



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º - 1100-060 Lisboa
Telef: 213241510 Fax: 213225430 Mail: correio@lisboa.tcom.nlj.pt

24/09
SV

987106
1050/06.9TYLSB

CONC. - 31-07-2007

=CLS=

*

Junção de docs. de fls. 4099 e ss. (4090 e ss.): Vem a AdC requerer a junção de uma carta subscrita pelos mandatários das arguidas na qual constam declarações que a AdC entende consubstanciar reconhecimento expresse de que as arguidas se encontravam a executar os direitos de preferência e de exclusividade durante todo o período temporal do processo contra-ordenacional. Mais refere entender que este documento é um meio probatório através do qual tal fica provado e aponta ainda o contraste entre esta declaração e as alegações de recurso das arguidas.

Requer a junção ao abrigo do disposto no art. 165º nº1 do Código de Processo Penal, aplicável *ex vi* art. 41º do RGCO.

Nos termos do disposto no art. 165º nº1 do Código de Processo Penal, a junção de prova documental pode ser efectuada, traços largos, até ao encerramento da audiência. Nenhuma questão se levanta, pois, quanto à tempestividade do requerido.

Prescreve o art. 164º nº1 do Código de Processo Penal: *«É admissível prova por documento, entendendo-se por tal a declaração, sinal ou, notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal.»*

O documento em causa preenche o conceito técnico em causa, tratando-se de uma declaração corporizada em escrito.

A AdC não se coíbe de fazer considerações sobre o respectivo valor probatório, confundindo, quanto a nós, conceitos essenciais de direito material e processual.

4110
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

Em primeiro lugar convém não esquecer o enquadramento do documento junto. Uma vez que o tribunal considerou que o recurso interposto, na parte em que impôs determinadas condutas, tinha efeito devolutivo, as arguidas tinham, de alguma forma, e mesmo sem ver apreciada a legalidade/ilegalidade da sua conduta, que “fazer algo”, sob pena de lhes verem ser imposta uma sanção. Porque agiram, o requerimento que apresentaram vem a ser junto no processo principal com este enquadramento. Com todo o respeito, logo nos ocorre que se trata do clássico caso de sancionado por fazer/sancionado por não fazer.

Depois, no fundo, o que a AdC alega é que esta declaração corporiza uma confissão, pelo menos quanto à prática de determinados actos, que, no recurso de impugnação que está a ser apreciado com efeito suspensivo da decisão condenatória são negados.

A confissão é um meio de prova possível em processo contra-ordenacional na fase de impugnação judicial, por duas vias, uma implícita e outra explícita. O arguido pode não pôr em causa os factos constitutivos da infracção, v.g. questionando apenas a medida da coima, caso em que a infracção estará admitida. O arguido pode também, comparecer na audiência de julgamento e nesta declarar que pretende confessar os factos, caso em que se aplica a disciplina do art. 344º do Código de Processo Penal.

Tendo os factos correspondentes sido postos em causa na peça de impugnação judicial, a qual, juntamente com a decisão, corresponde à matriz do que vai ser apreciado (o objecto do processo), a única via possível para confissão é a confissão oral ou por escrito em que o tribunal possa verificar se se trata de uma confissão livre, pessoal e esclarecida.

O requerimento em causa, porque está subscrito pelos Ilustres Mandatários das arguidas (e não pelos respectivos legais representantes), devido ao respectivo enquadramento, por não ter sido dirigido a este processo de impugnação judicial e a este tribunal e porque ao tribunal não é possível a sindicância da respectiva liberdade e pessoalidade não pode ser considerado confessório.

Porque as arguidas sequer se encontram presentes através dos seus representantes em julgamento, não se entende possível sequer confrontar as mesmas com esta declaração dos seus mandatários, apresentado para fins muito específicos e estranhos à averiguação da infracção, não sendo, por outro lado, de ordenar a presença das mesmas para este fim, até porque as arguidas já tomaram a sua posição quanto aos factos na sede própria – as alegações de recurso da decisão da AdC. Vislumbra o tribunal toda a série de argumentos possíveis de obstar a tal, sendo um deles inultrapassável: os Ilustres Subscritores do requerimento não vinculam as arguidas para efeitos confessórios.

Fica assim, vedada a possibilidade sequer de apreciação do “documento” em causa pelo tribunal, pelo que, nesta fase, entende-se não ser de deferir a respectiva junção.



4111
SA

Tribunal de Comércio de Lisboa

Pelo exposto, determino o desentranhamento e entrega à respectiva apresentante do documento de fls. 4106 e 4107 (também versão em telecópia de fls. 4097 e 4098).

Pela actividade processual e incidente a que deu causa, vai a AdC condenada no pagamento de 2 UCs – art. 84º do Código das Custas Judiciais.

Notifique.

**

*

Fls. 4033 e 4034: A arguida SIC – Sociedade Independente de Comunicação, SA veio requerer ao tribunal se pronuncie quanto aos limites formais da intervenção da Autoridade da Concorrência no presente processo, alegando que, embora inegável o direito de participação da AdC nos processos contra-ordenacionais de concorrência, se trata de mero participante processual e não de um sujeito processual.

Entende que na fase de impugnação judicial a AdC não deve ter direito a um contraditório próprio distinto do Ministério Público, em absoluta igualdade de posição processual com este e os arguidos. Não entende ser legítimo aceitar a intervenção de quem investigou, instruiu, decidiu e puniu, pois será como que um juiz em causa própria, mal se entendendo a duplicação de papéis com o Ministério Público.

A admissão desta dupla intervenção afigura-se contrária às garantias de defesa do arguido em processo penal e mesmo ao princípio da igualdade e paridade de armas, constitucionalmente consagrado.

A AdC, notificada veio pronunciar-se no sentido de o disposto no art. 70º do RGCOC ao permitir a participação das autoridades administrativas na audiência, dever ser interpretado não numa dimensão passiva, de assistência aos trabalhos, mas numa dimensão activa, a par dos demais sujeitos processuais.

A intervenção da AdC em julgamento deve ser equiparada em direitos e deveres à dos mandatários das empresas arguidas, entendimento corroborado pela previsão de poderes atribuídos à Autoridade em processos contra-ordenacionais por esta instruídos.

A tanto não obsta a disposição do art. 72º do RGCOC, que contempla apenas a atribuição do ónus da prova dos factos relevantes ao Ministério Público daí não podendo extrapolar-se para uma interpretação que resulte no “silenciamento” da AdC na audiência de julgamento, o que violaria o disposto no art. 70º do RGCOC e o princípio da igualdade de armas, pois não tendo o Ministério Público acompanhado a tramitação do procedimento administrativo, ficaria, sem a participação activa da AdC, prejudicado face aos mandatários das recorrentes.

Pede seja admitida a intervenção activa da AdC na audiência de julgamento.



4112
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

O Ministério Público pronunciou-se no sentido de o legislador pretender, com a previsão do art. 70º nº1 do RGCOC, conferir à autoridade administrativa, um papel de relevo na fase judicial do processo de contra-ordenação, citando em abono Costa Pinto. Entende que tal resulta aliás de várias disposições do RGCOC, nomeadamente os arts. 70º, 72º e 81º nº2.

As arguidas PT Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, SA e CATVP – TV Cabo Portugal, SA vieram também pronunciar-se concordando com o requerimento da arguida SIC e pedindo seja declarado o estatuto processual da AdC em sede de audiência de julgamento como mero participante processual, não lhe assistindo o direito ao contraditório, nem de interpor recurso.

Alegam que a AdC não pode ser considerada um sujeito processual, definido como aquele a quem competem direitos e deveres processuais autónomos no sentido de, através das suas próprias decisões, poderem determinar, dentro de certos limites, a concreta tramitação do processo (citando Figueiredo Dias), atento que teve já o seu momento de actuação com a fase administrativa do procedimento contra-ordenacional.

Na fase de recurso, fase actual dos autos é um mero participante processual, tendo perdido o domínio do processo com a remessa a juízo do mesmo. Citando em abono Leones Dantas, referem que a autoridade administrativa passa a mero participante processual na fase de recurso.

A acusação é representada pelo Ministério Público e não pela AdC, é ao Ministério Público que cabe exercer a função punitiva e o direito de acusar, bem como de recorrer das decisões judiciais proferidas.

O Regime Geral das Contra-Ordenações contém várias disposições limitadoras da legitimidade das autoridades administrativas em sede de recurso, sendo que o art. 70º do RGCOC impõe à autoridade administrativa uma posição processual de mero coadjuvante da justiça, com contornos materiais muito diversos dos papéis das arguidas, do Ministério Público e mesmo do assistente em processo penal.

A AdC não é titular de um direito subjectivo próprio, não obstante as suas atribuições de defesa de interesses públicos. Em consequência, nos processos de impugnação judicial das suas decisões, a AdC não tem direito ao contraditório e não está em pé de igualdade com a parte acusatória e com a defesa.

Termina referindo que seria um contra senso reconhecer à AdC um duplo papel de entidade instrutora e decisora na fase administrativa e de sujeito processual na fase jurisdicional, pois tal equivaleria atribuir à AdC uma função de juiz em causa própria, retirando objectividade e imparcialidade à sua intervenção e decisão e que interpretação e aplicação dos arts. 51º da Lei da Concorrência e 70º do RGCOC diferente da defendida pelas arguidas será inconstitucional por



4113
VJ

Tribunal de Comércio de Lisboa

violação do art. 32º da Constituição da República Portuguesa, o que deixa arguido.

Conhecendo:

O pedido formulado pela arguida SIC foi de que o tribunal definisse os limites formais de intervenção da AdC em audiência de julgamento.

No percurso dos fundamentos do pedido acabou por levantar o que, no entender do tribunal, consubstancia uma questão diversa e independente – o estatuto processual da AdC na fase de impugnação jurisdicional.

Outro tanto fazem, quer a AdC, quer as arguidas PTM/TV Cabo, sendo que estas últimas, em resposta ao requerimento da SIC pedem, em consequência, que o tribunal declare que a AdC não tem direito ao contraditório ou a recurso.

Tratam-se como já referido, na visão do tribunal, de duas questões diversas e independentes, mas que trataremos, até pela interligação que as partes delas fizeram.

As infracções às normas previstas na LdC (bem como as infracções 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.

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



4114
58

Tribunal de Comércio de Lisboa

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

Nos termos do art. 51º da Lei da Concorrência, diploma ao qual temos, em primeiro lugar que dedicar a nossa atenção:

«1. Interposto o recurso de uma decisão da Autoridade, esta remete os autos ao Ministério Público no prazo de 20 dias úteis, podendo juntar alegações.

2. Sem prejuízo do disposto no artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, na redacção resultante do Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro, a Autoridade pode ainda juntar outros elementos ou informações que considere relevantes para a decisão da causa, bem como oferecer meios de prova.

3. A Autoridade, o Ministério Público ou os arguidos podem opor-se a que o Tribunal decida por despacho, sem audiência de julgamento.

4. A desistência da acusação pelo Ministério Público depende da concordância da Autoridade.

5. (...).

6. A autoridade tem legitimidade para recorrer autonomamente das decisões proferidas no processo de impugnação que admitam recurso.»

Por sua vez o art. 70º nº1 do RGCO, expressamente ressalvado como aplicável pelo art. 51º nº2 da Lei da Concorrência estabelece:

«O tribunal concederá às autoridades administrativas a oportunidade de trazerem à audiência os elementos que repute convenientes para uma correcta decisão do caso, podendo um representante daquelas autoridades participar na audiência.»

Ou seja, para definição dos limites formais da intervenção da autoridade na audiência rege o disposto no art. 70º nº1 do RGCO, independentemente dos demais poderes concedidos pela Lei da Concorrência à AdC.

Adiante-se desde já ser jurisprudência uniforme e constante deste tribunal que a expressão “participar na audiência” implica mais que a mera assistência.

As audiências são públicas, de acordo com as regras gerais aplicáveis, e o direito de a elas assistir não necessitaria qualquer regulação relativamente às autoridades administrativas em processo de contra-ordenação.

Logo, a lei quis certamente mais e pressupõe uma participação activa. E, numa audiência de julgamento, o que se poderá ter como participação activa? O direito de interrogar testemunhas, pronunciar-se sobre os requerimentos das demais partes e alegar, no final da discussão.

Basta, aliás, percorrer alguma da nossa doutrina mais autorizada que coincidentemente aponta, com maiores ou menores concretizações, a interpretação de “participação” como sendo a de intervenção activa:

- Simas Santos e Lopes de Sousa (*in* Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 2ª ed., Vislis, pg. 394), depois de referirem que nem o RGCO



4115
28

Tribunal de Comércio de Lisboa

nem o RGIT indicam qual o tipo de participação que o representante da Fazenda Pública pode ter na audiência (na perspectiva das infracções tributárias) escrevem “Prevendo-se, porém, a eventualidade de participação do representante da Fazenda Pública parece ter de reconhecer-se-lhe o direito de participação na discussão oral que deve ocorrer na audiência, em situação de paridade com os outros intervenientes processuais.”

- Beça Pereira (*in* Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas, Almedina, 7ª edição, pg. 147) refere que a participação em julgamento de um representante da autoridade administrativa deve ser equiparada, em direitos e deveres, à do mandatário do arguido;

- António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral (*loc. cit.*, pgs. 186 e 187) referindo esta posição, comentam: “Para Beça Pereira o estatuto da autoridade administrativa nesta fase deve ser equiparado ao do mandatário do arguido, o que justifica por duas razões: em nome do contraditório e da colaboração técnica que a autoridade administrativa pode oferecer ao Tribunal e ao Mº Pº sobre a condução e decisão da causa.

Estamos em crer que a ampla latitude de intervenção da autoridade administrativa não pode fazer esquecer que é o Mº Pº o titular da acção penal e que a intervenção da autoridade administrativa apenas se pode compreender numa perspectiva de colaboração e auxílio técnico e não de autonomia processual na defesa de interesses que nesta altura não lhe estão cometidos. Não existe, quanto a nós necessidade de fazer equiparações com figuras que não traduzem tal realidade como é o caso do mandatário do arguido a quem está cometida a defesa dos interesses deste.”

Estes autores prosseguem ainda: “Para Costa Pinto a participação da autoridade administrativa na audiência de julgamento não é obrigatória, mas sim facultativa, rege-se por um princípio de informalidade e liberdade quanto às formas de participação (escritas, orais, etc.), não constituindo tal participação, por outro lado um meio de prova, antes funcionando o representante da autoridade administrativa como um auxiliar técnico do Tribunal, em sentido amplo. Significa isto, em consequência, que o representante da autoridade administrativa não pode ser interrogado como uma testemunha, mas pode interrogar as testemunhas a seu pedido ou a solicitação do MP ou do Tribunal. A autoridade administrativa é na fase organicamente administrativa do processo de contra-ordenação titular da pretensão sancionatória de natureza contra-ordenacional com poderes decisórios do caso e, na fase organicamente judicial, um participante especial em juízo, “um órgão de apoio do Tribunal”. Nesse sentido, a autoridade administrativa representa em juízo os interesses que por lei lhe estão confiados e colabora tecnicamente com o Tribunal e o Ministério Público para a boa decisão da causa. Não é por isso verdadeiramente uma parte processual, mas sim uma entidade pública sujeita a um dever de objectividade decorrente dos quadros de



4116
V8

Tribunal de Comércio de Lisboa

legalidade a que está em geral sujeita. A pretensão sancionatória na fase organicamente judicial do processo de contra-ordenação passa a ser assumida pelo Mº Pº quer em função do seu estatuto geral quer em função do valor acusatório que a lei atribui à apresentação dos autos em juízo nos termos do artigo 62º do presente diploma.”

- Manuel Antunes (*in* Contra-Ordenações e Coimas, Livraria Petrony, Lda, pgs. 460 a 462), em extensa análise da participação das autoridades administrativas em audiência refere que o papel do representante da autoridade administrativa se aproxima, mas não se confunde, com o papel de assistente em processo penal. Este autor refere que no processo contra-ordenacional, ao contrário do que sucede em direito processual penal, o Ministério Público não é o titular da acção contra-ordenacional, daqui retirando que a autoridade é colaboradora do tribunal e não do Ministério Público, uma vez que não se trata de uma pura acusação mas sim de uma decisão/acusação e do regime de um recurso de impugnação. Em termos de dialéctica processual faz sentido que a autoridade, à semelhança do Ministério Público procure sustentar a decisão acusação. E conclui: o papel da autoridade ou do seu representante na audiência de julgamento é o papel de um assistente *sui generis*, judicioso, ordenacional, *ad litem*, colaborador do juiz, sendo a sua intervenção em audiência, nessa medida, semelhante à do Ministério Público.

Como se vê, desta pequena resenha do regime aplicável em processo contra-ordenacional sem qualquer especialidade (nomeadamente as introduzidas pelo art. 51º da Lei da Concorrência), o papel das autoridades administrativas, no tocante à possibilidade e qualidade de intervenção em audiência é unanimemente tratado. Com diferenças que ora não interessa esmiuçar (não encontramos qualquer apoio para a posição de Beça Pereira, aqui sustentada pela AdC, de equivalência aos mandatários dos arguidos, cuja constituição, aliás, não é obrigatória) ninguém nega a possibilidade de intervenção em audiência, sendo o direito de participação um direito e um poder-dever, explicado pelos interesses públicos que às autoridades administrativas cumpre defender.

Ora este panorama é traçado face a autoridades administrativas que não podem recorrer das decisões judiciais, não têm o direito de responder às alegações de recurso das suas decisões, não se podem opor a que o tribunal decida por despacho e, quando o Ministério Público decida retirar a acusação apenas têm que ser ouvidas, não sendo a sua posição determinante, salvo se se entender que tal audiência não é indispensável, caso em que sequer serão ouvidas.

As autoridades administrativas, com o papel que a lei geral das contra-ordenações lhes reserva, como referido pelas arguidas e resulta da jurisprudência citada pelas arguidas, não poderão sequer ser consideradas sujeitos processuais, mas sim, para usar a linguagem de Leones Dantas, meros participantes processuais. Mesmo assim, como meros participantes processuais, têm o direito e



4117
✓ 7

Tribunal de Comércio de Lisboa

o dever de participar na audiência, num papel equivalente ao do assistente em processo penal, interrogando testemunhas, exercendo o contraditório e alegando.

Este entendimento, defendem as arguidas, será inconstitucional, por violação do princípio da igualdade de armas (SIC), ou por violação do art. 32º da Constituição da República Portuguesa, mais genericamente (PTM/TV Cabo).

Entendemos que não. Desde que ao arguido seja sempre dada a possibilidade de defesa – em audiência a possibilidade de contraditar e de usar por último a palavra, exercerá em pleno os seus direitos de defesa, não se podendo considerar que o número de partes que se colocam do “lado acusatório” é inversamente proporcional à possibilidade do exercício de direitos de defesa. Os arguidos não se vêm impossibilitados de exercer os direitos de defesa por “do outro lado” estarem uma, duas, três ou cinquenta entidades participando na audiência e carreando elementos para os autos.

O princípio da igualdade de armas constitui uma emanção do princípio da igualdade dos cidadãos perante os tribunais, consagrado no art. 13º da Constituição da República Portuguesa e traduz a ideia de que as partes no processo têm os mesmos direitos e garantias – cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *in* Constituição da República Portuguesa Anotada, I Volume, 4ª edição, 2007, pg. 346.

Sobre este princípio ensina Figueiredo Dias: “Torna-se assim evidente que a reclamada «igualdade» de armas processuais – uma ideia em si prezável e que merece ser mantida e aprofundada – só pode ser entendida com um mínimo aceitável de correção quando lançada no contexto mais amplo da estrutura lógico-material da acusação e da defesa e da sua dialética. Com a consequência de que uma concreta conformação processual só poderá ser recusada como violadora daquele princípio de igualdade quando dever considerar-se infundamentada, desrazoável ou arbitrária; como ainda quando possa reputar-se substancialmente discriminatória à luz das finalidades do processo penal, do programa político-criminal que àquele está assinalado, ou dos referentes axiológicos que o comandam.” (Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, *in* O Novo Código de Processo Penal, «Jornadas de direito processual penal», Almedina, Coimbra, 1988, pgs. 30-31).

O facto de a lei ordinária admitir a intervenção processual de outro interveniente sustentando posição contrária à dos arguidos em processo contraordenacional em si nada traz de discriminatório, irrazoável ou sequer implica uma diferenciação entre os arguidos e as demais partes no processo.

Não se entende, pois, tal interpretação como violadora do princípio da igualdade de armas.

No tocante à invocada violação do art. 32º da Constituição da República Portuguesa, alegado desta forma genérica, temos alguma dificuldade na sua apreciação.



4118
V9

Tribunal de Comércio de Lisboa

O facto de haver mais uma parte não prejudica qualquer garantia de defesa, não contribui para qualquer dano ao princípio da presunção de inocência (o número de vozes a defender a “culpa” de determinado arguido não o torna mais ou menos culpado ...), em nada belisca o direito de o arguido ser assistido e defendido por defensor por si escolhido e implica obviamente sempre o exercício do direito do contraditório também quanto às posições, requerimentos e alegações da autoridade administrativa.

Não surpreendemos, pois, qualquer violação do art. 32º da Constituição da República Portuguesa.

A segunda questão colocada pelas arguidas – e que suporta o pedido das arguidas PTM/TV Cabo de que o tribunal entenda (declare?) que não assiste à AdC o direito ao contraditório nem de interpor recurso, é outra questão e prende-se com a qualificação da posição da AdC, em sede de recurso de impugnação judicial das suas decisões contra-ordenacionais em matéria de concorrência.

Como já se referiu, face ao tracejado geral do RGCOC não subsistem grandes dúvidas de que as autoridades administrativas não podem ser considerados sujeitos processuais. Aliás, toda a doutrina e jurisprudência citadas pelas arguidas surge proferida tendo em conta e no quadro do regime geral das contra-ordenações.

A AdC tem um estatuto e uma conformação de intervenção processual em fase de recurso diversa do regime do RGCOC – o já citado art. 51º.

O art. 51º estabelece algumas especialidades quanto ao regime geral:

- A AdC pode responder ao recurso interposto com a própria remessa dos autos ao Ministério Público – nº1 - possibilidade não prevista no RGCOC;

- A AdC pode juntar elementos ou informações que considere relevantes e oferecer meios de prova – nº2 - Trata-se de um alargamento do âmbito previsto de participação da autoridade administrativa nos termos do art. 70º nº1 do RGCOC. Vemos, aliás, neste alargamento um afloramento no direito nacional do que, para o direito comunitário vem previsto no art. 15º nº3 do Regulamento 1/2003.

- A AdC pode opor-se a que o tribunal decida por despacho – nº3 - Este preceito alarga os sujeitos que podem opor-se à decisão sem julgamento, nos termos do disposto no art. 64º nº2 do RGCOC.

