituímos por outra que ordena o prosseguimento do processo.

Custas pela recorrida.

Lisboa 20 de Maio de 2010

**Luís Correia de Mendonça
Carlos Marinho
Caetano Duarte**