- O Ministério Público só pode desistir da acusação com a concordância da AdC – nº4 - Trata-se de uma derrogação do regime previsto no art. 65º-A do RGCOC que apenas prevê como obrigatório o acordo do arguido. O Ministério Público só tinha o dever de ouvir a autoridade administrativa quando entendesse tal diligência como indispensável para uma adequada decisão e não ficava vinculado pela posição da autoridade administrativa.



4119
58

Tribunal de Comércio de Lisboa

- A AdC pode, autonomamente, impugnar por via de recurso, as decisões judiciais – nº 6 - Trata-se de mais uma extensão da legitimidade relativamente à previsão do disposto no regime processual penal e contra-ordenacional.

Ora, olhando à letra do art. 51º da Lei da Concorrência e recordando a sempre correcta definição de Figueiredo Dias, torna-se claro que a AdC, em fase de recurso judicial de decisões contra-ordenacionais em matéria de concorrência é um sujeito processual – competem-lhe direitos e deveres processuais autónomos e, pelas suas decisões (opor-se/não se opor a que o tribunal decida por despacho, concordar/não concordar que o Ministério Público retire a acusação, recorrer/não recorrer da decisão final) pode determinar, dentro de certos limites a concreta tramitação do processo.¹

Ambas as arguidas referem que conferir à AdC o estatuto de sujeito processual seria torná-lo juiz em causa própria. Convém, porém, não esquecer, que a fase processual que se discute em concreto é a de impugnação judicial. Ou seja, a AdC nunca será juiz em causa própria porque, quem vai decidir, passe o simplismo, é o tribunal.

Esta interpretação do preceito, absolutamente literal, não padece, quanto a nós de qualquer inconstitucionalidade, essencialmente pelas mesmas razões já enumeradas, que aqui se dão por reproduzidas (até porque não conhecemos qualquer invocação de inconstitucionalidade na existência e regime jurídico da figura do assistente em processo penal).

Pelo exposto, define-se nos termos supra referidos, os limites formais de intervenção da AdC em audiência de julgamento em impugnação judicial de decisões de contra-ordenação em matéria de concorrência.

Notifique.

*

**

*

Nos termos do disposto no art. 338º nº1 do Código de Processo Penal, aplicável *ex vi* art. 41º nº1 do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10, na sua redacção actual e 22º da Lei nº 18/03, o tribunal passará a conhecer das questões prévias e prejudiciais arguidas nos autos, conforme decisão proferida em acta no passado dia 02/07/07 – cfr. fls. 4087 e ss.

Conhecer-se-à das questões não apreciadas e para cujo conhecimento os autos contenham elementos suficientes, sem novo contraditório, uma vez que todas as partes – aqui entendidas como Autoridade da Concorrência (doravante AdC), SIC – Sociedade Independente de Comunicação, SA (doravante SIC), PT

¹ Refira-se que a AdC já não é a única autoridade administrativa independente a ter previsto por lei este “estatuto de intervenção processual”. Nos termos do art. 13º nºs 6 a 11 da Lei nº 5/2004 de 10 de Fevereiro a ARN (Autoridade Reguladora Nacional) em matéria de comunicações electrónicas, ou seja, o ICP-Anacom, goza dos mesmos exactos direitos processuais em recursos de impugnação judicial das suas decisões contra-ordenacionais.



4120
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, SA e CATVP – TV Cabo Portugal, SA (doravante PTM/TV Cabo) e Ministério Público, já se pronunciaram ou tiveram oportunidade de se pronunciar (cfr. decisão da AdC, alegações de recurso da arguida SIC, alegações de recurso das arguidas PTM/TV Cabo e respostas às alegações das arguidas apresentadas pela AdC, sendo que o Ministério Público teve oportunidade de se pronunciar no acto de remessa dos autos a juízo).

*

A questão prévia suscitada pela arguida SIC relativa ao efeito do recurso interposto da parte da decisão que impôs às arguidas a adopção de determinadas diligências (art. 4º da decisão) foi expressamente decidida e conhecida no momento em que foram admitidos os recursos, por despacho de fls. 3658 a 3666 dos autos.

*

Igualmente conhecida e decidida na mesma sede foi o requerimento da arguida SIC de que fosse ordenada à AdC a retirada imediata do seu sítio de internet do comunicado de imprensa nº 20/2006, até à prolação, no quadro do presente processo, de sentença final transitada em julgado, conforme despacho de fls. 3666 a 3668 dos autos.

*

Enumeração das questões suscitadas:

- Prescrição do procedimento criminal (suscitada por SIC e PTM/TV Cabo).
- Violação do princípio da segurança jurídica por excessiva duração do procedimento (suscitado pelas arguidas PTM/TV Cabo).
- Violação dos direitos de defesa das arguidas – violação do princípio da celeridade processual (suscitada pela arguida SIC).
- Violação do dever de sigilo por parte da DGCC – confiança do processo à co-arguida SIC (suscitado pelas arguidas PTM/TV Cabo).
- Nulidade da 2ª nota de ilicitude por violação do princípio da segurança jurídica (suscitado pelas arguidas PTM/TV Cabo).
- Violação dos direitos de defesa das arguidas – violação do princípio da concentração da acusação (suscitada pela arguida SIC).
- Nulidade do processo por não disponibilização do mesmo à rede europeia de concorrência (suscitado pelas arguidas PTM/TV Cabo).
- Falta de parecer das autoridades reguladoras sectoriais – discrepâncias entre o projecto de decisão que lhes foi submetido e a decisão (suscitado pelas arguidas PTM/TV Cabo).
- Violação do art. 29º da Lei da Concorrência na consideração, por parte da AdC do parecer enviado pela ERC extemporaneamente (suscitado pelas arguidas PTM/TV Cabo).



4121
V9

Tribunal de Comércio de Lisboa

- Nulidade da prova obtida por omissão de notificação dos mandatários previamente constituídos de actos processuais (suscitado pelas arguidas PTM/TV Cabo).

- Nulidade de prova obtida mediante solicitação de informações ao abrigo de preceito inconstitucional por violação do direito ao silêncio (suscitado pelas arguidas PTM/TV Cabo).

- Nulidade parcial da decisão relativamente ao contrato de distribuição SIC Mulher por ausência de acusação e de contraditório (suscitado pelas arguidas PTM/TV Cabo).

- Violação dos direitos de defesa – dificuldades de acesso ao processo e não fornecimento de documentos nos quais se baseou a decisão condenatória (suscitado pela arguida SIC).

*

O tribunal não apreciará, por ora, a questão da constitucionalidade e estrutura dos arts. 2º da anterior Lei da Concorrência e 4º da actual, suscitada pelas arguidas PTM/TV Cabo por não ser configurável como qualquer questão prévia ou incidental (fls. 2905 e ss.). Embora a final as arguidas peçam ao tribunal que declare “a nulidade do processo por aplicação inconstitucional do artigo 4º da Lei da Concorrência” – alínea ix) do pedido -, a considerar-se eventualmente procedente uma alegada inconstitucionalidade do preceito, trata-se de um passo lógico a tomar após a subsunção dos factos ao direito e determinará, não a “nulidade do processo”, mas a absolvição das arguidas.

Igualmente não se apreciará, por ora, a questão da constitucionalidade da aplicação do art. 39º da Lei da Concorrência com a divulgação da decisão, por esta última questão não ter qualquer influência no andamento e prosseguimento dos autos (fls. 2953 e ss.), questão suscitada pelas arguidas PTM/TV Cabo.

**

*

1. Prescrição do procedimento contra-ordenacional

1.1. Argumentos das partes

A arguida SIC veio defender-se “por excepção”, alegando que o presente procedimento contra-ordenacional se encontra prescrito desde 10/08/04 e requerendo, em consequência, o arquivamento dos autos.

Alega para tanto:

Quanto à qualificação da infracção:

A AdC imputa às arguidas a violação do nº1 do art. 4º da Lei nº 18/03 (LdC) na medida em que este preceito considera proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear, ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional.



4124
✓ 9

Tribunal de Comércio de Lisboa

O elemento essencial para efeitos de determinação do momento relevante da infracção é, na posição da AdC, o acordo de vontades, que se prolonga no tempo enquanto as vontades das partes permanecem alinhadas, concluindo assim tratar-se de uma infracção permanente.

No entanto os acordos entre empresas têm a natureza de facto instantâneo. A sua mera celebração é punível, mesmo que as partes, apercebendo-se do seu carácter ilícito nunca o ponham em prática, não chegando a concorrência a ser restringida.

Mesmo que assim se não entenda, para se poder qualificar uma infracção como permanente exige-se que o agente mantenha culposamente o estado antijurídico no tempo.

No caso dos autos não só tal intenção não se verificou aquando da celebração, como nos autos não existe qualquer elemento que suporte que a arguida iniciou e manteve uma resolução ilícita após a entrada em vigor da nova lei.

O acordo de parceria em causa nos autos corresponde a um acordo celebrado num determinado período temporal perfeitamente identificado, correspondendo a uma infracção instantânea de efeitos permanentes, que se distingue quer das infracções continuadas, quer das infracções permanentes.

Nas infracções instantâneas de efeitos permanentes a reunião dos respectivos elementos constitutivos adquire-se no momento da actuação do agente e as consequências prolongam-se no tempo, devendo considerar-se definitivamente cometidas na data da actuação, correspondendo aos doutrinariamente designados crimes de estado.

A tese da AdC deixa sem resposta a questão se saber qual o momento da violação se as partes alinharem as suas vontades quanto a uma prática restritiva da concorrência e só bastante mais tarde vierem a celebrar, oralmente ou por escrito um contrato ou adoptarem medidas concretas com vista a restringir a concorrência.

A censura do ordenamento jurídico manifesta-se mesmo que o mercado nunca venha a sentir o efeito deste acordo, o que concorda com a teoria da acção por que o legislador nacional optou, plasmada no art. 5º do RGCO, sendo o momento relevante para determinação do momento da prática da contra-ordenação o da actuação do agente, da materialização da vontade e não o da produção do resultado.

Foi aliás já esse o entendimento da AdC no processo de contra-ordenação nº 4/05, no qual condenou cinco empresas farmacêuticas pela prática concertada de fixação de preços em procedimentos públicos de aquisição de reagentes de determinação de glicose no sangue.

Entendimento contrário ao defendido padece de inconstitucionalidade por violação do princípio da tipicidade.



4123
✓ 9

Tribunal de Comércio de Lisboa

A lei aplicável no caso é a vigente à data da prática do facto, ou seja, o Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, por ser esse o regime no qual as partes se basearam. Mesmo assim não se entendendo seria esse o regime aplicável por força do disposto no art. 3º do RGCOC – aplicação da lei mais favorável.

Quanto à prescrição do procedimento contra-ordenacional:

Mesmo entendendo-se aplicável a Lei nº 18/03, o procedimento contra-ordenacional sempre estaria prescrito, uma vez que o prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional se conta desde o momento da prática do facto.

Nos termos dos arts. 27º, al. a) e 17º nº2 do RGCOC, na versão dada pelo Decreto Lei nº 244/95, vigente na data da prática do facto, o procedimento contra-ordenacional extingue-se por prescrição logo que sobre a prática da contra-ordenação tenham decorrido 2 anos.

A infracção imputada, nos termos do art. 37º nº2 do Decreto Lei nº 371/93 era punível com coima de Esc: 100 000\$00 a Esc: 200 000 000\$00.

Assim sendo, o prazo de prescrição é de dois anos contados desde o momento da prática do facto.

É aplicável a redacção do RGCOC de 1995, por ser o regime globalmente mais favorável, já que o art. 27º, al. a) do RGCOC, na sua actual redacção, prevê um prazo de prescrição de 5 anos.

O regime do RGCOC anterior a 2001 era omissivo quanto à possibilidade de interrupção do prazo de prescrição, sendo subsidiariamente aplicável o nº1 do art. 121º do CP.

O art. 28º, al. a) do RGCOC, na redacção dada pela Lei nº 109/01 de 24/12, prevê a interrupção do prazo do procedimento com a comunicação ao arguido dos despachos, decisões ou medidas contra ele tomados ou com qualquer notificação.

Ora as arguidas foram notificadas, em 10/08/01, de que contra elas corria um processo de contra-ordenação junto da DGCC, notificação essa que interrompeu o prazo de prescrição. Aplicando, quer o art. 121º nº3 do CP, quer o actual art. 28º, al. a) do RGCOC, o prazo máximo era de três anos, e decorreu por completo em 10/08/04.

As arguidas PTM/TV Cabo, nas suas alegações de recurso vieram alegar que o procedimento contra-ordenacional se extinguiu, por prescrição, em 10/08/04.

Supportando tal conclusão alegaram, em síntese:

Quanto à natureza da infracção:

Está em causa um acordo de vontades do qual terá resultado a celebração de um contrato.

No tocante à imputada manutenção do estado antijurídico durante a vigência do acordo, a AdC não identificou factos ou actividades que pudessem ser subsumidos ao tipo do art. 2º da anterior Lei da Concorrência ou actual art. 4º



4124
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

da LdC. Propósitos, intenções e atitudes puramente subjectivas análogas não podem constituir, em si mesmos, matéria de um qualquer processo sancionatório.

A forma de imputação da AdC – a manutenção dos efeitos lesivos para a concorrência decorrentes do facto inicial que constitui ele mesmo (o contrato celebrado) uma contra-ordenação – é similar ao que sucede quando alguém comete um crime de furto e não restitui a coisa furtada, sem que tal infracção seja qualificada como um crime permanente.

A AdC qualifica o acordo/encontro de vontades como infracção permanente *«por o encontro de vontades prolongar-se por todo o tempo em que de facto essas vontades permanecem alinhadas, não se consome, nem tão pouco coincide, com o momento da sua formalização»*.

As meras intenções não constituem objecto de punição e só os actos que se traduzem em alterações do mundo exterior podem ser punidos.

A questão não passa por considerar a infracção como instantânea ou duradoura, mas sim por determinar as consequências jurídicas derivadas de cada um dos factos ou actos.

O acordo em causa nos autos é o acordo celebrado entre as arguidas em 27/03/00 e não qualquer outro.

As práticas concertadas não são concretizações dos acordos. São, na letra da lei, situações alternativas - acordos, associações ou práticas concertadas.

Quanto à lei concretamente aplicável:

Sendo o acto ilícito objecto de punição o acordo de parceria de 27/03/00, a lei aplicável é, em primeira linha, a lei vigente no momento da prática do facto, havendo que ponderar qual a lei mais favorável, dado vigorar, no momento da condenação lei nova que revogou a anterior.

O regime do Decreto Lei nº 371/93 é mais favorável, designadamente visto o limite máximo da coima aplicável.

Também as regras de prescrição do RGCOG em vigor à data da celebração do acordo, ou seja, na redacção anterior à Lei nº 109/01, são concretamente mais favorável às arguidas que as actualmente em vigor.

Quanto à prescrição do procedimento contra-ordenacional:

A infracção, a ter sido cometida, foi-o em 27/03/00, data de assinatura do acordo de parceria, iniciando-se nesse momento o prazo de prescrição.

Face às regras à data previstas nos arts. 27º, al. a) e 17 nº2 do RGCOG e 37º nº2 da anterior Lei da Concorrência, o prazo de prescrição do procedimento *sub judice* era de dois anos.

É este o prazo e a lei aplicável, seja porque em vigor no momento da prática do facto, seja porque é mais favorável que o actual prazo de prescrição – 5 anos nos termos do art. 27º, al. a) do RGCOG na sua actual redacção.



4125
VJ

Tribunal de Comércio de Lisboa

O prazo de prescrição interrompe-se, nos termos do art. 28º n.º1. al. a) do RGCOC com a comunicação aos arguidos de qualquer despacho, decisão ou medida contra ele tomada ou com qualquer notificação

As arguidas foram notificadas em 10 de Agosto de 2001 de que contra elas corria o presente processo de contra-ordenação. A partir dessa data reiniciou-se a contagem do prazo de prescrição, tendo por limite a regra prevista no art. 121º do CP, aplicável nos termos do Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 6/2001 de 08/03/01, ou seja, a prescrição do procedimento criminal ocorreu três anos após aquela notificação, em 10/08/04.

A AdC, nas suas alegações e retomando os argumentos avançados na decisão alegou:

- o primeiro elemento do tipo imputado - art. 4º da LdC - é verdadeiramente o acordo entre empresas, independentemente de este se materializar num acordo ou numa prática concertada. O elemento do tipo é o próprio encontro de vontades e não a sua formalização.

- o momento relevante é aquele em que se assiste ao acordo de vontades e não o momento da formalização e o encontro de vontades prolonga-se por todo o tempo em que de facto essas vontades permanecem alinhadas, não se consumindo nem coincidindo com o momento da formalização.

- a prática do facto protraí-se ininterruptamente durante todo o tempo em que as empresas concertaram as suas vontades o que no caso corresponde pelo menos ao período de vigência do Acordo de Parceria.

- a não exigibilidade de efeitos restritivos, impeditivos, ou falseadores quando um encontro de vontades já tem por objecto restringir, impedir ou falsear a concorrência não implica que este mesmo encontro de vontades se consuma no momento da sua formalização.

- ao proibir o encontro de vontades por objecto, independentemente dos seus efeitos, o legislador condena desde logo a acção das empresas que colocam a concorrência em perigo. O encontro de vontades com esse objecto executa-se em todos os momentos em que as empresas perigam lesar o bem jurídico;

- ao considerar que o encontro de vontades se mantém atende-se ao espaço temporal em que os agentes mantêm as suas acções e não aos efeitos das suas actuações;

- a infracção permanente é aquela em que a consumação do tipo legal se estende por um determinado lapso de tempo, numa estrutura em duas fases: a produção de um estado antijurídico, equivalente ao momento em que as vontades se encontram pela primeira vez e outra correspondente à manutenção desse evento, equivalendo a todos os momentos da existência do encontro de vontades;

- as arguidas ao manterem o seu encontro de vontades continuam a actuar com a mesma resolução ilícita que só cessará com o termo do mesmo;



4126
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

- durante a vigência do acordo as arguidas não estiveram sem actuar, como resulta do contrato de distribuição Sic Mulher;
- trata-se de uma infracção permanente;
- o art. 119º do CP é aplicável por força do art. 32º do RGCOG;
- não procede a interpretação de não aplicação da jurisprudência do caso Unicer por este ser um acto isolado;
- tratando-se de uma infracção permanente o agente mantém a sua resolução ilícita e continua a executar a mesma infracção após a entrada em vigor da nova lei, aceitando agir contra a lei nova como aceitou agir contra a lei antiga, sendo assim punido pela lei nova, não se colocando sequer a questão da aplicação da lei mais favorável.
- trata-se também de caso absolutamente diverso do caso analisado no PRC 04/05 pela AdC, mantendo a AdC o seu entendimento de infracção permanente e de infracção instantânea de efeitos permanentes;
- a contagem do prazo de prescrição apenas se inicia após o esgotamento da infracção, ou seja, após a prática do último acto de execução, nos termos do art. 119º nº2, al. a) do CP;
- o acordo de vontades ainda se encontra em vigor, pelo que o prazo de prescrição sequer começou a correr;
- dificilmente se entenderia a opção do legislador que não permitisse perseguir um acordo de vontades que se encontra em vigor e a violar a lei.

*

1.2. Factos a considerar

Para apreciar esta questão há que considerar os seguintes factos:

1 - Nos presentes autos é imputada às arguidas a prática de uma contra-ordenação p. e p. pelos arts. 4º nº1 e 43º, nº1, al. a) da Lei nº 18/03 de 11/06, em síntese, por:

terem celebrado entre si um acordo de parceria em 27/03/00, nos termos do qual a TV Cabo conferiu à SIC um direito de preferência no fornecimento de canais em português e produzidos em Portugal para o seu pacote básico e a SIC conferiu à PTM um direito exclusivo de comercialização dos canais por ela produzidos, configurando um acordo de vontades tendo por objecto impedir, falsear ou restringir a concorrência e, quanto à cláusula de preferência, tendo potencial efeito de impedir, falsear ou restringir a concorrência, enquanto que, quanto à cláusula de exclusividade, tendo por efeito, a restrição e distorção da concorrência, respectivamente, nos mercados da exploração e comercialização de canais nacionais de acesso condicionado e no mercado dos serviços de televisão por subscrição.

2 - Relativamente à cláusula de preferência a decisão imputou às arguidas a própria celebração do acordo, e refere negociações falhadas para o fornecimento



4127
V8

Tribunal de Comércio de Lisboa

de canais propostas por terceiros não aceites por parte da TV Cabo entre 2001 e 2004.

3 - Relativamente à cláusula de exclusividade de comercialização a decisão imputou às arguidas a própria celebração do acordo, a comercialização dos canais SIC pela Tv Cabo Audiovisuais (alterada para PT Conteúdos, SA) em 2001 e 2003, a recusa de comercialização dos seus canais pela SIC, sempre remetendo os interessados para o grupo PT até 2005 e ainda a celebração, em 30/12/02 de contrato para a distribuição do canal Sic Mulher, em exclusivo pela PT Conteúdos.

4 - As arguidas foram notificadas da abertura do processo de contra-ordenação por telecópia enviada em 10/08/01 (fls. 63 a 71 dos autos).

5 - Em 19/10/01 foi deduzida nota de ilicitude, imputando às arguidas a prática da contra-ordenação prevista pelo art. 2º nº1 do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, consubstanciada na cláusula de preferência constante do acordo de parceria de 27/03/00 (fls. 86 a 95 dos autos).

6 - As arguidas foram notificadas da nota de ilicitude, respectivamente, a SIC em 26/10/01, a PTM em 24/10/01 e a TV Cabo em 26/10/01 (fls. 97 verso, 98 verso e 99 verso).

7 - Os mandatários da SIC foram notificados da nota de ilicitude em 25/10/01 (fls. 100 verso).

8 - A arguida SIC pediu, em 26/10/01, prorrogação do prazo de resposta à Nota de Ilcitude (fls. 102).

9 - A arguida SIC e os seus mandatários foram notificados da prorrogação do referido prazo por telecópia enviada em 29/10/01 (fls. 107 e 108, 109 e 110).

10 - As arguidas PTM e TV Cabo pediram, em 29/10/01, prorrogação do prazo de resposta à Nota de Ilcitude (fls. 115).

11 - As arguidas PTM e TV Cabo foram notificadas da prorrogação do referido prazo por telecópia enviada em 30/10/01 (fls. 122 e 123).

12 - As arguidas PTM e TV Cabo apresentaram a sua resposta à nota de ilicitude em 22/11/01 (fls. 125).

13 - A arguida SIC apresentou a sua resposta à nota de ilicitude em 22/11/01 (fls. 145).

14 - Em 22/05/03 os autos encontravam-se já na Autoridade da Concorrência, tendo sido por esta solicitado o envio de elementos relativos às contas das arguidas PTM e TV Cabo, por telecópia enviada nessa data (fls. 209).

15 - Em 01/09/05 foi deduzida nota de ilicitude, imputando às arguidas a prática da contra-ordenação prevista pelo art. 4º nº1 da Lei nº 18/2003, consubstanciada nas cláusulas de preferência e de exclusividade de comercialização constantes do acordo de parceria de 27/03/00, bem como, genericamente, os factos constante de "1" e "2" (fls. 1721 a 1764 dos autos).



4128
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

16 - As arguidas foram notificadas da nota de ilicitude de 01/09/05, respectivamente, a SIC em 05/09/05, a PTM em 05/09/05 e a TV Cabo em 05/09/05 (fls. 1769 verso, 1767 verso e 1765 verso).

17 - Em 08/10/06 foi proferida decisão, nos termos descritos em “1” a “3”, aplicando, respectivamente, à primeira arguida uma coima de € 540 000 e às segunda e terceira arguidas, consideradas uma única empresa, uma coima de € 2 500 000, no âmbito do processo de contra-ordenação nº 14/01 pela prática da contra-ordenação prevista e punida pelos arts. 4º nº1 e 43º, nº1, al. a) da Lei nº 18/03 de 11/06, e ordenando às arguidas que cessassem a prática e alterassem o acordo de parceria e o contrato de distribuição do Canal SIC Mulher em conformidade com a decisão, no prazo de 30 dias (fls. 2505 a 2610).

18 - As arguidas foram notificadas da decisão, respectivamente, a SIC em 10/08/06, a PTM em 11/08/06 e a TV Cabo em 11/08/06 (fls. 2611 verso, 2613 verso e 2612 verso).

*

1.3. Regime legal aplicável e suas consequências

As arguidas entendem estar-se ante uma infracção instantânea de efeitos permanentes, que se consumou em 27/03/00. Contam, em consequência, o prazo de prescrição a partir desse dia, concluindo que o procedimento contra-ordenacional se encontra prescrito.

A AdC entende tratar-se de uma infracção permanente, sinteticamente porque o Acordo de Parceria ainda se encontra em vigor, pelo que a prazo de prescrição apenas deverá iniciar-se aquando da cessação do acordo de vontades. Ou seja, caso não haja qualquer renovação, na melhor das hipóteses, o prazo de prescrição do procedimento criminal iniciar-se-à em 27/03/2010.

É também esta posição que leva a AdC a enquadrar o ilícito no art. 4º da LdC, que entrou em vigor no dia 16/06/03, questão que, sem ser essencial para a apreciação da questão da prescrição, releva apenas se se considerar, total ou parcialmente, procedente a posição da AdC.

Trabalharemos, em início, duas hipóteses, respectivamente, tomando como boa a posição das arguidas e fazendo a contagem do prazo de prescrição de acordo com as regras legais aplicáveis, fazendo posteriormente o mesmo encarando a infracção como permanente, tal como alegado pela AdC.

O art. 37º nº2 do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, em vigor à data da celebração do Acordo de Parceria de 27/03/00 (sendo a infracção imputada ao abrigo daquela legislação o respectivo art. 2º) previa:

«Constitui contra-ordenação punível com coima de 100 000\$ a 200 000 000\$ qualquer dos comportamentos restritivos da concorrência previstos nos artigos 2º, 3º e 4º.»

Nos termos do art. 27º al, a) do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10, na versão em vigor em 27/03/00 (introduzida pelo Decreto Lei nº 244/95 de 14/09), o prazo



4119
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

de prescrição do procedimento contra-ordenacional era de dois anos nos casos em que era aplicável uma coima de limite superior ao previsto no art. 17º nº1 do mesmo Decreto Lei, igualmente na versão em vigor em 27/03/00 (Esc: 750 000\$00).

Ocorreu, no entanto, a causa de suspensão da prescrição específica prevista no art. 8º do Decreto Lei nº 10/03 de 18/01, que se insere na parte final da previsão do art. 27º-A do Decreto Lei nº 433/82 (sempre na redacção em vigor em 27/03/00).

Prevê-se no referido art. 8º nº1 do Decreto Lei nº 10/03 que os processos pendentes na Direcção Geral do Comércio e da Concorrência e no Conselho da Concorrência são remetidos oficiosamente à Autoridade da Concorrência no 30º dia posterior ao termo do prazo referido no nº1 do art. 4º do mesmo diploma.

Na data da remessa, prescreve o nº2, os prazos procedimentais, processuais ou substantivos, o que inclui claramente os prazos de prescrição, suspendem-se, reiniciando-se a sua contagem no 30º dia posterior ao termo do prazo previsto no nº1 do art. 4º.

O art. 4º nº1 (sob a epígrafe Período de instalação) estabelece que a Autoridade é considerada como estando em condições de desempenhar a plenitude das suas atribuições no prazo de 60 dias contados da entrada em vigor da presente lei.

A Lei nº 10/03 de 18/01 entrou em vigor em 24/02/03.

Em 24/03/03 os processos que estavam pendentes na DGCC foram remetidos à Autoridade da Concorrência, na mesma data se suspendendo a contagem de todos os prazos.

Em 24/04/03 terminou o prazo previsto no nº1 do art. 4º da Lei nº 10/03.

Em 24/05/03 terminou a suspensão de contagem de todos os prazos prevista no art. 8º nº2.

Temos, assim, a descontar ao prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional 60 dias.

No que concerne a causas de interrupção da prescrição, há que considerar que as arguidas foram notificadas em 10 de Agosto de 2001 da instauração do processo contra-ordenacional sendo esse o primeiro acto praticado com eficácia interruptiva e, posteriormente, da primeira nota de ilicitude em 26/10/01.

Significa isto que nestas duas datas se interrompeu o prazo de prescrição por força do disposto no art. 28º nº1, al. a) do Decreto Lei nº 433/82, na sua versão em vigor à data da prática dos factos, tendo-se iniciado a contagem de novo prazo prescricional em cada uma das referidas datas (art. 120º nº 2 do Código Penal, aplicável *ex vi* art. 32º do Decreto Lei nº 433/82).

É certo que se aplica, por força da jurisprudência fixada pelo Acórdão do STJ nº 6/2001 de 08/03/01, o disposto no art. 121º nº3 do Código Penal (aplicável *ex vi* art. 32º do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10). O prazo a considerar



4130
✓ 7

Tribunal de Comércio de Lisboa

para efeitos do citado artigo é, assim, de três anos contados desde a data da prática dos factos.

Significa isto que, **se considerarmos que a infracção imputada às arguidas se consumou no dia da celebração do Acordo de Parceria - 27/03/00** -, e que o prazo de prescrição começou a correr nessa data, então contados 3 anos desde a suposta data da prática dos factos e descontando os 60 dias de suspensão, **o procedimento contra-ordenacional se extinguiu, por prescrição, em 27/05/03**.

Nesta hipótese temos ainda que considerar que, em 29 de Dezembro de 2001 entrou em vigor a Lei nº 109/01 de 24/12, diploma que alterou o art. 27º do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10, passando a ser de 5 anos o prazo de prescrição para contra-ordenações a que seja aplicável coima igual ou superior a € 49 879,79 - al. a) do art. 27º do Decreto Lei nº 433/82.

Foram igualmente alterados os arts. 27º-A e 28º do Decreto Lei nº 433/82, passando a prever-se novas causas de suspensão do procedimento contra-ordenacional, nomeadamente a suspensão por seis meses quando o processo estiver pendente a partir do envio do processo ao Ministério Público até à sua devolução nos termos do art. 40º e quando o processo estiver pendente a partir da notificação do despacho que procede ao exame preliminar do recurso, até à decisão final e ainda a interrupção do prazo de prescrição com a notificação ao arguido para exercício do direito de audição e declarações por ele prestadas no exercício desse direito e com a decisão da autoridade administrativa que procede à aplicação da coima. Por sua vez o art. 28º, nº 3, passou a reproduzir o regime previsto no nº 3 do art. 120º do Código Penal.

Continuando a trabalhar na mesma hipótese, e face ao disposto nos arts. 3º do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10 e 2º nº4 do Código Penal, há ainda que averiguar qual o regime que em concreto é mais favorável ao arguido - o instituto da prescrição do procedimento criminal e contra-ordenacional é integrado, no que aqui nos interessa, por normas processuais penais materiais às quais se aplicam quer a proibição da aplicação retroactiva da lei menos favorável, quer o princípio da aplicação retroactiva da lei mais favorável (veja-se por todos neste sentido Taipa de Carvalho, *in* Sucessão de Leis Penais, Coimbra, 1990, pg. 238 e ss.).

Aplicando ao caso dos autos e ao enquadramento sob o art. 2º do Decreto Lei nº 371/93, verifica-se que, contando-se o início do prazo na mesma data e sendo a mesma a moldura contra-ordenacional, o prazo de prescrição é de 5 anos enquanto antes era de dois.

Considerando a mesma suspensão e os mesmos primeiros dois factos com eficácia interruptiva, teremos que contar 7 anos e 6 meses desde 27/03/00, descontar 60 dias e concluir que o procedimento contra-ordenacional se extinguirá, por prescrição, em 27/11/07.



4131
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

O regime mais favorável à arguida é, claramente o regime em vigor em 27/03/00, uma vez que o prazo de prescrição é menor.

Passando agora à posição defendida pela AdC, notemos que, não obstante a redacção do proémio do art. 27º do RGCOC (inalterado em 2001) estatuir que o procedimento por contra-ordenação se extingue por efeito da prescrição logo que sobre a prática da contra-ordenação hajam decorrido os prazos previstos (esses sim diversos da redacção de 1995 para a redacção de 2001), não há qualquer regra no diploma que regule o início da contagem deste prazo nos moldes em que o faz o art. 119º do CP.

Efectivamente o art. 118º do CP contém no seu nº1 proémio uma regra similar à contida no proémio do art. 27º do RGCOC (*«o procedimento criminal extingue-se, por efeito de prescrição, logo que sobre a prática do crime tiver em decorrido os seguintes prazos: ...»*), mas prevê, no art. 119º:

«1. O prazo de prescrição do procedimento criminal corre desde o dia em que o facto se tiver consumado.

2. O prazo de prescrição só corre:

a) Nos crimes permanentes, desde o dia em que cessar a consumação;

b) Nos crimes continuados e nos crimes habituais, desde o dia da prática do último acto;

c) Nos crimes não consumados, desde o dia do último acto de execução.

3. No caso de cumplicidade atende-se sempre, para efeitos deste artigo, ao facto do autor.

4. Quando for relevante a verificação de resultado não compreendido no tipo de crime, o prazo de prescrição só corre a partir do dia em que aquele resultado se verificar.»

Ora tendo em conta que as infracções contra-ordenacionais podem ser permanentes, ser cometidas na forma continuada, que a tentativa é punível se tal for expressamente previsto e ainda que é também possível a comparticipação, há pois que, fazendo funcionar a regra do art. 32º do RGCOC, aplicar a previsão do art. 119º do CP - cfr. neste sentido Simas Santos e Lopes de Sousa *in* Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, Vislis, 2ª edição, pg. 218, Beça Pereira *in* Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas, Almedina, 7ª edição, pg. 69 e também António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral *in* Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas, Almedina, 2ª edição, pgs. 78 e 79.

E tanto basta para verificar que, **se a posição da AdC estiver correcta, não só procedimento contra-ordenacional não se encontra prescrito** (ou antes, com maior rigor dogmático, a infracção não se encontra prescrita e por decorrência o respectivo procedimento) **como o prazo de prescrição não começou ainda, neste momento, a decorrer.**



4132
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

A solução da questão passa pois pela caracterização do ilícito contra-ordenacional em causa e pela qualificação do respectivo tipo, ou tipos, necessariamente a fazer, primeiramente, em abstracto e após fazendo a subsunção dos factos que suportaram a decisão (factos imputados e que provados permitirão a conclusão pela verificação da infracção) aos conceitos achados.

*

1.4. Classificação do tipo

O art. 2º do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, em vigor à data da celebração do Acordo de Parceria de 27/03/00 previa:

«1. São proibidos os acordos e práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham como objecto ou por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta, quer a sua baixa;

b) Fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;

c) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

d) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

e) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;

j) Recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços;

g) Subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objecto desses contratos.

2. Excepto nos casos em que se considerem justificados, nos termos do art. 5º, os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo serão nulos.»

Por sua vez o art. 4º da LdC prevê:

«1. São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa.



4133
VJ

Tribunal de Comércio de Lisboa

b) Fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;

c) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

d) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

e) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;

f) Recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços;

g) Subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objecto desses contratos.

2. Excepto nos casos em que se considerem justificadas, nos termos do artigo 5.º, as práticas proibidas pelo n.º 1 são nulas.»

Como se pode verificar, à parte a introdução da cláusula de *minimis* (restringir de forma sensível) constante do art. 4º, a própria redacção dos preceitos é basicamente a mesma, seguindo de perto a sua fonte, o art. 85º e ora 81º do Tratado.

Assim a análise a efectuar da infracção propriamente dita é una, não tendo existido, na sucessão de leis no tempo qualquer alteração relevante para o efeito, que importe alteração do tipo (a questão da sensibilidade da afectação não está em causa no caso concreto).

A estrutura do facto ilícito nas infracções administrativas (contra-ordenações) está estreitamente relacionado com a estrutura do conceito de infracção em direito penal – cfr. Jescheck *in* Tratado de Derecho Penal, I vol., Bosch, SA, Barcelona, pg. 82)

No panorama doméstico veja-se neste sentido Taipa de Carvalho *in* Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Porto, 2006, pg. 168, onde refere, após traçar a autonomia da figura jurídica da contra-ordenação, que se a consequência dessa autonomia deveria ser a diferença de regime jurídico relativamente ao direito penal, não o é, desde o nascimento (Decreto Lei nº 433/82) panorama aliás agravado com a revisão de 1995. Também, e ainda mais expressivamente Frederico Costa Pinto assinala a aproximação vincada aos institutos e soluções do direito penal que tem marcado o legislador contra-ordenacional (*in* O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 7º, fasc. 1º, Janeiro/Março de 1997, pg. 16).

Vamos então, para a tarefa de classificar e decompor a estrutura do ilícito em presença, chamar à colação as categorias de direito penal, enquanto aqui se acharem aplicáveis (seguindo de perto Jescheck na obra citada, pgs. 354 e ss.).



4138
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

De entre as várias classificações de tipo (penal/contra-ordenacional) com relevância para a questão que aqui somos chamados a resolver (qual o momento da consumação do ilícito em presença) releva, em primeiro lugar a classificação segundo a relação entre a acção e o objecto da acção e que divide as infracções em infracções de resultado e de mera actividade.

Infracções de resultado são as que pressupõem no seu tipo a produção de um efeito diferenciado da acção e separável desta espaço-temporalmente. Exemplo: o homicídio que exige a produção do resultado morte.

Dentro destas, as infracções de resultado cuja eficácia se estende por um determinado espaço de tempo são infracções permanentes ou de estado.

Nas **infracções permanentes** a manutenção do estado antijurídico depende da vontade do autor de forma a que o facto se renove continuamente. Exemplo: o sequestro que perdura enquanto perdurar a privação de liberdade.

Nas **infracções de estado** (nos autos também designadas por infracções instantâneas de efeitos permanentes) o resultado consiste também na produção de um resultado antijurídico mas, juridicamente, o facto fica perfeito já no momento da produção do resultado. Exemplo: falsificação de documentos, em que o resultado, afectação do tráfico jurídico probatório, se dará, sem relevo típico quando o agente utiliza o documento falso, já após a falsificação.

Infracções de mera actividade são aquela em que o tipo de ilícito se esgota na acção do autor, sem que tenha de produzir-se um resultado no sentido de efeito exterior destacável espaço-temporalmente.

O resultado típico distingue-se da lesão do bem jurídico protegido.

O resultado expressa a lesão ou colocação em perigo do objecto da acção, separadas desta espaço-temporalmente. A lesão do bem jurídico, por sua vez, afecta a relação da acção típica com o escopo de protecção do preceito penal ou contra-ordenacional – valor jurídico protegido.

Daí que seja diversa, e não necessariamente coincidente com a classificação anterior, a classificação segundo a intensidade de lesão do bem jurídico que distingue as infracções de dano das infracções de perigo.

Nas infracções de **dano** o tipo pressupõe que se lese o objecto da acção protegido. Exemplo: homicídio.

Por **perigo** entende-se um estado anormal em que, para um observador experimentado pode surgir como provável, à vista das actuais e concretas circunstâncias, a produção de um dano, cuja possibilidade resulta evidente. Exemplo de crime de perigo: incêndio.

Nas infracções de **perigo concreto** o tipo basta-se com o perigo de uma lesão como resultado de uma acção, sendo a produção do perigo um elemento do tipo cuja verificação é exigida.

Há porém, um (ou dois, conforme a posição adoptada) grau prévio às infracções de perigo concreto.



4175
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

As infracções de **perigo abstracto** são aquelas em que basta a perigosidade geral de uma acção para determinados bens jurídicos protegidos. Nestas a produção do perigo não pertence, em si mesma ao tipo, uma vez que o próprio comportamento correspondente implica, tipicamente, um perigo concreto. Os indícios de perigosidade estão fixados de forma vinculante na própria lei (enquanto que, nas infracções de perigo concreto, a causação do resultado, leia-se perigo, tem que ser constatada pelo juiz como elemento do tipo).

Há mais um grau intermédio (que Jescheck não distingue embora assinale como sendo ainda infracções de perigo abstracto) as infracções de **perigo abstracto-concreto** ou de aptidão, nas quais a comprovação da perigosidade geral é confiada ao critério do juiz mediante a exigência de idoneidade para a produção de determinado resultado (leia-se perigo).

Apliquemos agora estes critérios ao tipo em análise.

O primeiro passo é a interpretação da passagem *que tenham como objecto ou por efeito* ou, irrelevantemente, *que tenham por objecto ou como efeito*.

Aqui surpreendemos, nitidamente, dois tipos contra-ordenacionais distintos: acordos, as decisões e as práticas entre empresas que tenham por objecto impedir, falsear ou restringir a concorrência e acordos, as decisões e as práticas entre empresas que tenham como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.

É essa a conclusão quando fazemos a subsunção à classificação segundo a relação entre a acção e o objecto da acção. No primeiro tipo basta um acordo (a partir daqui usaremos, por comodidade apenas a expressão acordo abrangendo todas as modalidades possíveis) que tenha por objecto impedir, falsear ou restringir a concorrência para que a infracção se tenha por consumada. Não se exige que tal acordo tenha efeitos restritivos, apenas que vise restringir (impedir, falsear) a concorrência. Trata-se de uma infracção de mera actividade, razão aliás pela qual, como muito bem aponta a arguida SIC, a mera celebração é punível, mesmo que as partes nunca o ponham em prática, não chegando a concorrência a ser restringida.

Por via desta classificação os acordos que tenham por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência (acordos por efeito por comodidade de expressão) na medida em que se exige a produção de um efeito (restrição da concorrência) diferenciado da acção (acordo) e separável desta espaço-temporalmente, configuram, claramente, uma infracção de resultado.

E, como já supra deixámos enunciado, só nestas se coloca sequer a questão da discussão de se estaremos ante uma infracção permanente ou de estado, porque só aqui se exige um resultado.

Deixemos aqui a "teoria geral" para um pequeno apontamento que aqui nos parece oportuno, relativamente à jurisprudência Unicer, citada pela AdC.



4136
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

No caso concreto o tribunal superior classificou a infracção como permanente. Estava-se, esclarece-se, ante uma infracção por efeito (tal como no “gémeo” caso Centralcer – cfr. parágrafo VII da decisão, disponível in www.dgsi.pt/jtrl.nsf/) e o tribunal considerou que, no caso, a arguida, “ao rege-se por modelos contratuais pré-estabelecidos, de cujos termos de cumprimento pontual, ponto por ponto, não abdicou ou distanciou, em reiterada e constante vinculação às estipulações negociais insertas, impondo-as, querendo-as, fiscalizando-as a todo o momento, até cessação da sua vigência, tipifica uma conduta contra-ordenacional permanente e não instantânea, mesmo de efeitos permanentes, a pressupor o desprendimento de tais efeitos, o que não se verificou, pelo que estaremos em presença de uma contra-ordenação a pautar como permanente.”

Como se vê da passagem citada, o tribunal pôs a pedra de toque não nos acordos (modelos contratuais pré-estabelecidos), mas sim na sua execução, imposição, execução, fiscalização, etc., centrando-se nos efeitos.

A jurisprudência Unicer é de facto aqui aplicável (a enquadrar) mas com esta precisão. Tratando-se, a infracção por objecto de uma infracção de mera actividade não há sequer que chamar à colação esta questão e esta decisão, porque ela encara uma infracção de resultado e não uma infracção de mera actividade.

Como é facilmente alcançável, a utilidade da classificação que vimos a aplicar, para a questão da prescrição do procedimento contra-ordenacional é de suma importância.

Se estamos ante uma infracção de mera actividade a consumação é instantânea, no momento do acordo de vontades (não claro da sua formalização no sentido de passagem a escrito, momentos que regra geral coincidirão, não se retirando da argumentação da AdC a conclusão da punição de meras intenções). O facto de se tratar de um acordo com um prazo de vigência, mais ou menos longo não altera a classificação do tipo.

Isto porque o acordo de vontades, a acção típica deu-se, perfeita, no momento do acordo, que já englobou esse prazo de duração.

Porque estamos ante um contrato (inominado), convém atentar na disposição prevista no art. 406º do Código Civil.

Nos termos do disposto no art. 406º do Código Civil, os contratos devem ser pontualmente cumpridos, traduzindo o denominado princípio *pacta sunt servanda* que significa que “...todas as cláusulas contratuais devem ser observadas, que o contrato deve ser cumprido *ponto por ponto*, e não apenas que ele deve ser executado no prazo fixado, como poderia depreender-se do sentido usual do vocábulo *pontualmente*.” (Pires de Lima e Antunes Varela, in Código Civil Anotado, vol. I, 4ª edição, pg. 373).



4131
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

Ou seja, quem celebra um acordo para vigorar durante determinado tempo quer já, no momento da celebração do acordo, a vigência por todo esse prazo. O acordo, ou, transpondo agora para a estrutura da infracção, a acção típica, dá-se num só momento.

Porque é que o acordo de vontades não se protraí no tempo durante toda a vigência, nos termos defendidos pela AdC, de forma a considerar que uma infracção por objecto dura todo o tempo de vigência de um contrato? Porque, a execução desse contrato, a sua imposição e a sua fiscalização durante a vigência são efeitos desse acordo.

Face a esta classificação, quando duas ou mais empresas celebrem um acordo por objecto e o cumpram durante determinado prazo acabam por preencher os dois tipos: o acordo em si é uma infracção por objecto e a execução do acordo, caso tenha por efeito restringir a concorrência, é uma infracção por efeito.

Vamos agora enquadrar o tipo na classificação relativa à lesão do bem jurídico.

Previamente há que determinar qual o bem jurídico protegido pelo tipo.

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).

O direito de defesa da concorrência tem como função a preservação das estruturas concorrenciais 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 Portuguesa². 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

² A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.

4138
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

um fim em si mesma, assim tendo sido conformada no Tratado Comunitário³, 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.”⁴

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, 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 a defesa da concorrência é instrumental da livre iniciativa económica.

Pode assim identificar-se como bem jurídico protegido a estrutura concorrencial do mercado, e identificar a *ratio* desta protecção como instrumental da livre iniciativa económica.

Recuperando os conceitos acima expostos resulta claro que, quanto a um acordo por objecto estamos face a uma infracção de perigo, no caso de perigo abstracto concreto.

De perigo porque o tipo (por objecto) não exige efectiva lesão da estrutura concorrencial do mercado. De perigo abstracto-concreto porque os indícios de

³ António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques *in* Direito Económico, pg. 295, 4ª Edição, Almedina, 2001

⁴ Idem, pg. 296



4139
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

perigosidade não estão fixados de forma vinculada pela lei – o legislador apenas enuncia a acção (acordo que tenha por objecto), sendo que, ter por objecto implica a existência de uma certa intenção. Para evitar uma excessiva subjectivização do ilícito exige-se, pois, a aptidão objectiva da acção para impedir, falsear ou restringir a concorrência.

Passemos à infracção por efeito. Nesta o tipo exige, como elemento objectivo a existência de lesões no bem jurídico: que seja impedida, falseada ou restringida a concorrência, lesões, portanto, na estrutura concorrencial do mercado.

Assim sendo, estamos perante uma infracção de dano, com a especificidade que se não trata de um dano material, até porque o bem jurídico protegido é imaterial.

Também esta classificação confirma a nossa asserção de que estamos ante dois tipos diferentes.

Este panorama permite-nos também tirar várias outras conclusões. Nomeadamente quanto aos elementos subjectivos do tipo: a infracção por objecto, claramente, apenas pode ser cometida com dolo, sendo aliás duvidoso que também na modalidade de dolo eventual (questão que aqui só enunciamos e não tratamos ou resolvemos por não interessar ao percurso lógico de conhecimento). A infracção por efeito é cometida a título de negligência e, para quem exclua o dolo eventual das infracções por objecto, também como dolo eventual.

Feito este percurso resume-se assim o quadro do tipo:

Infracção por objecto:

- infracção de mera actividade, que se consuma com a prática da acção típica (acordo com aptidão para impedir, falsear ou restringir a concorrência);
- infracção de perigo abstracto concreto;
- relevância da conduta posterior à consumação – para efeitos de escolha e medida da sanção, nos termos previstos no art. 44º, al. f), 1ª parte da Lei da Concorrência e na medida da culpa, genericamente, nos termos do art. 18º nº1 do RGCOE também para o regime do Decreto Lei nº 371/93.

Infracção por efeito:

- infracção de resultado, que se consuma com a produção do resultado;
- infracção de dano;
- relevância da conduta posterior à consumação: a mesma.

Agora aglutinando há que esmiuçar o quadro quanto a uma conduta que comece numa infracção por objecto (celebração do acordo) e depois se prolongue na execução concertada desse mesmo acordo causando efeitos anti-concorrenciais.

Neste caso os agentes preenchem a primeira e a segunda acção típicas, a prática concertada prolonga-se no tempo e estamos ante uma infracção



4140
✓B

Tribunal de Comércio de Lisboa

permanente cujo prazo de prescrição corre a partir do momento da cessação da infracção.

Munidos destes conceitos passemos ao caso concreto. Há que analisar os termos da decisão, por ser essa a fonte da imputação feita às arguidas para podermos, no concreto compreender que infracção ou infracções estão imputadas, qual a sua natureza, qual o momento da respectiva consumação e, consequentemente, desde quando se deve contar o respectivo prazo de prescrição.

*

1.5. Apreciação em concreto

Está em causa, conforme a decisão, um acordo de parceria celebrado entre as três arguidas, em 27/03/00, sendo consideradas violadoras de entre as suas cláusulas a que confere um direito de preferência à SIC para o fornecimento de canais em português (nºs 1, 2 e 3 da cláusula 2ª) e a que confere à PTM o direito exclusivo de comercialização dos canais produzidos no âmbito do acordo de parceria (cláusula 6ª, nº1).

O acordo foi celebrado pelo prazo de 10 anos, sendo possível a alteração do prazo de duração.

Este o acordo por objecto em causa nos autos, pelas razões explanadas na decisão (cuja correcção note-se, não analisamos).

Além da celebração do acordo estão ainda imputados os seguintes factos:

- celebração do contrato de distribuição do canal SIC Mulher em 30/12/02, em execução da cláusula de exclusividade;

- propostas de terceiros efectuadas para o fornecimento de canais temáticos à PTM, todas sem êxito (123º a 129º da decisão), não sendo, na decisão, imputado qualquer facto relativo a eventual relação de causalidade entre a cláusula de preferência e o insucesso dessas negociações;

- comercialização pela PTM dos canais fornecidos pela SIC em exclusivo:

- Cabovisão – acordo com a empresa do grupo PTM em 04/01/01; proposta de aquisição directamente à SIC em 03/10/02; novo acordo com empresa da PTM em 01/01/03, vigente até 31/12/04 e negociações desde 01/01/05; proposta de aquisição do canal SIC Mulher directamente à SIC em 12/05/04, resposta da SIC em 19/05/04, remetendo para a PT Conteúdos;

- Bragatel – acordo com empresa do grupo PTM, proposta de aquisição directa à SIC em Março de 2005, resposta da SIC remetendo para a PT Conteúdos;

- TVTEL – acordo com empresa do grupo PTM em Janeiro de 2001; negociações até Maio de 2005; proposta de aquisição directa à SIC em Julho de 2004, resposta da SIC remetendo para a PT Conteúdos;

- Pluricanal Leiria e Pluricanal Santarém – acordo com empresa do grupo PTM, renovável.



4141
97

Tribunal de Comércio de Lisboa

Na apreciação jurídica, sintomática e coincidentemente com os factos imputados, a AdC imputa às arguidas, quanto à cláusula de preferência que esta tem por sentido objectivo “proteger a SIC da pressão concorrencial dos seus actuais e potenciais concorrentes, impedindo, respectivamente, o seu crescimento e entrada no mercado.”, daqui retirando o propósito objectivo de restringir a concorrência – nº 240º da decisão.

Mais acrescenta a decisão que o pelo direito de preferência a SIC tem contratualmente garantida a possibilidade de impedir a entrada de novos concorrentes (cfr. nº 243 da decisão), que este direito diminui os incentivos ao lançamento de canais concorrentes (nº 244), dificulta a inovação dos temas a ser explorados (nº 245º) e permite que a SIC tome conhecimento das propostas dos seus actuais e potenciais concorrentes (nº 246). Ou seja, em concreto, não é imputado, nesta passagem qualquer facto em concretização das imputações, sequer que a SIC tenha tomado conhecimento das propostas que foram entretanto feitas.

A conclusão da AdC é por si explicativa – nº 247: conclui-se que esta cláusula tem como potenciais efeitos restringir a concorrência: mesmo que o direito de preferência não seja exercido é expectável que pelo menos a SIC tome conhecimento de que existem operadores interessados em lançar novos canais.

No nº 249º a decisão detém-se nas negociações falhadas mas não é imputado qualquer facto concreto que permita relacionar as mesmas com a cláusula de preferência.

Ou seja, tudo visto, relativamente à cláusula de preferência, apenas se imputa na decisão uma infracção por objecto, a própria celebração do acordo de parceria.

Nenhum facto é imputado que permita concluir que a cláusula foi executada, sequer parcialmente e daí que a AdC remate concluindo que a cláusula tem por objecto e por potencial efeito restringir a concorrência no mercado nacional de exploração e comercialização de canais nacionais de acesso condicionado (atrás definido como mercado relevante) – cfr. nº 251.

Para que, com estes factos pudéssemos concluir pela existência de infracção por efeito, no preenchimento das duas acções típicas previstas no preceito incriminador e logo, por um ilícito de resultado de carácter permanente teríamos que ter mais que “potenciais efeitos”.

A conclusão impõe-se: quanto à conduta das partes consubstanciada na cláusula de preferência do acordo de parceria, tratando-se de uma pura infracção de mera actividade consumou-se na data de celebração do acordo, daí contando o prazo de prescrição do procedimento criminal.

Assim sendo, nesta parte, o procedimento criminal encontra-se, conforme o percurso já antes efectuado, prescrito desde 27/05/03 – cfr. 1.3.

*

4142
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

Antes de passar à análise da cláusula de exclusividade há que fazer uma prevenção: a AdC puniu as arguidas por uma infracção, cada uma delas, ao art. 4º nº1 da Lei da Concorrência, conforme resulta do ponto terceiro da decisão (fls. 2608).

No entanto, como resulta de toda a decisão e nomeadamente do ponto primeiro da parte dispositiva da decisão a AdC cindiu a sua apreciação da acção típica entre a apreciação da cláusula de preferência e da cláusula de exclusividade, até ao ponto de diferenciar os mercados relevantes definidos como afectados ou susceptíveis de serem afectados: mercado nacional de exploração e comercialização de canais nacionais de acesso condicionado, quanto à cláusula de preferência e mercado dos serviços de televisão por subscrição quanto à cláusula de exclusividade (cfr. nºs 251 e 271º a 272º da Decisão).

Porque também os factos imputados são diversos também nós cindimos a nossa apreciação quanto à questão da qualificação da infracção e da prescrição do procedimento criminal, ainda que, na presente fase, sem qualquer preocupação de determinação de unidade ou pluralidade das infracções.

*

Relativamente à cláusula de exclusividade o panorama traçado, como já resulta da enunciação sintética supra efectuada, é diverso.

Neste caso, claramente, são imputados factos que permitem concluir pela susceptibilidade de preenchimento da primeira e segunda acção típicas: uma infracção por objecto, a própria celebração do acordo, e infracção por efeito, apreciadas em 253º a 278º da decisão, pelo que, de acordo com a classificação supra traçada, estaremos aqui perante uma única infracção, permanente, que continuará a consumir-se protraindo-se no tempo até ao termo da vigência do acordo ou à cessação dos efeitos imputados, conforme o que se dê primeiro.

Também aqui a conclusão se impõe de que, nesta parte, e relativamente à cláusula de exclusividade inserta no Acordo de Parceria de 27/03/00 e executada por ambas as partes, pelo menos até 2005, de acordo com a decisão (a cujos factos sempre teremos que nos ater) o procedimento criminal não se encontra prescrito.

*

1.6. Decisão

Pelo exposto, nos termos dos arts. 3º do Decreto Lei nº 433/82, 2º nº4 do Código Penal e 27º, al. a) do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10, na versão em vigor à data da prática dos factos declaro parcialmente extinto, por prescrição, o procedimento contra-ordenacional que nestes autos se pretendia fazer valer contra as arguidas **SIC – Sociedade Independente de Comunicação, SA, PT Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, SA e CATVP – TV Cabo Portugal, SA**, relativamente à cláusula de preferência inserta no Acordo de Parceria celebrado pelas arguidas em 27/03/00.



4143
5/9

Tribunal de Comércio de Lisboa

**

*

2. Violação do princípio da segurança jurídica por excessiva duração do procedimento - violação do princípio da celeridade processual

As arguidas PTM/TV Cabo vieram alegar ter ocorrido violação do princípio da segurança jurídica, por excessiva morosidade concluindo ser o mesmo nulo por violação deste mesmo princípio (conclusão XI).

Alegam que tendo o processo tido na sua origem um acordo de 27/03/00, notificado prévia e voluntariamente e aprovado em 28/08/00, dificilmente se compreende que não tivesse sido objecto de decisão passados mais de 5 anos.

O arrastamento é tanto mais incompreensível quanto as autoridades sempre puderam contar com a colaboração das arguidas.

O seu direito de julgamento no mais célere prazo possível encontra-se consagrado no art. 32º nº2 da Constituição da República Portuguesa, sendo certo que as suas expectativas jurídicas de um processo célere a correr no mais curto espaço de tempo possível compatível com as suas garantias de defesa não foram devidamente asseguradas.

O decurso de mais de 6 anos sobre algo voluntariamente notificado punido com coimas elevadas e com a surpresa, ao fim de mais de 5 anos de imputação de ilícito pela cláusula de exclusividade é irrazoável, inadmissível, excessivamente oneroso e algo com que não podiam contar.

Várias vezes ao longo do procedimento as arguidas manifestaram plena disponibilidade para analisar as cláusulas e introduzir nelas as alterações que a DGCC entendesse necessárias.

A DGCC só havia manifestado reservas quanto à cláusula de preferência, tendo as arguidas assumido as demais como aprovadas enquanto restrições acessórias à concentração ou, pelo menos, como consentâneo com o disposto no art. 2º do Decreto Lei nº 371/93.

Aliás, a AdC veio dar razão às recorrentes, pois, ao considerar a cláusula de preferência justificada por 4 anos na decisão, tal implica que, caso o processo houvesse sido decidido em devido tempo, o sentido seria o da absolvição e eventualmente a imposição de redução do prazo de duração do acordo.

A arguida SIC, por sua vez, veio alegar (arts. 170º a 190º da impugnação) que a AdC optou por um completo atropelo e desrespeito do princípio da celeridade processual que lhe assiste.

A notificação prévia da operação de concentração ocorreu em 20/06/99, foi objecto de aprovação em 28/08/00 e as cláusulas foram investigadas pela DGCC até 19/01/01, altura em que esta entidade deduziu nota de ilicitude, 1 ano e 4 meses depois da decisão de não oposição, período que permitiu uma análise profunda, atenta e rigorosa do acordo de parceria e dos seus efeitos no mercado.



4148
5/7

Tribunal de Comércio de Lisboa

A nota de ilicitude deduzida em 19/10/01 imputou uma restrição de concorrência por o acordo conter um direito de preferência por período excessivamente longo. A AdC, dois anos e meio depois de ter assumido a investigação e mais de cinco anos depois de ter sido aprovada a concentração apresentou nova nota de ilicitude imputando ilícito ao abrigo da Lei da Concorrência (18/03) quer pela cláusula de preferência, quer pela cláusula de exclusividade.

A decisão só vem a ser proferida mais de 6 anos depois da notificação do acordo, acordo esse que permaneceu inalterado durante todo esse período.

A demora processual acaba por esvaziar de conteúdo útil o princípio da presunção de inocência, como o demonstra o facto de as arguidas terem sido objecto de um vasto número de notícias, tendo sido julgadas em praça pública por mais de 6 anos sem que lhes assistisse o direito de defesa constitucionalmente consagrado.

Entende que o processo deve ser arquivado com fundamento na inconstitucionalidade do procedimento contra-ordenacional da AdC.

A AdC respondeu às alegações das arguidas PTM/Tv Cabo remetendo para a decisão onde havia respondido à similar questão prévia suscitada na resposta à nota de ilicitude que a tempestividade do processo é regulada pelas regras da prescrição, sendo as únicas expectativas tuteladas as submetidas a este instituto e conotando o princípio da segurança jurídica com a certeza e segurança dos direitos das pessoas e expectativas nelas criadas.

A AdC respondendo às alegações da arguida SIC referiu igualmente que a tempestividade do processo é regulada pelas regras da prescrição, não estando tuteladas quaisquer outras expectativas, inexistindo sequer prazos processuais de referência. Entende que não lhe podem ser imputados quaisquer efeitos nefastos advenientes da circulação de notícias nos meios de comunicação social pois a recorrente conhece os mecanismos legais e judiciais de reacção a esse julgamento em praça pública e, se os não fez actuar, tal é de sua inteira responsabilidade, nada relevando para efeitos de apreciação da legalidade.

*

2.1. Factos a considerar

Com relevo para a decisão desta questão prévia, resultam dos autos os seguintes factos:

1 – Os ilícitos imputados às arguidas nestes autos reportam-se a cláusulas insertas em acordo de parceria celebrado entre as arguidas em 27/03/00.

2 – Tal acordo foi entregue à DGCC em 07/07/00 (fls. 19).

3 – O acordo foi objecto de decisão de não oposição à concentração relativamente à aquisição pela SIC de 60% do capital social da Lisboa TV – Informação e Multimédia, SA do Senhor Secretário de Estado do Comércio e Serviços em 28/08/00 (fls. 4 e 5).



4145
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

- 4 - O presente processo foi autuado em 06/08/01 (fls. 2).
- 5 - As arguidas foram notificadas da abertura do processo de contra-ordenação por telecópia enviada em 10/08/01 (fls. 63 a 71 dos autos).
- 6 - Em 19/10/01 foi deduzida nota de ilicitude, imputando às arguidas a prática da contra-ordenação prevista pelo art. 2º nº1 do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, consubstanciada na cláusula de preferência constante do acordo de parceria de 27/03/00 (fls. 86 a 95 dos autos).
- 7 - As arguidas foram notificadas da nota de ilicitude, respectivamente, a SIC em 26/10/01, a PTM em 24/10/01 e a TV Cabo em 26/10/01 (fls. 97 verso, 98 verso e 99 verso).
- 8 - Os mandatários da SIC foram notificados da nota de ilicitude em 25/10/01 (fls. 100 verso).
- 9 - A arguida SIC pediu, em 26/10/01, prorrogação do prazo de resposta à Nota de Ilicitude (fls. 102).
- 10 - A arguida SIC e os seus mandatários foram notificados da prorrogação do referido prazo por telecópia enviada em 29/10/01 (fls. 107 e 108, 109 e 110).
- 11 - As arguidas PTM e TV Cabo pediram, em 29/10/01, prorrogação do prazo de resposta à Nota de Ilicitude (fls. 115).
- 12 - As arguidas PTM e TV Cabo foram notificadas da prorrogação do referido prazo por telecópia enviada em 30/10/01 (fls. 122 e 123).
- 13 - As arguidas PTM e TV Cabo apresentaram a sua resposta à nota de ilicitude em 22/11/01 (fls. 125).
- 14 - A arguida SIC apresentou a sua resposta à nota de ilicitude em 22/11/01 (fls. 145).
- 15 - Em 22/05/03 os autos encontravam-se já na Autoridade da Concorrência, tendo sido por esta solicitado o envio de elementos relativos às contas das arguidas PTM e TV Cabo, por telecópia enviada nessa data (fls. 209).
- 16 - Em 01/09/05 foi deduzida nota de ilicitude, imputando às arguidas a prática da contra-ordenação prevista pelo art. 4º nº1 da Lei nº 18/2003, consubstanciada nas cláusulas de preferência e de exclusividade de comercialização constantes do acordo de parceria de 27/03/00 (fls. 1721 a 1764 dos autos).
- 17 - As arguidas foram notificadas da nota de ilicitude de 01/09/05, respectivamente, a SIC em 05/09/05, a PTM em 05/09/05 e a TV Cabo em 05/09/05 (fls. 1769 verso, 1767 verso e 1765 verso).
- 18 - Em 08/10/06 foi proferida decisão, imputando às arguidas a prática de uma contra-ordenação p. e p. pelos arts. 4º nº1 e 43º, nº1, al. a) da Lei nº 18/03 de 11/06, em síntese, por:
terem celebrado entre si um acordo de parceria em 27/03/00, nos termos do qual a TV Cabo conferiu à SIC um direito de preferência no fornecimento de canais em português e produzidos em Portugal para o seu pacote básico e a SIC



4146
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

conferiu à PTM um direito exclusivo de comercialização dos canais por ela produzidos, configurando um acordo de vontades tendo por objecto impedir, falsear ou restringir a concorrência e, quanto à cláusula de preferência, tendo potencial efeito de impedir, falsear ou restringir a concorrência, enquanto que quanto à cláusula de exclusividade tendo por efeito, a restrição e distorção da concorrência, respectivamente, nos mercados da exploração e comercialização de canais nacionais de acesso condicionado e no mercado dos serviços de televisão por subscrição, aplicando, respectivamente, à primeira arguida uma coima de € 540 000 e às segunda e terceira arguidas, consideradas uma única empresa, uma coima de € 2 500 000, no âmbito do processo de contra-ordenação nº 14/01 pela prática da contra-ordenação prevista e punida pelos arts. 4º nº1 e 43º, nº1, al. a) da Lei nº 18/03 de 11/06, e ordenando às arguidas que cessassem a prática e alterassem o acordo de parceria e o contrato de distribuição do Canal SIC Mulher em conformidade com a decisão, no prazo de 30 dias (fls. 2505 a 2610).

19 - As arguidas foram notificadas da decisão, respectivamente, a SIC em 10/08/06, a PTM em 11/08/06 e a TV Cabo em 11/08/06 (fls. 2611 verso, 2613 verso e 2612 verso).

*

2.2. Fundamentação jurídico-conclusiva

A primeira constatação a fazer é que, de facto, no caso dos autos, houve alguma inércia (desconhece-se se justificada ou não) por parte, quer da DGCC, quer da AdC, depois de o processo ter para esta transitado.

Não se vislumbra a razão pela qual a avaliação das cláusulas de um acordo de Março de 2000, notificado em Julho de 2000, objecto de uma decisão em Agosto de 2000 (relativa a operação de concentração) na qual já se deixava expressa a necessidade de averiguação de eventuais restrições da concorrência demorou um ano a ser autuado como processo.

O processado posterior também merece reparos: Após a autuação, a nota de ilicitude foi proferida em prazo razoável (Outubro de 2001), decorreram respostas e diligências até Junho de 2000 e seguiu-se um período de inactividade até Janeiro de 2003 (altura em que é feita uma diligência) e novo compasso de espera até à passagem dos autos para a AdC, onde, em Maio de 2003 começaram a ser solicitados elementos (cfr. 2º volume). Os autos não voltam a ter qualquer movimento até Dezembro de 2004, altura em que começam a ser solicitados elementos e informações a várias entidades, tomadas declarações e feitas outras diligências, sem paragens de relevo, até ao final do primeiro semestre de 2005. Em Setembro de 2005 é deduzida a segunda nota de ilicitude. Seguiram-se novas diligências, respostas escritas à nota de ilicitude, diligências na sequência daquelas, que se prolongaram até Outubro e nova paragem – à parte o deferimento de um requerimento de junção de documento por parte de uma das arguidas em Novembro de 2005, a AdC volta a solicitar elementos em Abril de



4147
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

2006 e comunica o projecto de decisão às reguladoras sectoriais em Maio de 2006, vindo, finalmente, a proferir decisão final em 08/08/06.

Esta resenha não contém em si qualquer censura à conduta das autoridades, sendo feita na estrita perspectiva de dilucidar se foram excedidos os prazos razoáveis expectáveis na perspectiva das arguidas.

O segundo ponto a notar é de que esta questão suscitada em nada se relaciona com a questão da prescrição do procedimento contra-ordenacional.

“Pronunciando-se sobre o mesmo instituto (prescrição do procedimento criminal) refere Figueiredo Dias que a prescrição se justifica desde logo, por razões de natureza jurídico-penal substantiva. O mero decurso do tempo sobre a prática de um facto não constitui motivo para que tudo se passe como se ele não houvesse ocorrido; considera-se, porém, que uma tal circunstância é, sob certas condições, razão bastante para que o direito penal se abstenha de intervir ou de efectivar a sua reacção.

Por um lado, a censura comunitária traduzida no júízo de culpa esbate-se, se não chega mesmo a desaparecer. Por outro lado, e com maior importância, as exigências da prevenção especial, porventura muito fortes logo a seguir ao cometimento do facto, tornam-se progressivamente sem sentido e podem mesmo falhar completamente os seus objectivos: - quem fosse sentenciado por um facto há muito tempo cometido, e mesmo porventura esquecido, ou quem sofresse a execução de uma reacção criminal há muito tempo já ditada, correria o sério risco de ser sujeito a uma sanção que não cumpriria já quaisquer finalidades de socialização ou de segurança.

Finalmente, e sobretudo, o instituto da prescrição justifica-se do ponto de vista da prevenção geral positiva: o decurso de um largo período sobre a prática de um crime ou sobre o decretamento de uma sanção não executada faz com que não possa falar-se de uma estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias, já apaziguadas ou definitivamente frustradas.

Por todas estas razões, a limitação temporal da perseguibilidade do facto ou da execução da sanção liga-se a exigências político-criminais claramente ancoradas na teoria das finalidades das sanções criminais e correspondentes, além do mais, à consciência jurídica da comunidade.

Também do ponto de vista processual, aliás, como tem sido geralmente notado, o instituto geral da prescrição encontra pleno fundamento. Sobretudo o instituto da prescrição do procedimento, na medida em que o decurso do tempo torna mais difícil e de resultados duvidosos a investigação (e a consequente prova) do facto e, em particular, da culpa do agente, elevando a cotas insuportáveis o perigo de erros judiciais.

No que respeita à sua natureza importa salientar que uma concepção material (absolutamente dominante em tempos mais afastados) vê na prescrição um instituto relativo à punibilidade do facto e considera-o, assim, como uma pura



4148
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

causa de impedimento da pena ou da sua execução; quando não mesmo o reputa atinente ao próprio ilícito e o considera como causa da sua exclusão ou do seu impedimento. Uma estrita concepção processual (que tem ganho progressivamente adeptos em tempos mais recentes) confere ao instituto a natureza de um obstáculo processual. Finalmente, uma concepção mista vê na prescrição um instituto jurídico tanto substantiva, como processualmente relevante e fundado. Consequências Jurídicas do Crime, pg. 600 e seguintes.” – cfr. Ac. STJ de 13/12/06, disponível in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/>, com entre parêntesis nosso.

Este o fundamento da prescrição em procedimento criminal, que, com as devidas adaptações pode ser transposto para o domínio das contra-ordenações.

O preceito constitucional que prevê a obrigatoriedade do julgamento no mais curto espaço de tempo possível ancora e fundamenta-se noutros e mais nobres fundamentos.

Prescreve o art. 32º nº2 da nossa Lei Fundamental que *«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.»*

Gomes Canotilho e Vital Moreira (loc. cit., pg. 519) ensinam: “Uma dimensão importante do princípio da inocência do arguido, mas que assume valor autónomo, é a obrigatoriedade de julgamento no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa (nº 2, in fine). A demora do processo penal, além de prolongar o estado de suspeição e as medidas de coacção sobre o arguido (nomeadamente a prisão preventiva), acabará por esvaziar de sentido e retirar conteúdo útil ao princípio da presunção de inocência. O direito ao processo célere É pois, um corolário daquela. Esta garantia tem a ver não só com os prazos legais para a prática dos actos processuais mas também com a sua observância pelo próprio tribunal.”

Também Jorge Miranda e Rui Medeiros (in Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora 2005, pg. 357) se pronunciam no mesmo sentido anotando ao preceito: “- o direito a ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa decorre desde logo do princípio da presunção de inocência e do direito a uma ampla e efectiva defesa e tem também acolhimento nos textos do direito internacional, nomeadamente no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Um processo que se arrasta durante longo tempo, por tempo superior ao necessário para o esclarecimento da suspeita e para assegurar ao arguido a preparação da sua defesa, converte-se frequentemente em sofrimento insuportável para o arguido, porque os riscos naturais inerentes a qualquer processo, a incerteza da decisão e a ameaça da condenação que sobre ele paira, podem condicionar e comprometer a sua vida pessoal e profissional e até mesmo a sua



4149
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

liberdade. A absolvição a final não repara os sacrifícios que resultam para o arguido da pendência do processo.

Embora a morosidade do processo constitua também um mal para o próprio ofendido e para a paz social, que assenta em grande parte na certeza de que os criminosos serão condenados e os inocentes absolvidos, é sobretudo na perspectiva do interesse do arguido que a celeridade é consagrada no n.º 2 do artigo 32.º.”

Temos, assim, realidades diferentes com fundamentos radicalmente diferentes, que não podem ser confundidos – e aliás as arguidas não o fizeram, invocando separada e independentemente a prescrição e a violação deste princípio.

Note-se, aliás, que mesmo no contexto da CEDH – cfr. art. 6º nº1 – tem sido entendido que a violação do princípio do exame da causa em prazo razoável é problemática estranha à possibilidade de julgar crimes passados longos anos sobre a sua prática, dentro dos seus prazos de prescrição ou independentemente destes, se os crimes forem imprescritíveis – cfr. Irineu Cabral Barreto, *in* A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada, 3ª edição, Coimbra Editora 2005, pg. 144, citando a decisão do TEDH de 29/05/01.

A própria consagração legal ao mais alto nível desta regra pressupõe os prejuízos para os arguidos que a pendência de um processo necessariamente arrasta, aqui devidamente formatados à circunstância de se tratarem não da imputação de crimes mas da imputação de contra-ordenações e de não se tratarem de pessoas físicas (não está nunca em questão, por exemplo, a liberdade ou a vida pessoal) mas sim de empresas.

Essa a razão pela qual é absolutamente escusado contrapor às “queixas” de uma das arguidas quanto ao julgamento em praça pública que a pendência deste processo tem causado o facto de existirem mecanismos como o direito de resposta e a “consideração” de que a arguida os conhece e se deles não usou foi porque não quis.

Regressemos pois, ao terreno jurídico, onde esta questão deve ser discutida e resolvida e ponderemos as eventuais consequências para os direitos de defesa das arguidas que a duração deste concreto processo possa ter tido e quais as consequências.

É útil que olhemos ao sistema comunitário e à solução que tem sido encontrada pelos tribunais comunitários num sistema que não prevê a prescrição das infracções (de diversa natureza, embora a sua natureza penal venha a ser defendida por vários autores, problemática que ora não interessa abordar).

As instâncias comunitárias, considerando a observância de um prazo razoável na tramitação dos procedimentos administrativos em matéria de política de concorrência um princípio geral de direito comunitário, têm abordado a questão da duração excessiva dos procedimentos sempre sob a perspectiva dos



4150
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

direitos de defesa, sendo jurisprudência do Tribunal de Justiça que a duração irrazoável das diversas fases do inquérito não implica automaticamente a violação do princípio do prazo razoável, sendo necessário que as empresas provem que essa duração irrazoável prejudicou os direitos de defesa – n.ºs 173 a 178 do Ac. TJCE de 15/10/02 Limburgse Vinyl Maatschappij/Comissão, Colect., p. I-8375.

Encontramos uma aplicação recente e concreta desta jurisprudência no Ac. TJCE de 21/09/06, Technische Unie BV/Comissão (processo C-113/04), n.ºs 56, 57 e 67 a 72, em que o TJCE após reverter a decisão do TPI que havia considerado não existir prejuízo para os direitos de defesa na duração excessiva do processo respectivo, considerando apenas uma das fases processuais, analisando os concretos argumentos, entendeu não existir prova suficiente desse prejuízo e confirmou a decisão recorrida.

Os tribunais comunitários entendem que a existência de indícios de que a duração do processo teve incidência sobre a solução dada ao litígio pode levar à anulação de decisão controvertida, daí extraindo as consequências devidas para o processo respectivo – n.º 48 do Ac. Technische Unie BV/Comissão supra citado.

Passando para o direito nacional, há que reconhecer a justeza da posição da AdC quando refere que inexistente, de todo, a consagração de quaisquer prazos procedimentais, mesmo meramente indicativos, para os procedimentos de concorrência. O mesmo se diga, aliás, quanto às contra-ordenações. Tal não impede a nossa análise, até por obediência ao art. 32.º n.º2 da Constituição da República Portuguesa, já citado a que todos, tribunal e autoridades, devem obediência.

No caso não é possível fazer intervir como direito subsidiário a disposição do art. 276.º do Código de Processo Penal, nomeadamente porque a ali essencial dualidade entre processos com arguidos presos ou sujeitos a obrigação de permanência na habitação e sem arguidos nessas condições não pode, além do impossível paralelo com os crimes previstos no art. 215.º n.ºs 2 e 3 do mesmo diploma, de nenhuma forma, ser transposta para o processo contra-ordenacional. Mesmo, aliás, que assim não se considerasse, devido à forma e tramitação dos processos na fase administrativa, sempre teríamos que adicionar os prazos previstos no art. 306.º também do Código de Processo Penal, que padece dos mesmos problemas de adaptação.

No entanto, não deixa de também ser útil a ponderação de quais são as consequências, em processo penal, onde o que pende sobre os arguidos é a suspeita de um crime (e não de uma contra-ordenação), dos prazos ali consagrados. Nulidade de todo o processado? Inconstitucionalidade do processo? Evidentemente que não. Convém manter alguma racionalidade. Os processos não são, por si, inconstitucionais. Podem fazer aplicação de normas inconstitucionais, podem aplicar normas interpretadas de forma desconforme à Lei Fundamental.



4151
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

Esses actos podem ter consequências que gerem vícios, por sua vez geradores de nulidades que invalidem todo o processado posterior. Nada mais do que isto.

Recorrendo às regras do CPP (dada a inexistência de qualquer norma que verse sobre esta questão quer no Decreto Lei nº 371/93, quer agora na Lei 18/2003, quer no RGCOG), temos como ponto de partida o princípio básico de que a violação ou inobservância das disposições da lei de processo *só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei*, sendo certo que *Nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular* (art. 118º n.ºs 1 e 2 do CPP).

Em processo penal vigora o princípio da taxatividade das causas de nulidade (citado art. 118º), pelo que tal falta de fundamentação equivale a uma mera irregularidade.

A solução dos tribunais comunitários, num sistema jurídico muito diverso, acaba por não ser muito diferente. O ênfase nos direitos de defesa e a ligação entre a sua compressão por via de duração excessiva do procedimento e o desfecho do litígio pela ponderação da sua gravidade acabam por ser, sem regras expressas, um percurso muito semelhante ao percorrer do elenco das nulidades processuais, lidas à luz da Constituição e dos direitos de defesa e à ponderação das consequências da violação.

Quais, exactamente, foram os direitos de defesa das arguidas que ficaram comprimidos com a duração excessiva do procedimento e em que medida? O julgamento em praça pública não pode ser considerado sob a perspectiva dos direitos de defesa. Será, se verificado e devidamente estabelecido o nexo de causalidade, um caso de responsabilidade pelos danos causados.

O argumento apontado pelas arguidas PTM/TV Cabo, de que se o processo houvesse sido decidido em tempo, face à solução achada quanto à cláusula de preferência (de justificação por quatro anos) implicaria decisão diferente é válido e mereceria ponderação, caso nesta parte o procedimento não se achasse já prescrito (o que demonstra que, independentemente das respectivas naturezas e fundamentos, o processo é uma realidade viva pelo entrecruzar de institutos jurídicos), transformando nessa parte, as consequências para as arguidas em prejuízos. Mas nunca como causa de nulidade do procedimento, pelo simples motivo de que, percorrendo as causas de nulidade taxativamente estabelecidas por lei, o excesso de um prazo razoável não se encontra entre elas.

Não há, pois, qualquer nulidade ou inconstitucionalidade derivada da duração excessiva do procedimento.

*

2.3. Decisão

Pelo exposto julgo improcedentes as arguidas nulidades de todo o processado por violação do princípio da segurança jurídica e a arguida inconstitucionalidade por violação do princípio da celeridade processual.



4152
✓ 9

Tribunal de Comércio de Lisboa

**

*

3. Violação do dever de sigilo

Alegam as arguidas PTM/TV Cabo que, aquando da sua resposta à primeira nota de ilicitude, a co-arguida SIC, requereu e terá obtido a confiança do processo.

Ao tempo, o art. 19º nº1 do Decreto Lei nº 371/93 previa a existência do dever, por parte da DGCC, de guardar o mais rigoroso sigilo e de observar as regras de confidencialidade a que estava vinculada.

O acesso daquela arguida aos autos, entregues de forma não confidencializada configura uma grave violação do dever de sigilo a que a DGCC estava adstrita.

Com esta violação do art. 19º nº1 do Decreto Lei nº 371/93, todo o processo ficou a padecer, com a confiança do processo à arguida SIC, do vício de nulidade, não apenas pela grave ilegalidade cometida como por prejudicar o princípio fundamental da igualdade das arguidas na apresentação da respectiva defesa, também conhecido no direito comunitário como princípio da igualdade de armas.

A AdC em resposta às alegações referiu que as arguidas não invocam sequer que tenham solicitado a confiança do processo ou acesso ao mesmo e que tal lhes tenha sido negado, não invocam qual o prejuízo resultante da consulta dos autos pela SIC, sendo certo que a AdC, em qualquer consulta ao processo zela para que os elementos confidenciais não sejam abrangidos pela consulta. Da mesma forma as arguidas não alegam o que seja a entrega não confidencializada dos autos à co-arguida, nem demonstram a que documentos confidenciais terá a SIC tido acesso.

*

3.1. Factos a considerar

Com relevo para a decisão desta questão prévia, resultam dos autos os seguintes factos:

1 – Por articulado apresentado em 23/11/01, a arguida SIC veio juntar a sua resposta à nota de ilicitude deduzida pela DGCC em 19/10/01, requerendo, a final, “a confiança do processo para análise das provas produzidas nos termos e ao abrigo do artigo 25º, nº1, do Decreto Lei nº 371/93;” – cfr. fls. 164 dos autos.

2 – Por telecópia remetida pela DGCC em 16/01/02, foi comunicado aos mandatários da arguida SIC que o processo “...será confiado por um período de dois dias úteis, encontrando-se disponível a partir do dia 17 de Janeiro às 9.30.” – cfr. fls. 167 dos autos.

3 – As arguidas PTM/TV Cabo foram notificadas, via fax, na pessoa do seu mandatário, para identificarem os respectivos legais representantes por fax enviado em 13/01/03.



4153
✓ 7

Tribunal de Comércio de Lisboa

*

3.2. Apreciação jurídico-conclusiva

A questão colocada prende-se com factos ocorridos, todos eles sob a vigência do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10.

Neste diploma previa-se no seu artigo 21º nº1 que «*O processo por infracções ao disposto nos arts. 2.º, 3.º e 4.º rege-se pelo disposto na presente secção e, subsidiariamente, pelo Decreto Lei nº 433/82, de 27/10.*»

De forma absolutamente similar ao raciocínio já supra enunciado (na decisão em que acima se definiram os limites de intervenção da AdC na audiência de julgamento) face ao actual regime constante da Lei da Concorrência, o regime processual aplicável era então a aplicabilidade, em primeira linha dos arts. 22º a 28º do Decreto Lei nº 371/93, seguidamente da Lei Quadro das Contra-ordenações, e, após, sendo necessário e admissível, para regular determinada questão de direito contra-ordenacional, o recurso aos preceitos de direito processual penal (face ao disposto no art. 41º do RGCO).

O art. 19º nº1 do Decreto Lei nº 371/93 limitava-se a criar para a DGCC um dever de sigilo (de forma equivalente à actual previsão do art. 36º dos Estatutos da AdC). Para saber se esse dever de sigilo foi violado, de forma abstracta, já que foi essa a conformação da alegação das arguidas, há que determinar que impedia sobre a DGCC um qualquer dever de sigilo.

Nem o Decreto Lei nº 371/93 nem o RGCO continham ou contêm qualquer norma relativa ao segredo de justiça, pelo que há que recorrer às regras de direito processual penal, dada a necessidade de regulamentação dos casos em que, durante a parte administrativa do procedimento administrativo, se pretenda obter certidões, proceder à consulta dos autos ou obter a sua confiança (necessidade de aplicação do direito subsidiário, nada em geral se encontrando quanto à admissibilidade desta).

Dada a patente diversidade entre as normas reguladoras do processo penal e das contra-ordenações, há que proceder à sua adaptação nos termos já referidos.

O processo crime tem início com a abertura de um inquérito na sequência da notícia de um crime (art. 241º e 262º, ambos do CPP). No decurso do inquérito são praticados os actos de investigação reputados de necessários com vista à decisão sobre a acusação (citado art. 262º). Terminada a investigação e concluindo o titular da acção penal (Ministério Público) que há fortes indícios da prática de um crime e do seu autor, deduz a respectiva acusação contra o mesmo (art. 283º nº1 do CPP). Neste caso pode o arguido, se não se conformar com a acusação, requerer, no prazo de 20 dias contados da sua notificação, a abertura de instrução (art. 287º do mesmo diploma).

Até ser proferida decisão instrutória ou, não havendo lugar à fase de instrução, até ao termo do prazo em que é possível requerer a sua abertura, o processo está coberto pelo segredo de justiça.



4154
✓B

Tribunal de Comércio de Lisboa

Excepcionalmente pode o processo ser público logo após a acusação se o arguido, ao requerer a abertura da instrução (e não tiver havido outros requerimentos de abertura de instrução), não declarar que se opõe à publicidade (art. 86º nº1 do CPP).

Os intervenientes no processo, designadamente a entidade que o dirigir, o Ministério Público, os que intervêm como auxiliares, o arguido, o assistente e as partes civis podem ter acesso aos autos para consulta na secretaria e obter cópias, extractos ou certidões autorizados por despacho ou, independentemente deste, para efeitos de prepararem a acusação e a defesa dentro dos prazos estipulados por lei e durante todo o processo, com limitações à fase anterior à dedução de acusação, ficando todos sujeitos ao dever de guardar segredo de justiça – art. 89º nº1 e nº2 do CPP.

Tais direitos, porém, antes da dedução de acusação são limitados a declarações prestadas, a requerimentos e memoriais apresentados pelo próprio interveniente, a diligências de prova a que pudessem assistir e a incidentes em que pudessem intervir, tendo acesso físico a fotocópias avulsas – nº2 do art. 89º.

Pode, porém, a autoridade judiciária que preside à fase processual respectiva autorizar, se entender necessário ao esclarecimento da verdade, dar, ordenar ou permitir o conhecimento a determinadas pessoas do conteúdo de acto ou documento em segredo de justiça, o que tanto se aplica aos intervenientes processuais como a todos os demais – arts. 86º nº5 e 89º nº2 *in fine*.

Quando o processo se torna público sem restrições os intervenientes processuais têm o direito de consulta dos autos fora da secretaria – a chamada confiança de processo – mas sempre mediante despacho de autorização da autoridade judiciária que preside à fase respectiva.

O processo contra-ordenacional inicia-se com a participação elaborada pelas autoridades policiais ou agentes de fiscalização ou por particulares, participação essa que é depois remetida para a autoridade administrativa responsável (art. 54º nº1 do RGCO). Aberto um processo contra-ordenacional são praticados os actos de investigação reputados de necessários com vista à decisão final (citado art. 54º nº2). Terminada a investigação e concluindo o titular do processo (autoridade administrativa) que há fortes indícios da prática de uma contra-ordenação e do seu autor, profere uma decisão, designada de nota de ilicitude, na qual identifica o arguido e os factos praticados, subsumindo-os ao direito aplicável e indicando as sanções em que o mesmo incorre (art. 50º do RGCO). Tal decisão tem de ser notificada ao arguido a quem tem de ser dada a possibilidade de sobre ela se pronunciar em tempo razoável (citado art. 50º).

Neste caso o arguido, se não se conformar com a nota de ilicitude, pode exercer o seu direito de defesa, que passa não só pela resposta aos factos que lhe são imputados e respectivo enquadramento jurídico, como pela apresentação da prova que entender necessária ou pelo requerimento de realização de diligências.

4155
✓ 19

Tribunal de Comércio de Lisboa

Trata-se aqui de dar corpo ao direito constitucionalmente consagrado de defesa (art. 30º, nº 10, da Lei Fundamental), direito esse que tem o mesmo conteúdo material do direito de defesa conferido em processo crime.

Exercido o direito de defesa e realizadas as provas que a autoridade reputar de necessárias, será proferida decisão final que tanto poderá ser de arquivamento do processo como de aplicação de uma sanção (art. 54º nº2 do RGCO). Sendo proferida uma decisão condenatória pode o arguido interpor recurso judicial da mesma, junto da entidade recorrida, que, se não revogar a decisão, enviará os autos ao Ministério Público junto do Tribunal competente (art. 59º e 62º do RGCO).

Caberá então ao Ministério Público apresentar os autos a juízo, valendo este acto como acusação (art. 62º nº2 do mesmo diploma).

No Decreto Lei nº 371/93, a instrução dos procedimentos estava a cargo de uma entidade – a DGCC (art. 23º nº1) – e a sua decisão a cargo de outra – o Conselho da Concorrência.

O art. 25º consagrava a obrigatoriedade de audição das arguidas, sendo que, concluída a instrução, na linguagem da lei, ou seja, findas as diligências, deduzida nota de ilicitude, ouvidas as arguidas sobre a mesma e produzidas as diligências complementares, a DGCC elaborava um relatório final e remetia o mesmo ao Conselho, que detinha a competência decisória – art. 27º.

Tal como referido supra, há que adaptar o regime dos arts. 86º e 89º do CPP uma vez que o mesmo faz depender a publicidade do processo da acusação ou decisão instrutória, sendo certo que tais decisões, não existem nos processos contra-ordenacionais. Há então que determinar qual a decisão que, no processo contra-ordenacional, equivale à acusação em processo penal.

A acusação tem como objectivo levar a julgamento o arguido que é suspeito da prática do crime. Só com a notificação da acusação o arguido tem pleno conhecimento dos factos que lhe são imputados e do seu enquadramento jurídico e, só então, pode verdadeiramente exercer o seu direito de defesa, através do requerimento de abertura de instrução.

Qual é a peça processual que, nos processos de contra-ordenação, exerce tal função, vista pelo prisma da defesa? É, evidentemente, a nota de ilicitude (notificação dos arts. 25º nº1, al. b) e 26º nº1 na actual Lei da Concorrência e 25º nº1 do Decreto Lei nº 371/93). Com efeito, é com a notificação da nota de ilicitude que é dado conhecimento ao arguido dos factos que lhe são imputados e do respectivo enquadramento jurídico e é só a partir desse momento que o mesmo tem o direito efectivo de apresentar a sua defesa, através do requerimento de resposta à nota de ilicitude (no sentido de que a nota de ilicitude equivale à acusação cfr. Ac. RL de 3/5/2001, disponível *in* www.dgsi.pt/jtrl).

É certo que o art. 62º refere que a remessa dos autos a juízo pelo Ministério Público equivale a acusação. Mas tal não contraria o que foi dito. É que os



4156
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

processos contra-ordenacionais têm duas fases. Uma primeira fase de índole administrativa, obrigatória em todos os processos, e uma segunda fase de índole judicial, que só existe se, proferida uma decisão final, dela for interposto recurso.

Na primeira fase, a nota de ilicitude equivale à acusação e a decisão final da autoridade administrativa corresponderá à sentença, no sentido em que aprecia a questão e decide a mesma, caso não venha a ser interposto recurso de impugnação judicial. Na segunda fase, que só existe se for interposto recurso de impugnação judicial, a decisão recorrida, ao ser remetida a juízo pelo Ministério Público, equivale à acusação já que irá ser produzida (se necessário) prova sobre os factos dela constantes a que se seguirá a sentença que apreciará a questão e decidirá a mesma, revogando, alterando ou mantendo a decisão recorrida (cfr. Assento 1/2003 de 16 de Outubro de 2002, pontos 10.6 e 11).

Podemos, pois, afirmar que, na fase administrativa do processo, a nota de ilicitude equivale à acusação, sem prejuízo de, se o processo vier a ser remetido a juízo, a decisão final recorrida valer como acusação.

Aqui chegados temos de concluir que o segredo de justiça, nos processos de contra-ordenação, tem como dado de referência a nota de ilicitude, já que esta equivale à acusação em processo crime.

De facto, é a partir deste momento que é dada ao arguido a possibilidade de exercer a sua defesa, possibilidade essa que resulta do seu direito constitucional à mesma, sendo certo que o mesmo não pode ser cabalmente exercido se o arguido não tiver conhecimento de todos os dados constantes do processo, designadamente das provas que sustentam a imputação que lhe é feita.

Ora uma vez que a nota de ilicitude equivale, para este efeito, à acusação e que no processo contra-ordenacional não há, não obstante as epígrafes dos arts. 23º e 26º do Decreto Lei nº 371/93, a fase de instrução, no sentido de comprovação judicial da decisão de levar o arguido a julgamento, terá de se concluir que, após notificada ao arguido a nota de ilicitude, o arguido gozava dos direitos previstos no art. 89º nº1 do CPP – consulta na DGCC e obtenção de certidões, extractos e cópias.

Até esse momento seguia-se o regime de requerimento e deferimento ou não, por parte da DGCC, que equivale, no processamento, à autoridade judiciária que preside à fase, atento o disposto no art. 41º nº2 do RGCOG.

A inexistência de uma fase de instrução como prevista na legislação processual penal e com as funções desta leva-nos a ter que realizar nova adaptação do regime no que toca à determinação do momento a partir do qual o processo pode ser examinado fora da secretaria, ou seja, confiado – art. 89º nº3 do Código de Processo Penal.

E esse momento apenas poderá ser o da própria decisão final nos termos do art. 27º do Decreto Lei nº 371/93 e hoje art. 28º da Lei da Concorrência. De facto para o arguido a notificação da nota de ilicitude é o momento do seu primeiro



4157
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

acesso ao processo e segue a esta fase o que genérica e materialmente se pode designar por “instrução contraditória” – a realização das diligências requeridas pelos arguidos e as diligências complementares que a autoridade entenda levar a cabo, sujeitas a contraditório (art. 25º), a que podiam acrescer as solicitadas pelo Conselho da Concorrência (art. 26º nº2). O momento seguinte é o da decisão final, que, não havendo impugnação judicial, será a decisão definitiva.

Ora, no caso dos autos, a confiança do processo foi pedida e deferida logo após a notificação da nota de ilicitude. Não sabemos se foi exercida, por tal não se encontrar documentado nos autos, mas tal não releva para a decisão da questão, uma vez que foi deferida.

Como já vimos, no momento processual em que foi pedida, a confiança do processo não poderia ter sido deferida. As arguidas tinham, então, os direitos de consulta na DGCC e obtenção de certidões, extractos e cópias.

Ou seja, foi praticado um acto que a lei não permitia.

As arguidas PTM/TV Cabo extraem daí a consequência de nulidade de todo o processo, não só por violação do art. 19º nº1 do Decreto Lei nº 371/93 como por violação do princípio da igualdade das arguidas e do princípio de igualdade de armas.

Como resulta da explanação feita, não houve violação do dever de sigilo. Os autos podiam ser consultados, apenas não o podiam ser fora das instalações da DGCC. Na falta de qualquer facto concreto que permita classificar como sigiloso qualquer dos elementos até então constantes dos autos, nesta parte, não surpreendemos qualquer irregularidade.

A violação constatada foi do art. 89º nº3 do Código de Processo Penal por a confiança do processo ter sido concedida antes da fase processual em que tal seria permitido.

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 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 arbítrio 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.



4158
V

Tribunal de Comércio de Lisboa

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 fundamento material bastante para diferenciações de tratamento jurídico, o que nem sempre é fácil de averiguar...” – autores e loc. cit., pg. 341.

No tocante ao princípio da igualdade de armas, damos aqui por reproduzida a sua natureza e noção (supra pgs. 9 e 10).

Ora, não sendo alegado que a confiança foi pedida e deferida pela SIC mas negada a qualquer das co-arguidas, ou sequer que seria expectável que fosse negada (com fundamentos objectivos), não se encontra qualquer diferenciação objectiva ou subjectiva que nos permita concluir pela violação do princípio da igualdade ou na sua vertente de igualdade de armas.

O deferimento da confiança em fase processual que o não admitia, por outro lado, não pode ser classificada como nulidade, nomeadamente como nulidade insanável.

Recorrendo às regras do CPP (dada a inexistência de qualquer norma que verse sobre esta questão quer no Decreto Lei nº 371/93, quer agora na Lei 18/2003, quer no RGCO), temos como ponto de partida o princípio básico de que a violação ou inobservância das disposições da lei de processo *só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei*, sendo certo que *Nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular* (art. 118º nºs 1 e 2 do CPP).

Em processo penal vigora o princípio da taxatividade das causas de nulidade (citado art. 118º), pelo que tal falta de fundamentação equivale a uma mera irregularidade (neste sentido Ac. RL de 26/09/06, Proc. 6008/2006.5).



4159
✓ 8

Tribunal de Comércio de Lisboa

Ora a irregularidade *«só determina a invalidade do acto a que se refere e dos termos subsequentes que possa afectar quando tiver sido arguida pelos interessados no próprio acto ou, se a este não tiverem assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificados para qualquer termo do processo ou intervindo em algum acto nele praticado»* (art. 123º nº1 do CPP).

Ora no caso, é claro que o acto praticado não se enquadra nem no elenco do art. 119º, quer do art. 120º do Código de Processo Penal.

Assim após a decisão da DGCC de deferimento da confiança do processo, que não foi notificada às arguidas PTM/Tv Cabo, estas arguidas tinham que ter suscitado a irregularidade da decisão da DGCC no prazo de 3 dias a contar da notificação para qualquer termo no processo ou intervenção em qualquer acto.

Compulsados os autos verifica-se que, após a prática do acto pela DGCC o primeiro acto com relevância nos termos do disposto no art. 123º nº1 do Código de Processo Penal foi a notificação de 13/01/03, pelo que, a partir daí correu o prazo de 3 dias para arguição desta irregularidade.

Não tendo a irregularidade sido arguida no prazo legal, ficou sanada nos termos do art. 123º nº1 do Código de Processo Penal.

*

3.3. Decisão

Pelo exposto, julgo improcedente a arguida nulidade de todo o processado por violação de dever de sigilo por parte da DGCC.

**

*

4. Nulidade arguidas relativamente à 2ª nota de ilicitude - violação do princípio da segurança jurídica e violação do princípio da concentração da acusação

As arguidas PTM/TV Cabo vieram arguir a nulidade da segunda nota de ilicitude, alegando, em síntese, que cinco anos após a data de aprovação da operação de concentração foram surpreendidas com uma segunda nota de ilicitude pondo em causa a cláusula de exclusividade de um acordo do qual havia sido dado integral conhecimento em 03/07/00.

A segunda nota de ilicitude apenas tem por intuito justificar a continuidade de um processo prescrito.

A nota de ilicitude refere a necessidade de requalificar juridicamente os factos, relativamente à nota de ilicitude de 19/10/01, mas do texto verifica-se que não houve qualquer requalificação jurídica dos factos, apenas tendo sido apresentado como facto novo um facto sobejamente conhecido da autoridade, a exclusividade constante da cláusula 6ª do acordo de parceria e sendo os factos qualificados à luz do art. 4º da nova Lei da Concorrência, contra o art. 2º da anterior Lei da Concorrência, preceitos cuja redacção é quase idêntica.



4160
V8

Tribunal de Comércio de Lisboa

A cláusula de exclusividade, embora não constasse da primeira nota de ilicitude, constava do acordo escrito que é fundamento e origem deste processo de contra-ordenação.

Mais refere a AdC que foram realizadas diligências complementares, das quais resultou o apuramento de novos factos, sendo porém, que não se apuraram quaisquer novos factos relevantes, pois nenhum dos factos resultantes das diligências entre 19/10/01 e 01/09/05 configura um facto relevante ou uma alteração substancial dos factos nos termos do art. 1º, al. f) do Código de Processo Penal.

Do exposto entendem ser evidente a ilegalidade da segunda nota de ilicitude.

Voltam a frisar o atentado contra o princípio da segurança jurídica, insurgindo-se contra o facto de inexistir um prazo máximo imposto por lei para decisão deste tipo de processos, pois a incerteza durante 6 anos custou caríssimo às arguidas e, caso se estivesse ante uma infracção, a autoridade teria permitido uma suposta violação do bem público concorrência durante o mesmo período.

A AdC quis, de forma inaceitável, fazer renascer um novo processo, aproveitando o processado anterior, substituindo a anterior nota de ilicitude com intenção de julgar as arguidas à luz da nova lei da Concorrência, como se o processo não houvesse nascido cinco anos antes.

A arguida SIC veio arguir a violação do princípio da concentração da acusação, na perspectiva da violação dos direitos de defesa alegando que o princípio do dever da concentração da acusação se traduz no dever, para a entidade que instrui o processo, de concentrar a acusação num único acto processual, no caso, nos termos do art. 25º, al. b) da Lei da Concorrência através da notificação às empresas arguidas da existência de indícios suficientes de infracção às leis da concorrência.

Esta notificação dá às arguidas a possibilidade de se pronunciarem, num prazo razoável, sobre as acusações formuladas e demais questões que possam interessar à decisão do processo, sobre as provas produzidas e sobre a possibilidade de requererem diligências complementares de prova, podendo também a autoridade proceder a diligências complementares desde que assegure o contraditório. Tais diligências, porém, têm sempre em vista a conclusão da instrução mediante a adopção de uma decisão final nos termos do nº1 do art. 28º da Lei da Concorrência.

A AdC não tem a possibilidade de apresentar duas notas de ilicitude, como o fez nos autos, sem que o pudesse justificar com uma alteração não substancial ou substancial dos factos.

A AdC sempre dispôs do acordo de parceria objecto destes autos, sendo a estratégia seguida inaceitável, ao obrigar a recorrente a dispersar a sua defesa, em vez de a permitir construir e sistematizar da forma mais clara a precisa ao seu



4161
5/8

Tribunal de Comércio de Lisboa

alcance. A estratégia é também violadora do mais elementar sentido de justiça por usada para colmatar as lacunas existentes na sua acusação. Ao apresentar a segunda nota de ilicitude a AdC aperfeiçoou a sua posição, reconstruindo os seus argumentos de forma a tornar a sua posição inabalável.

A conduta da AdC tenta uma fraude à lei – se lhe fosse dada a possibilidade de apresentar múltiplas notas de ilicitude, esvaziava-se a *ratio* do prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional, pois acolher várias notas de ilicitude equivale a permitir à AdC socorrer-se destas, mesmo mal elaboradas e fundamentadas para ganhar tempo na fase de inquérito e de instrução, por via da interrupção do prazo de prescrição, em detrimento do direito constitucional de defesa do arguido.

A estratégia adoptada pela AdC é ilegal por violadora da Lei nº 18/03, inconstitucional por ignorar o princípio do direito de defesa do arguido, o que leva à nulidade da decisão e o método escolhido pela AdC é inaceitável para os padrões de um Estado que se pretende de direito.

A AdC, em resposta, remeteu para a decisão, onde, em sede de questões prévias havia conhecido da então invocada ilegalidade da segunda nota de ilicitude, expondo então que, quer o RGCO, quer a Lei da Concorrência acolheram e concretizaram os direitos de audiência e de defesa dos arguidos (art. 50º do RGCO e 26º nº1 da Lei da Concorrência). A nota de ilicitude tem por único e exclusivo propósito assegurar aos arguidos o exercício dos seus direitos de audiência e defesa antes da tomada da decisão final.

Ao deduzir a segunda nota de ilicitude em 01/09/05 a AdC não agiu ilegalmente, tendo, muito pelo contrário, cumprido o princípio do contraditório, possibilitando o exercício da defesa relativamente aos resultados da investigação por si realizada após 19/10/01.

O processo contra-ordenacional, ao contrário do processo penal não tem uma estrutura de tipo acusatório baseada no princípio da acusação ser a mesma entidade que investiga, instrui e decide.

O processo de contra-ordenação é composto de duas fases, a administrativa, a cargo da autoridade administrativa e a judicial, a cargo de um órgão judicial. Na segunda fase, que depende da impugnação da decisão administrativa, a autoridade administrativa envia os autos ao Ministério Público que os torna presentes ao juiz, valendo este acto como acusação, nos termos do art. 62º do RGCO, assistindo-se à convalidação da decisão em acusação.

Daqui se depreende que a fase a que o RGCO se refere como de investigação e instrução, corresponde *grosso modo* ao inquérito no procedimento criminal, tendo ambas as fases a mesma finalidade – a investigação do ilícito e dos seus agentes, o mesmo se aplicando ao processo previsto na Lei da Concorrência.



4162
✓ 8

Tribunal de Comércio de Lisboa

Na Lei da Concorrência a fase de investigação desenvolve-se em dois momentos: o inquérito, no qual a Autoridade promove diligências necessárias à identificação de eventuais práticas proibidas e respectivos agentes, findo o qual o processo é arquivado ou, existindo indícios da prática de infracção, notifica as empresas e, no segundo caso, a instrução, fase na qual as empresas são ouvidas podendo a autoridade continuar a investigar mediante diligências complementares de prova.

Ou seja, desde a abertura do inquérito e até à decisão final da Autoridade está-se ainda e sempre em fase de investigação, identificando-se um momento interno de investigação e posteriormente um momento externo de investigação.

Sempre que na instrução as investigações levadas a cabo pela AdC resultem no apuramento de novos factos e/ou alteração da qualificação jurídico-económica dos factos anteriormente apurados a autoridade tem que, novamente, notificar as arguidas sob pena de não respeitar o princípio do contraditório e da audiência do arguido.

Acrescentou, respondendo às alegações das arguidas PTM/TV Cabo, que inexistindo qualquer prazo máximo para o proferimento de decisão, em consequência, nenhum prazo foi ultrapassado, nenhuma norma legal foi infringida e não existe qualquer nulidade.

*

4.1. Factos a considerar

Com relevo para a decisão desta questão prévia, resultam dos autos os seguintes factos:

1 – Os ilícitos imputados às arguidas nestes autos reportam-se a cláusulas insertas em acordo de parceria celebrado entre as arguidas em 27/03/00.

2 – O presente processo foi autuado em 06/08/01 (fls. 2).

3 - Em 19/10/01 foi deduzida nota de ilicitude, imputando às arguidas a prática da contra-ordenação prevista pelo art. 2º nº1 do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, consubstanciada na cláusula de preferência constante do acordo de parceria de 27/03/00 (fls. 86 a 95 dos autos).

4 - As arguidas foram notificadas da nota de ilicitude, respectivamente, a SIC em 26/10/01, a PTM em 24/10/01 e a TV Cabo em 26/10/01 (fls. 97 verso, 98 verso e 99 verso).

5 - Os mandatários da SIC foram notificados da nota de ilicitude em 25/10/01 (fls. 100 verso).

6 - Em 01/09/05 foi deduzida nova nota de ilicitude, imputando às arguidas a prática da contra-ordenação prevista pelo art. 4º nº1 da Lei nº 18/2003, consubstanciada nas cláusulas de preferência e de exclusividade de comercialização constantes do acordo de parceria de 27/03/00 da qual consta:

“No decurso da instrução, ponderadas as respostas à Nota de ilicitude de 19 de Outubro de 2001, procedeu-se à reapreciação dos factos concluindo-se pela



4163
58

Tribunal de Comércio de Lisboa

necessidade da sua requalificação jurídica. Foram também realizadas diligências complementares das quais resultou o apuramento de novos factos.

Tendo em vista assegurar o direito da arguida de se pronunciar sobre a acusação formulada, com base na requalificação jurídica e na apreciação dos novos factos carreados para os autos, bem como sobre as provas produzidas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo, deduz-se, com o aproveitamento do processado e em substituição da anterior, constante a fls. 86 a 95, a presente Nota de Ilícitude.” (fls. 1721 a 1764 dos autos).

7 - As arguidas foram notificadas da nota de ilicitude de 01/09/05, respectivamente, a SIC em 05/09/05, a PTM em 05/09/05 e a TV Cabo em 05/09/05 (fls. 1769 verso, 1767 verso e 1765 verso).

*

4.3. Fundamentação jurídico-conclusiva

Não podemos deixar de referir, em sede prévia, que o processado seguido nestes autos foi, no mínimo surpreendente. Mas conteve-se nos limites da legalidade.

Na fase administrativa, e mesmo ponderando que a fase de impugnação judicial é facultativa, efectivamente, o processo não pode ser configurado como de tipo acusatório, já que a investigação, instrução e decisão estão a cargo de uma mesma entidade.

Podemos, para alguns efeitos, fazer uma aproximação entre as fases de inquérito e instrução no processo penal (como o fizemos para a questão da definição da publicidade e acesso ao processo supra em 3) mas não podemos assimilar por completo os processados.

A função da nota de ilicitude é exactamente a de permitir o exercício dos direitos de defesa e, a segunda nota de ilicitude cumpriu devidamente essa função.

É verdade que se denota do processo que a AdC, ao receber o processo da DGCC decidiu fazer “tábua rasa” do que se havia passado anteriormente e começou a investigar autonomamente como se de um processo aberto por si, em fase inicial se tratasse.

É também verdade, e de certa forma “chocante”, que na segunda nota de ilicitude surge um novo ilícito, totalmente não aludido até aí (e dizemos chocante porque, dada a solução dada à prescrição do procedimento criminal, supra em “1”, bem se vê que este despacho teria parado ali e nenhum outro ilícito restaria imputado às arguidas, não fora esta conformação do processado). Mas o certo é que a AdC, vislumbrando um novo ilícito nos mesmos factos que já estavam em análise, entendeu qualificá-lo como infracção, o que consiste numa alteração da qualificação jurídica de factos já conhecidos.

Houve, pois, uma alteração da qualificação jurídica de factos que já estavam em análise (diversa da subsunção à nova Lei da Concorrência) que, não



4164
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

só justificava, como impunha que a AdC fizesse nova notificação para efeitos de exercício dos direitos de defesa, como o fez, através de nova nota de ilicitude, que, expressamente, aliás, substituiu a primeira (que assim “desapareceu” do processado.

Nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade ocorreu, já que os direitos de defesa foram integralmente respeitados, consequentemente nenhuma nulidade havendo a declarar.

Esclarece-se, aliás, quanto ao argumento da arguida SIC, de fraude à lei, que a múltipla dedução de notas de ilicitude em nada influi no prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional, uma vez que, quer no regime anterior a 2001, por força da jurisprudência obrigatória do Acórdão de Fixação de Jurisprudência nº 6/2001 de 08/03/01, quer no regime posterior, por via do art. 28º nº3 do RGCO, quando, desde o seu início (prática dos factos) tiver decorrido o prazo prescricional acrescido de metade, ressalvado o tempo de suspensão, o procedimento extingue-se por prescrição, independentemente do número de interrupções ocorrido.

Não significa porém, que o tribunal entenda que a AdC agiu correctamente. Significa apenas que juridicamente, a sua conduta se pautou por estritos padrões de legalidade. Significa também que, como a censura do tribunal apenas juridicamente pode ser feita, pouco mais temos a dizer sobre o assunto.

Não deixa, porém, de se advertir que o instituto da boa-fé também se aplica a condutas processuais, também se aplica em processos contra-ordenacionais e a autoridades administrativas independentes e que, no caso presente, a AdC se aproximou muito perigosamente dos limites deste instituto que, caso houvessem sido ultrapassados, importaria uma solução diversa para esta questão. Leia-se, não se trata de conduta processual que à AdC convenha repetir, sob pena de, que não seja pelo número, o tribunal vir a censurar por esta via o processado.

*

4.4. Decisão

Pelo exposto julgo improcedentes as arguidas nulidade da segunda nota de ilicitude por violação do princípio da segurança jurídica e por violação do princípio da concentração da acusação.

**

*

5. Não disponibilização do processo à rede europeia de concorrência - apreciação

As arguidas PTM/TV Cabo, no ponto iv) das suas conclusões requereram ao tribunal a declaração de nulidade do processo por não disponibilização do mesmo à rede europeia de concorrência.

Certamente por falha nossa, não localizamos no texto das alegações, qualquer referência a esta arguição de nulidade.



410-
38

Tribunal de Comércio de Lisboa

Ainda assim, e em abstracto, a fim de evitar qualquer omissão de pronúncia, sempre se dirá:

O Regulamento (CE) 1/2003 do Conselho de 16/12/02 previu mecanismos de cooperação entre a Comissão e as autoridades dos Estados – Membros responsáveis em matéria de concorrência, na aplicação das regras comunitárias de concorrência (respectivo art. 11º nº1).

Nomeadamente, sempre que agirem em aplicação dos arts. 81º e 82º do Tratado, as autoridades nacionais devem comunicá-lo à Comissão, logo na fase inicial do procedimento (art. 11º nº3), e pelo menos 30 dias antes da aprovação de uma decisão, tal deve igualmente ser comunicado (art. 11º nº4).

A obrigação de comunicação, genericamente, impende sobre as autoridades nacionais (entre as quais a AdC) em procedimentos em que haja aplicação dos arts. 81º e 82º do Tratado. Tais procedimentos podem versar, em paralelo, legislação nacional em matéria de concorrência, mas, para que esta obrigação exista, sempre terá que estar em causa uma infracção comunitária.

Ora, nos presentes autos, não está em causa qualquer violação dos arts. 81º ou 82º do Tratado (ou de qualquer regra do tratado), sendo um procedimento estritamente nacional em que é imputada a violação de regras nacionais de direito da concorrência.

Assim sendo não impendia sobre a AdC (e apenas sobre esta, atenta a data de entrada em vigor do Regulamento 1/2003) qualquer obrigação de comunicação à comissão ou disponibilização à rede europeia de concorrência, do processo ou de qualquer elemento do mesmo.

*

5.1. Decisão

Pelo exposto, julgo improcedente a arguida nulidade de todo o processo por não disponibilização do mesmo à rede europeia de concorrência.

**

*

6. Nulidades suscitadas relativamente aos pareceres das entidades reguladoras:

- Falta de parecer das autoridades reguladoras sectoriais – discrepâncias entre o projecto de decisão que lhes foi submetido e a decisão;
- violação do art. 29º da Lei da Concorrência na consideração, por parte da AdC do parecer enviado pela ERC extemporaneamente;

6.1. Argumentos das partes

As arguidas PTM/TV Cabo vieram suscitar a nulidade da decisão, por violação do disposto no nº2 do artigo 28º da Lei da Concorrência, em síntese por, tendo a AdC solicitado à ERC e ICP-Anacom parecer sobre o projecto de decisão, os projectos enviados serem diversos da decisão que veio a ser adoptada.



6166
✓ 8

Tribunal de Comércio de Lisboa

As diferenças encontradas dividem-se em alterações que as próprias arguidas consideram de menor relevo (arts. 94º e 96º da decisão que não constavam no projecto), a consideração de um período de justificação para a cláusula de parceria de 8 anos no projecto (arts. 292º e 293º do projecto) e consideração de um período de justificação para a mesma cláusula de 4 anos na decisão (arts. 303º e 304º da decisão) e o facto de os projectos não conterem os projectos de coimas.

Entendem as arguidas que as autoridades reguladoras se pronunciaram sobre um projecto de decisão que admitia um balanço económico positivo de 8 anos em que se afirmava não estar em causa o encerramento do mercado e a decisão que veio a ser proferida apenas admitiu um balanço económico positivo de 4 anos, afirmando que prazo maior equivaleria a permitir a entrada de terceiros no mercado, o que constitui uma alteração de fundo, até porque na versão do projecto tal equivaleria a não condenação relativamente à cláusula de parceria, o que somado ao facto de não haver qualquer referência a projectos de coimas, levaria a crer que as coimas a aplicar viriam a ser substancialmente inferiores.

Extraem a conclusão, face às diferenças substanciais entre o texto que foi posto à consideração das autoridades reguladoras sectoriais e o texto da decisão final, que esta não foi precedida de parecer prévio das autoridades reguladoras nacionais, daí extraíndo a existência de nulidade.

Nas conclusões (XIII) as arguidas acrescentam ainda que “A decisão final é nula, por falta de Parecer do Regulador Sectorial, pois as autoridades reguladoras sectoriais emitiram parecer sobre o Projecto de Decisão, nos termos da Lei da Concorrência, privadas da descrição das condições e características reais e efectivas do mercado em 2000, um elemento essencial para apreciação do acordo de Parceria e as suas cláusulas.”

A AdC, pronunciando-se sobre estas alegações refere a inexistência de qualquer disposição legal que impeça a AdC de introduzir alterações ao projecto de decisão, como decorre do nº2 do art. 28º da Lei da Concorrência. As alterações verificadas respeitam a aspectos de balanço económico e a *ratio legis* do preceito é a comunicação da existência de práticas restritivas nos mercados relevantes.

Mais refere que inexiste obrigação legal de indicação, no projecto a submeter aos reguladores, dos projectos de coimas, recordando que os pareceres destes não são vinculativos.

Relativamente ao parecer emitido pela ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social, alegam a as arguidas que tendo a AdC fixado, como prazo razoável de pronúncia por parte das reguladoras, 20 dias úteis, esta autoridade apenas enviou o seu parecer volvidos 25 dias úteis, sem que tenha requerido qualquer prorrogação de prazo, pelo que o respectivo parecer não pode deixar de ser considerado extemporâneo e não poderia já ter sido tido em conta. Conclui que tendo a AdC tido em conta tal parecer, violou grave e manifestamente o



4165
VJ

Tribunal de Comércio de Lisboa

disposto no art. 29º n.º 4 da Lei da Concorrência, o que torna a decisão anulável, por padecer do vício de violação de lei.

A AdC, relativamente a esta questão, remete para o disposto no art. 118º n.ºs 1 e 2 do Código de Processo Penal e, a final, tece as seguintes considerações (gerais):

Nenhum dos vícios arguidos pelas arguidas PTM/TV Cabo se subsumem à previsão dos arts. 119º e 120º do Código de Processo Penal, pelo que sempre se tratariam de irregularidades, nos termos do art. 123º do mesmo diploma.

Mesmo que se tratassem de nulidades dependentes de arguição, os respectivos prazos estariam, à muito, ultrapassados.

Depois expõe a tese, baseada em passagens de doutrina citadas no Assento 1/2003, de que não existem nulidades insanáveis em processo contra-ordenacional, concluindo a final que, a existirem nulidades ou irregularidades, já estariam sanadas pelo decurso do prazo de arguição ou pela actuação das arguidas.

*

6.2. Factos a considerar

Com relevância para a decisão das questões, resultam dos autos os seguintes factos:

1 – Em 10/05/06 a AdC enviou à ERC – Entidade Reguladora da Comunicação Social, que a recebeu em 11/05/06, o projecto de decisão constante de fls. 2369 a 2467 dos autos, cujo teor aqui se dá por reproduzido, solicitando, ao abrigo do disposto no art. 28º n.º 2 da lei n.º 18/03, a emissão de parecer sobre o projecto de decisão no prazo de 20 dias úteis – cfr. fls. 2367 dos autos.

2 – Em 10/05/06 a AdC enviou ao ICP - Anacom, que a recebeu em 15/05/06, o projecto de decisão constante de fls. 2369 a 2467 dos autos, cujo teor aqui se dá por reproduzido, solicitando, ao abrigo do disposto no art. 28º n.º 2 da lei n.º 18/03, a emissão de parecer sobre o projecto de decisão no prazo de 20 dias úteis – cfr. fls. 2368 dos autos.

3 – O ICP – Anacom respondeu em 08/06/06, recebido na AdC por fax na mesma data e em 09/06/06, enviando elementos e os comentários constantes de fls. 2471 a 2473, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido – cfr. fls. 2468 e 2474 dos autos.

4 – A ERC respondeu em 22/06/06, recebido na AdC em 23/06/06, enviando o parecer constante de fls. 2481 a 2500, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido – cfr. fls. 2480 dos autos.

*

6.3 Apreciação jurídico-conclusiva

Em matéria de articulação da AdC com as autoridades reguladoras sectoriais, a Lei da Concorrência estabelece, em termos de reciprocidade, a



4168
48

Tribunal de Comércio de Lisboa

obrigação de comunicação entre as diversas autoridades, sendo de considerar os seguintes preceitos:

Estabelece o art. 28º, referente à conclusão da instrução, no seu nº 2: *«Sempre que estejam em causa práticas com incidência num mercado objecto de regulação sectorial, a adopção de uma decisão ao abrigo das alíneas b) a d) do número anterior é precedida de parecer prévio da respectiva autoridade reguladora sectorial, o qual será emitido num prazo razoável fixado pela Autoridade.»*

Ou seja, sempre que a AdC, concluída a instrução decidir (i) declarar a existência de uma prática restritiva da concorrência e, sendo o caso, ordenar ao infractor a adopção das providências necessárias à cessação da prática ou dos seus efeitos, (ii) aplicar as coimas e demais sanções previstas na lei ou, (iii) autorizar um acordo nos termos e condições previstos no art. 5º, deve, previamente, recolher o parecer da autoridade reguladora sectorial, conforme o mercado em causa esteja ou não sujeito a regulação sectorial.

O art. 29º completa o regime de articulação das autoridades.

Prevê no nº1 a obrigatoriedade de comunicação, por parte da AdC às autoridades reguladoras sectoriais sempre que tenha conhecimento de eventuais práticas restritivas por factos ocorridos em domínios submetidos a regulação sectorial, ou seja, na fase inicial dos procedimentos, para que a autoridade ou autoridades em causa se pronunciem.

O nº2 estabelece a recíproca obrigação das autoridades reguladoras sectoriais de comunicarem à AdC, sempre que apreciem questões que possam configurar uma violação da Lei da Concorrência, a existência do processo e os seus elementos essenciais.

O nº3 prevê a possibilidade de a AdC, em qualquer dos casos previstos no nº1 e no nº2 sobrestar na sua decisão de instaurar ou prosseguir um processo.

Finalmente o nº4 estabelece a obrigação de as reguladoras sectoriais darem conhecimento dos seus projectos de decisão à AdC, previamente à adopção de decisão final.

A primeira observação a fazer refere-se à qualificação jurídica proposta pelas arguidas quanto à questão da extemporaneidade do parecer da ERC.

Nas alegações as arguidas defendem a existência de anulabilidade por violação de lei. Embora sem indicação legal expressa, parecem pois, apontar para o regime do procedimento administrativo, nomeadamente para o art. 135º e 133º *a contrario* do CPA.

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 RGCO, quer na fase administrativa, quer na fase judicial (impugnação) – neste sentido Lacerda Costa Pinto *in* O Ilícito de



4161
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

Mera Ordenação Social e a Erosão do Princípio da Subsidiariedade da Intervenção Penal, *in* RPCC, ano 7, Fasc. 1º, Jan-Março 1997, pg. 81); Simas Santos e Lopes de Sousa *in* Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 2ª ed., Vislis, pg. 267, António Beça Pereira, *in* Regime Geral das Contra Ordenações e Coimas, Almedina 2001, pg. 88; Teresa Beleza, *in* Direito Penal, AAFDL, vol. I, 2.ª edição, pg. 131; José P. F. Cardoso da Costa, O Recurso para os Tribunais Judiciais da aplicação das Coimas pelas Autoridades Administrativas, 1991, pgs. 57 e segs. e José Gonçalves da Costa, Contra-Ordenações, CEJ, Set. 1995, pgs. 46 e segs.

Nas conclusões, as arguidas voltam a referir a anulabilidade (XVI) acrescentando ainda “ilegalidade face à desnecessidade de tal parecer”.

No pedido formulado a final pedem seja “declarada a nulidade do processo por aproveitamento de parecer nulo da Entidade Reguladora para a Comunicação Social” – alínea vi).

Afastada a aplicação do CPA regressamos ao regime dos arts. 118º e ss. do Código de Processo Penal, que, literalmente, prevê apenas nulidades insanáveis, nulidades dependentes de arguição e irregularidades, pelo que a diversa classificação (como anulabilidade), acaba por ser irrelevante.

No caso concreto, o preceito eventualmente violado será o art. 28º nº2 da Lei da Concorrência.

De facto, o art. 29º nº1 prevê a obrigatoriedade de comunicação por parte da AdC na fase inicial do processo, e a presente Lei da Concorrência apenas entrou em vigor em 2003, ou seja, há muito volvida a fase inicial dos autos. Ao tempo o Decreto Lei nº 371/93 apenas continha disposições similares, também diferenciadas quer na fase inicial, quer previamente à decisão, de recolha de pareceres de autoridades reguladoras sectoriais quanto a instituições financeiras (Banco de Portugal e CMVM) e seguradoras (Instituto de Seguros de Portugal) – arts. 24º nºs 3 e 4 e 26º nºs 3 e 4 do referido diploma, não sendo pois, aplicáveis ao caso dos autos.

Não tendo o procedimento sido iniciado ou decidido por qualquer das reguladoras que não a AdC, os nºs 2 a 4 do art. 29º não têm qualquer aplicação.

Analisando o nº2 do art. 28º verificamos que, para a AdC, a única obrigação daqui resultante é de, em momento prévio à decisão solicitar parecer à respectiva autoridade reguladora sectorial e fixar para o efeito prazo razoável.

Tudo o que se passa a partir desta solicitação é alheio à AdC e não pode ser valorado – v.g. se a autoridade reguladora entender não responder ou não responder no prazo que lhe for fixado.

Daqui resulta, desde logo que a inexistência de parecer solicitado devidamente pela AdC não gera qualquer nulidade ou mesmo irregularidade.

Focando aqui a questão da ultrapassagem do prazo pela ERC, o raciocínio das arguidas centra-se no argumento de que um parecer extemporâneo



4170
✓ 9

Tribunal de Comércio de Lisboa

(efectivamente recebido dias após o termo do prazo fixado pela AdC) foi tido em conta pela AdC na decisão e não deveria ter sido, daqui extraíndo, mais uma vez a consequência de nulidade.

O que as arguidas não fazem é alegar em que medida tal parecer foi tido em conta na decisão. Nem em concreto, nem, rigorosamente, em abstracto. Referem que a Decisão “aceita” o parecer da ERC. Estarão, certamente a referir-se à passagem da decisão equivalente ao relatório, que a AdC denomina “I. Do processo”, em que é referido que foi dado conhecimento do projecto à ERC e ao ICP-Anacom (23º), a resposta do ICP-Anacom (25º) e a transcrição das conclusões do parecer da ERC (26º). Ora, esta descrição não aceita qualquer parecer e muito menos o tem em conta no que verdadeiramente interessa, a decisão, entendida como conclusão da apreciação dos factos e do direito (pontos II e seguintes da decisão). Percorrendo a decisão da AdC, a única referência que encontramos ao parecer da ERC é no referido “relatório”, que, substantivamente, não faz parte nem da decisão, nem dos seus fundamentos.

Inexiste, pois, a apontada nulidade ou qualquer irregularidade relacionada com a intempestividade do parecer da ERC.

Não pode igualmente deixar de se apontar, como refere a AdC, que os pareceres das reguladoras sectoriais não têm carácter vinculativo para a AdC, o que mais reforça a conclusão supra atingida.

A lei também não regula quais os elementos a transmitir ao regulador, não havendo, pois, qualquer conteúdo mínimo legal. Uma vez que a comunicação visa a obtenção de parecer, terá que se entender dever ser instruída com os elementos mínimos necessários para que a reguladora possa, em consciência, emitir o seu parecer.

A análise fundamental é pois a determinação da função deste parecer. Sobre o quê, exactamente, é chamado o regulador a emitir parecer e para que finalidade?

O preceito começa por referir: “Sempre que estejam em causa práticas com incidência num mercado objecto de regulação sectorial...”.

Esta é uma condição objectiva. Nesta fase a AdC já fez a sua análise, já concluiu qual o mercado ou mercados afectados (já o comunicou aos visados através da nota de ilicitude) e, sendo os mercados regulados legalmente limitados, dirige a solicitação ao regulador ou reguladores respectivos.

Como resulta da lei, há um caso de decisão final em que a AdC não é obrigada a solicitar tal parecer – quando decidir arquivar um processo, nomeadamente por concluir que inexiste infracção, mesmo que o mercado em causa seja regulado, a comunicação não está prevista – alínea a) do nº1 do art. 28º. Só nos casos em que a AdC conclua que existe uma infracção, independentemente de a sancionar, de apenas a declarar e determinar a imposição de condutas necessárias à sua eliminação ou de a considera justificada à luz de



4171
58

Tribunal de Comércio de Lisboa

um balanço económico positivo é que solicita, previamente à decisão, parecer à reguladora sectorial.

Daqui podemos extrair limpidamente a primeira conclusão: o regulador não é chamado a pronunciar-se sobre a existência/inexistência da infracção. Essa conclusão é atingida pela AdC previamente à solicitação do parecer.

Qual é, então, a valia e a importância do parecer do regulador? Em primeiro lugar é intuitivo que o regulador sectorial terá um conhecimento profundo do mercado regulado e que poderá fazer observações, apontar incorrecções ou fazer sugestões quanto aos factos e ao mercado concreto – como aliás, no caso concreto fez o ICP – Anacom. A AdC não tem que seguir as sugestões ou aceitar as correcções, mas pelo menos disporá delas. Em segundo lugar resulta muito claramente do todo do art. 29º e do art. 28º nº2 que o legislador se preocupou com a articulação das reguladoras sectoriais, que intervêm num mercado específico e da AdC, que é um regulador transversal. A preocupação, nomeadamente impondo as obrigações recíprocas de comunicação em fase inicial do processo deixa perceber que existiu uma clara preocupação de evitar sobreposições de intervenções e que não se quer acumular dois pontos de vista sobre uma mesma conduta.

Exemplificando: um regulador verifica, no “seu” mercado regulado, que um determinado operador adoptou certa conduta que viola as suas obrigações legais e acarreta consequências indesejáveis. Abre um procedimento e comunica à AdC, a qual, analisando a conduta verifica que a mesma tem implicações jusconcorrenciais, quiçá no mesmo mercado, quiçá num mercado a jusante. Obviamente não podem duas autoridades diferentes prosseguir procedimentos para eventualmente sancionar uma mesma conduta, ou mesmo para chegar a conclusões diversas (sendo essa a razão de ser da obrigação de comunicação prévia à adopção de decisão final, quer pela AdC às reguladoras, quer por estas à AdC).

A AdC não necessita do “aval” ou concordância dos reguladores para adoptar uma decisão e estes não têm que se pronunciar sobre todos os aspectos da decisão. Aliás, em bom rigor a AdC não tem que lhes transmitir um projecto de decisão, mas sim dotá-los de informação suficiente para que se possam pronunciar⁵.

Aliás, no caso concreto, as reguladoras parecem estar bem cientes da função desta sua pronúncia – veja-se v.g. o parágrafo primeiro de fls. 7 do parecer da ERC (fls. 2487 dos autos) onde esta refere textualmente: “Escapa ao âmbito de intervenção da ERC, por se reportar a atribuições próprias da AdC em matéria de

⁵ O que não significa que estejamos a censurar a conduta da AdC ao comunicar o projecto de decisão. Entendemos sim que, rigorosamente nem era necessário tanto...



4172
48

Tribunal de Comércio de Lisboa

concorrência e concentração, a verificação de consubstanciarem as condutas das Arguida práticas proibidas nos termos daquele art.º 4.º.”

O que as reguladoras fizeram foi analisar os factos que lhes foram transmitidos à luz das suas próprias competências e atribuições, e mais não podiam fazer, para não invadir a esfera de competências da AdC.

Retomando a questão do que deve ser transmitido, entendem as arguidas (apenas nas conclusões, questão que conhecemos para evitar omissões de pronúncia) que as autoridades reguladoras sectoriais emitiram parecer sobre o Projecto de Decisão, nos termos da Lei da Concorrência, privadas da descrição das condições e características reais e efectivas do mercado em 2000, um elemento essencial para apreciação do acordo de Parceria e as suas cláusulas.

Ora, da lei resulta com muita clareza que as autoridades reguladoras não emitem parecer sobre a substância da matéria, sobre o mérito da decisão da AdC (nomeadamente se existe ou não infracção em termos concorrenciais) não tendo, no caso concreto que apreciar o acordo de parceria, independentemente de terem ou não sido descritas as condições e características reais do mercado em 2000. O parecer a emitir tem apenas o escopo já enunciado, inexistindo, nesta parte, qualquer nulidade ou irregularidade.

Existem divergências entre o projecto de decisão que foi transmitido às reguladoras e sobre a qual estas se pronunciaram – a referência Entrónica foi aliás apontada pelo ICP – Anacom – nomeadamente existindo uma diferença quanto ao período de justificação (exclusão da ilicitude) da cláusula de preferência.

No entanto a diferença é tão somente na vertente oponibilidade ao grupo PT Multimédia (no projecto justificada por 8 anos e na decisão final por 4 anos), sendo que no projecto, a justificação na vertente oponibilidade a terceiros foi considerada, tal como na decisão, por um período de 4 anos. Ou seja, não pode sequer dizer-se, com as arguidas, que esta diferença levaria a supor virem a ser impostas coimas de montantes substancialmente inferiores.

Importa frisar que a justificação por determinado período é uma conclusão a que a AdC chega apoiada em factos, os quais foram transmitidos não sendo essencial ao objectivo da pronúncia das reguladoras a transmissão integral deste tipo de conclusões.

Também não foram incluídas no projecto transmitido as coimas concretas projectadas aplicar.

Temos que inserir aqui um comentário: perguntam-se as arguidas qual teria sido a resposta dos reguladores se sonhassem se a AdC se preparava para aplicar coimas superiores a 3 milhões de euros à singela facticidade descrita no projecto de decisão. O tribunal responde: nenhuma, sob pena de ingerência em competências e atribuições próprias da AdC. Se as reguladoras não são sequer chamadas a apreciar a bondade da decisão da AdC de considerar determinada conduta como violadora da Lei da Concorrência, como exigir-lhes pronúncia



4173
87

Tribunal de Comércio de Lisboa

sobre montantes concretos de coimas, fixados com recurso a uma multiplicidade de factores entre os quais a gravidade da infracção?

A AdC não tem que transmitir às reguladoras sectoriais, nos termos do nº2 do art. 28º os montantes concretos de coimas que projecta aplicar. Já assim não será, por exemplo no caso de a AdC projectar declarar a existência de uma prática restritiva e não a sancionar (decisão prevista na alínea b) do nº1 do art. 28º), porque então faz todo o sentido a apreciação das reguladoras sobre o impacto das providências a ordenar no mercado regulado na respectiva perspectiva.

Concluindo, a comunicação do projecto de decisão feito pela AdC às reguladoras sectoriais conteve todos os elementos necessários à pronúncia das mesmas – os factos imputados – permitindo a estas a pronúncia e apreciação na sua própria perspectiva, considerando-se, assim, que foi dado integral cumprimento ao disposto no art. 28º nº2 da Lei da Concorrência.

*

6.4. Decisão

Pelo exposto julgo improcedentes as arguidas nulidades da decisão e de todo o processo por aproveitamento de parecer extemporâneo da ERC e por falta de parecer das autoridades reguladoras sectoriais face a alterações substanciais ao projecto da decisão).

**

*

7. Nulidade da prova obtida por omissão de notificação dos mandatários previamente constituídos de actos processuais

As arguidas PTM/TV Cabo vieram alegar a violação dos arts. 46º e 47º do RGCO, em síntese por, através do ofício OF/109/2005/DPR/ADC, de 11/01/05, ter solicitado à arguida TV Cabo o envio de determinados elementos em 5 dias úteis, ao abrigo do disposto no art. 7º nº2, al. a) dos seus Estatutos e 17º, nº1, al. b) da Lei da Concorrência, sem que os respectivos mandatários, previamente constituídos nos autos, tenham sido notificados do mesmo ofício. Entendem que tal viola, não só os arts. 46º e 47º do RGCO como o art. 20º, nºs 2 e 4 da Constituição da República Portuguesa, acarretando a nulidade da prova obtida.

Nas conclusões (XV) apontaram a existência de uma nulidade processual e no pedido final (viii) requereram seja declarada a nulidade do processo por ilegalidade e inconstitucionalidade do ofício da AdC de 11/01/05.

A AdC veio responder ter a arguida respondido ao ofício em questão, tendo revelado pleno conhecimento do mesmo e que, a existir, ter-se-à tratado de uma irregularidade que se encontra sanada, não tendo sido causada qualquer compressão ao seu direito de defesa.

Mais argumentam que as recorrentes se prevaleceram, na impugnação, do direito preterido, demonstrando pleno conhecimento do acto e que, a ser uma



41+4
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

nulidade se encontraria sanada nos termos do disposto no art. 121º, nº1, als. b) e c) do Código de Processo Penal.

*

7.1. Factos a considerar

Com relevância para a decisão das questões, resultam dos autos os seguintes factos:

1 – A arguida CATVP – TV Cabo Portugal, SA juntou aos autos, em 23/11/01, procuração forense outorgada a favor dos Ilustres Advogados Dr. Octávio Castelo, Dr. Gonçalo Gentil Anastácio, Dra. Raquel Cuba Martins, Dra. Maria Paula Milheirão e Dr. Paulo Fernando Bandeira (fls. 143).

2 – Com data de 11/01/05, foi enviado ao representante legal da arguida CATVP – TV Cabo Portugal, SA pela Autoridade da Concorrência o ofício referência OF/109/2005/DPR/ADC, recebido em 13/01/2005, com o seguinte teor:

"Assunto: Pedido Elementos PRC 14/01

No âmbito do processo de contra-ordenação PCR 14/01, a Autoridade da Concorrência solicita a V. Exas, no exercício dos seus poderes sancionatórios, nos termos do artigo 7º, n.º2 alínea a) dos Estatutos desta Autoridade, aprovados pelo Decreto-Lei 10/2003, de 18 de Janeiro, e de acordo com o artigo 17º, n.º 1 alínea a) da Lei 18/2003, de 11 de Junho, o envio dos seguintes elementos no prazo de 5 dias úteis:

1. Listagem de todos os canais em português e produzidos em Portugal que são transmitidos através da CATVP - TV Cabo Portugal SA. e cópia dos respectivos contratos de acesso à rede;

2. Em que termos é que os canais generalistas de televisão transmitidos por via hertziana terrestre têm acesso à rede cabo? É-lhes reservada uma capacidade de transmissão? Todos os operadores de rede cabo estão sujeitos a essa reserva?

3. Quais os canais de serviço de público que são transmitidos pela CATVP- TV Cabo Portugal SA.?

Informam-se ainda V. Exas. que:

a) o prazo de 5 (dez) dias úteis justifica-se pelo facto de se tratarem de elementos que estarão na posse de V. Exas. e que, por isso, serão facilmente coligidos;

b) caso aplicável, deverão V. Exas. informar quais os documentos ou informações que consideram confidenciais, caso em que deverão também juntar uma versão não confidencial de tais documentos; e

c) 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" constitui, nos termos do n.º 3 do artigo 43 da Lei 18/2003, contra-ordenação passível de coima de montante até 1% do volume de negócios anual dessa empresa." (fls. 530 a 531).

3 – A CATVP – TV Cabo Portugal, SA respondeu ao ofício referido em "2" por escrito entregue na Autoridade da Concorrência em 20/01/05, com o seguinte teor:

"Assunto: Pedido de elementos - PRC 14/01



4175
V8

Tribunal de Comércio de Lisboa

Em resposta ao ofício da Autoridade da Concorrência de 11 de Janeiro de 2005, recebido em 13 de Janeiro, vimos prestar os esclarecimentos e enviar os elementos solicitados, nos seguintes termos:

1) Os canais transmitidos através da CA TYP- TV Cabo Portugal, S.A. em português e produzidos em Portugal são:

- RTP 1
- 2:
- SIC
- TVI
- SIC NOTÍCIAS
- SIC MULHER
- RTP N
- SIC RADICAL
- SIC COMÉDIA
- RTP MEMÓRIA
- RTP ÁFRICA
- LUSOMUNDO PREMIUM
- LUSOMUNDO GALLERY
- LUSOMUNDO ACTION
- SPORT TV
- PARLAMENTO
- SMS TV

Seguem em anexo as cópias dos contratos pelos quais a CATVP - TV Cabo Portugal SA está autorizada a distribuir os referidos canais, com as seguintes notas:

- RTP N - é anexa a versão de 13 de Outubro de 2001, no entanto, o novo contrato encontra-se em fase de renegociação;
- RTP MEMÓRIA - o contrato encontra-se em fase de negociação;
- RTP ÁFRICA - o contrato encontra-se em fase de negociação.

O contrato global com a RTP está em fase de final de renegociação, o qual esperamos concluir até ao final do mês de Janeiro do corrente ano.

A CATVP TV Cabo Portugal, S.A. considera a informação constante de todos estes contratos confidencial.

2) Os canais generalistas de televisão são transmitidos nos termos dos contratos acima mencionados.

Não lhes é reservada nenhuma capacidade de transmissão.

No que respeita aos outros operadores de rede de cabo, a questão deve-lhes ser directamente colocada pela Autoridade da Concorrência.

3) o conceito legal de canais de serviço público não existe. Mas, nos termos do art. 48º da Lei 32/2003, de 22 de Agosto, a concessão geral de serviço público de televisão foi atribuída à RTP. A notificada desconhece qual ou quais os serviços de programas produzidos directa ou indirectamente por aquela sociedade que realizam a referida concessão.

No entanto, e para os efeitos tidos por convenientes, informa-se que a CA TYP TV Cabo Portugal, S.A. "transmite" os seguintes canais produzidos pela referida RTP:

- RTP 1



4176
✓ 8

Tribunal de Comércio de Lisboa

- 2:
- RTP MEMÓRIA
- RTP ÁFRICA
- RTP N

São ainda transmitidos pelas participadas da CA TVP - TV Cabo Portugal, S.A., os canais:

- RTP MADEIRA (na Região Autónoma da Madeira) - pela CABO TV Madeirense
- RTP AÇORES (na Região Autónoma dos Açores) - pela CABO TV Açoreana

Ficamos à disposição para qualquer esclarecimento suplementar que considerem necessário.

Com os melhores cumprimentos,

Luís Pacheco de Melo

Administrador" (fls. 532 a 534).

4 - Com data de 07/04/05, foi enviado ao representante legal da arguida CATVP - TV Cabo Portugal, SA pela Autoridade da Concorrência o ofício referência OF/1048/2005/DPR/ADC, recebido em 11/04/2005, com o teor de fls. 1054 a 1055 dos autos, que aqui se dá por integralmente reproduzido (fls. 1054 a 1055).

5 - Com data de 07/04/05, foi enviado ao mandatário judicial das arguidas PT Multimédia - Serviços de telecomunicações e Multimédia, SGPS, SA e CATVP - TV Cabo Portugal, SA pela Autoridade da Concorrência o ofício referência OF/1051/2005/DPR/ADC, recebido em 11/04/2005, com o seguinte teor:

"Assunto: pedido de elementos PCR 14/01

Autoridade da Concorrência vem dar conhecimento que, no âmbito do processo acima referenciado, foi enviado, nesta data, às VI/ constituintes: PT MULTIMÉDIA - Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A. e CATVP - TV Cabo Portugal, S.A., os ofícios n.º OF/1044/2005 e n.º OF/1048/2005, respectivamente, que se juntam em anexo." (fls. 1057).

*

7.2. Fundamentação jurídico-conclusiva

Seguindo o percurso já acima traçado relativamente ao regime legal aplicável em processos sancionatórios de direito da concorrência verificamos que, na Lei da Concorrência (diploma na vigência do qual foi praticado o acto) apenas se encontra regulada a forma de efectuar as notificações - art. 23º e o conteúdo da solicitação de informações - art. 18º.

Assim sendo, há efectivamente que recorrer às regras dos arts. 46º e 47º do RGCO.

No caso o que está em causa é o facto de ter sido praticado um acto - pedido de elementos - relativamente a uma das arguidas sem que se tenha comunicado o mesmo ao seu mandatário.

No caso, o pedido de elementos em si consubstancia um acto que se concretiza com a notificação - o pedido em si é uma notificação para, no prazo



411H
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

fixado, fornecer os elementos solicitados, cabendo na previsão do art. 46º nº1 do RGCO.

Por se tratar de um pedido de elementos a satisfazer pela arguida, a notificação sempre teria que lhe ser dirigida. No entanto sempre teria que ser também notificado ao seu defensor ou defensores escolhidos, sendo certo que, ao tempo, há muito se encontrava nos autos procuração forense constituindo defensor por parte desta arguida.

A regra é esta: os actos são notificados ao defensor, caso ele esteja constituído, nos termos do art. 47º nº2. O arguido é sempre informado, nos termos do nº3.

Nos casos inversos, em que a notificação tem que ser pessoalmente dirigida ao arguido, como no caso presente em que a não satisfação poderia importar responsabilidade contra-ordenacional, deve ser dado conhecimento ao defensor.

Aliás, no acto seguinte praticado relativamente à arguida nos autos foi exactamente essa a metodologia seguida – factos nºs 4 e 5.

A questão não passa obviamente, pelo conhecimento do acto, em cuja tónica a AdC centra a resposta a esta questão. Tanto é óbvio que a arguida teve conhecimento que satisfez o pedido de informações. Os formalismos processuais estão consagrados por motivos fortes e que, no caso, radicam nas garantias de defesa.

Houve, pois, a omissão de uma formalidade que a lei prescreve.

Resta, pois, qualificar o vício.

Voltamos novamente ao regime dos arts. 118º e ss. do Código de Processo Penal, que prevê apenas nulidades insanáveis, nulidades dependentes de arguição e irregularidades, nos termos já explicitados.

Como escrevem António de Oliveira Mendes e José Santos Cabral (loc. cit., pg. 127) “, De especial sensibilidade é a questão da imperfeição da notificação efectuada que, na sua génese, se reconduz à questão da irregularidade do acto processual praticado. Na verdade, neste, como noutros domínios, a imperfeição do acta processual penal poderá apresentar cambiantes diversas consoante a gravidade do vício que lhe está na génese e que se poderá situar entre a mera irregularidade e a inexistência. Entre os dois extremos encontram-se os vícios que dão lugar à nulidade que, por sua vez, se subdivide em nulidade insanável e nulidade dependente de arguição.”

Vejamos então qual a gravidade da omissão da comunicação ao defensor constituído no processo.

O acto chegou ao conhecimento da arguida – que o satisfez – e mesmo tratando-se de um prazo curto (5 dias), não era impeditivo de que a arguida contactasse o seu defensor antes de o satisfazer – aliás, esse o motivo pelo qual não se vislumbra, na sequência de actos, qualquer violação do art. 20º nº2 da



4178
✓ 9

Tribunal de Comércio de Lisboa

Constituição da República Portuguesa, uma vez que nada nem ninguém impediram a arguida de recorrer ao seu defensor escolhido.

Tendo em conta o acto praticado e percorrendo as várias alíneas dos arts. 119º e 120º do Código de Processo Penal, verificamos que não se enquadra em nenhuma delas. A gradação referida pelos autores supra citados varia, evidentemente, em função do acto praticado (poderíamos estar a falar da notificação da nota de ilicitude para exercício do direito de defesa ou da própria decisão) e, no caso concreto, trata-se de uma irregularidade.

Sendo uma irregularidade poderia e deveria ter sido arguida nos termos do art. 123º nº1 do Código de Processo Penal, no prazo de 3 dias subsequente à primeira notificação posterior (factos 4 e 5).

O facto de a irregularidade ser arguível, existindo a possibilidade de pela sua arguição desencadear o processo de regularização do acto, seja por iniciativa da autoridade, seja por decisão desta em contrário e subsequente impugnação judicial (nos termos do art. 55º do RGCOC) significa que não existe qualquer compressão dos direitos de defesa e, principalmente, que esta omissão não violou o disposto no art. 20º nº4 da Constituição da República Portuguesa – o processo contém em si a previsão de mecanismos que o tornam equitativo, sendo opção dos beneficiários destes mecanismos usá-los ou não.

A irregularidade encontra-se, pois, sanada.

Aliás, tendo tido um comportamento totalmente passivo nesta matéria, o facto de vir agora suscitada esta questão (irregularidade processual) raia a violação dos seus deveres de diligência e boa fé processuais. “O primeiro obriga os sujeitos processuais a «reagir contra nulidades ou irregularidades que consideram cometidas e entendam relevantes ... não podendo naturalmente escudar-se na sua própria negligência no acompanhamento das diligências ou audiências para vir reclamar o cumprimento da lei relativamente a *actos em* que estiveram presentes e de que, agindo com a prudência normal, não puderam deixar de se aperceber». O segundo impede que os sujeitos processuais «possam aproveitar-se de alguma omissão ou irregularidade porventura cometida ao longo dos actos processuais em que tiveram intervenção, guardando-a como um «trunfo» para, em fase ulterior do processo, se e quando tal lhes pareça conveniente, a suscitarem e obterem a anulação do processado».” (João Conde Correia, *in* Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais, Studia Iuridica 44, Coimbra Editora, pg.148, n. 328).

Acrescenta ainda este autor, a propósito da razão de ser do regime que permite a sanção dos vícios por falta de arguição, que tal regime se destina também a “evitar que o interessado, em vez de arguir de imediato a nulidade, guarde esta possibilidade para utilizar no momento mais oportuno, se e quando for necessário. Conduta processual que, para além de ser muito reprovável, teria como consequência necessária a inutilização de todo o processado posterior,



4179
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

muitas vezes apenas na sua fase decisiva e no fim de uma longa marcha, que só com muito custo poderá ser refeita.” (local citado, pg. 179).

Encontrando-se sanada a irregularidade, não fica afectada, quer a prova obtida mediante a satisfação do pedido de informações, quer, evidentemente, todo o processo, sendo pois improcedentes ambas a nulidades arguidas a este título.

*

7.3. Decisão

Pelo exposto julgo improcedentes as arguidas nulidade da prova obtida por meio do ofício da AdC de 11/01/05 e nulidade de todo o processo por ilegalidade do mesmo ofício.

**

*

8. Nulidade de prova obtida mediante solicitação de informações ao abrigo de preceito inconstitucional por violação do direito ao silêncio

Ainda relativamente ao mesmo ofício da AdC OF/109/2005/DPR/ADC, de 11/01/05 vêm as arguidas defender a inconstitucionalidade do art. 43º, nº3, al. b) da Lei da Concorrência por violação do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação, constitucionalmente consagrados nos arts. 1º, 20º nº4 e 32º, nºs 4 e 8 da Constituição da República Portuguesa.

Entendem que o despacho da AdC em que esta requer a prestação de informações ao abrigo desta norma está ferido do vício de inconstitucionalidade o que acarreta a nulidade de toda a prova obtida por intermédio do mesmo.

Nas conclusões (XVII) reiteram a nulidade da prova obtida mas, no pedido final (viii) requerem seja declarada a nulidade do processo por ilegalidade e inconstitucionalidade do ofício da AdC de 11/01/05.

A AdC começando por referir ser jurisprudência assente que esta norma não é inconstitucional, refere a diversa natureza do processo penal e contra-ordenacional, afastando a aplicação do preceito relativo ao direito ao silêncio previsto no Código de Processo Penal e citando em abono, sentença deste tribunal que afastou a aplicabilidade do art. 61º, nº1, al. c) do Código de Processo Penal e entendeu não haver violação do disposto no art. 20º nº4 da Constituição da República Portuguesa.

*

8.1. Factos a considerar

Com relevância para a decisão das questões, resultam dos autos os seguintes factos:

1 – Com data de 11/01/05, foi enviado ao representante legal da arguida CATVP – TV Cabo Portugal, SA pela Autoridade da Concorrência o ofício referência OF/109/2005/DPR/ADC, recebido em 13/01/2005, com o seguinte teor:

“Assunto: Pedido Elementos PRC 14/01



4180
✓ 8

Tribunal de Comércio de Lisboa

No âmbito do processo de contra-ordenação PCR 14/01, a Autoridade da Concorrência solicita a V. Exas, no exercício dos seus poderes sancionatórios, nos termos do artigo 7º, n.º2 alínea a) dos Estatutos desta Autoridade, aprovados pelo Decreto-Lei 10/2003, de 18 de Janeiro, e de acordo com o artigo 17º, n.º 1 alínea a) da Lei 18/2003, de 11 de Junho, o envio dos seguintes elementos no prazo de 5 dias úteis:

1. Listagem de todos os canais em português e produzidos em Portugal que são transmitidos através da CATVP - TV Cabo Portugal SA. e cópia dos respectivos contratos de acesso à rede;

2. Em que termos é que os canais generalistas de televisão transmitidos por via hertziana terrestre têm acesso à rede cabo? É-lhes reservada uma capacidade de transmissão? Todos os operadores de rede cabo estão sujeitos a essa reserva?

3. Quais os canais de serviço de público que são transmitidos pela CATVP- TV Cabo Portugal SA.?

Informam-se ainda V. Exas. que:

a) o prazo de 5 (dez) dias úteis justifica-se pelo facto de se tratarem de elementos que estarão na posse de V. Exas. e que, por isso, serão facilmente coligidos;

b) caso aplicável, deverão V. Exas. informar quais os documentos ou informações que consideram confidenciais, caso em que deverão também juntar uma versão não confidencial de tais documentos; e

c) 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" constitui, nos termos do n.º 3 do artigo 43 da Lei 18/2003, contra-ordenação passível de coima de montante até 1% do volume de negócios anual dessa empresa." (fls. 530 a 531).

2 - A CATVP - TV Cabo Portugal, SA respondeu ao ofício referido em "1" por escrito entregue na Autoridade da Concorrência em 20/01/05, com o seguinte teor e juntando os elementos referidos:

"Assunto: Pedido de elementos - PRC 14/01

Em resposta ao ofício da Autoridade da Concorrência de 11 de Janeiro de 2005, recebido em 13 de Janeiro, vimos prestar os esclarecimentos e enviar os elementos solicitados, nos seguintes termos:

1) Os canais transmitidos através da CA TYP- TV Cabo Portugal, S.A. em português e produzidos em Portugal são:

- RTP 1
- 2:
- SIC
- TVI
- SIC NOTÍCIAS
- SIC MULHER
- RTP N
- SIC RADICAL
- SIC COMÉDIA
- RTP MEMÓRIA
- RTP ÁFRICA
- LUSOMUNDO PREMIUM



4181
5 8

Tribunal de Comércio de Lisboa

- LUSOMUNDO GALLERY
- LUSOMUNDO ACTION
- SPORT TV
- PARLAMENTO
- SMS TV

Seguem em anexo as cópias dos contratos pelos quais a CATVP - TV Cabo Portugal SA está autorizada a distribuir os referidos canais, com as seguintes notas:

- RTP N - é anexa a versão de 13 de Outubro de 2001, no entanto, o novo contrato encontra-se em fase de renegociação;
- RTP MEMÓRIA - o contrato encontra-se em fase de negociação;
- RTP ÁFRICA - o contrato encontra-se em fase de negociação.

O contrato global com a RTP está em fase de final de renegociação, o qual esperamos concluir até ao final do mês de Janeiro do corrente ano.

A CATVP TV Cabo Portugal, S.A. considera a informação constante de todos estes contratos confidencial.

2) Os canais generalistas de televisão são transmitidos nos termos dos contratos acima mencionados.

Não lhes é reservada nenhuma capacidade de transmissão.

No que respeita aos outros operadores de rede de cabo, a questão deve-lhes ser directamente colocada pela Autoridade da Concorrência.

3) o conceito legal de canais de serviço público não existe. Mas, nos termos do art. 48º da Lei 32/2003, de 22 de Agosto, a concessão geral de serviço público de televisão foi atribuída à RTP. A notificada desconhece qual ou quais os serviços de programas produzidos directa ou indirectamente por aquela sociedade que realizam a referida concessão.

No entanto, e para os efeitos tidos por convenientes, informa-se que a CA TVP TV Cabo Portugal, S.A. "transmite" os seguintes canais produzidos pela referida RTP:

- RTP 1
- 2:
- RTP MEMÓRIA
- RTP ÁFRICA
- RTP N

São ainda transmitidos pelas participadas da CA TVP - TV Cabo Portugal, S.A., os canais:

- RTP MADEIRA (na Região Autónoma da Madeira) - pela CABO TV Madeirense
- RTP AÇORES (na Região Autónoma dos Açores) - pela CABO TV Açoreana

Ficamos à disposição para qualquer esclarecimento suplementar que considerem necessário.

Com os melhores cumprimentos,

Luís Pacheco de Melo

Administrador" (fls. 532 a 534).

*

Com relevância para a decisão das questões, resultam dos autos os seguintes factos:



4182
✓ 9

Tribunal de Comércio de Lisboa

8.2. Fundamentação jurídico-conclusiva

8.2.1. Normas a considerar

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).



4 (8)
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

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.»*

Finalmente, o art. 43º, nº3, al. b) da Lei nº 18/03 de 11/06, tipifica 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.

Estabelece o art. 32º da CRP:

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



4184
V 8

Tribunal de Comércio de Lisboa

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.»*

*

8.2.2. O direito à não auto-incriminação

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*⁶.

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 McGuinness* 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 do mesmo diploma (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.

⁶ Para uma evolução histórica mais desenvolvida *vide* Adriana Dias Paes Ristori *in* *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Almedina, 2007, pgs. 19 a 61.



4185
✓ 8

Tribunal de Comércio de Lisboa

Uma das manifestações do direito à não auto-incriminação é, precisamente, o direito ao silêncio, tratando-se de variantes do mesmo direito, o primeiro mais lato e abarcando o segundo.

Em processo penal o princípio é claramente aplicável e com toda a amplitude como resulta das disposições citadas, parecendo ser essa a amplitude aplicável defendida pelas arguidas.

No entanto, a questão tem que ser equacionada relativamente ao processo-contra-ordenacional, âmbito em que nos movemos.

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 abarcar a jurisprudência comunitária.

*

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

Correndo o risco da repetição, entende-se oportuno relembrar o regime da determinação e aplicação do direito subsidiário em processos contra-ordenacionais por violação das regras de concorrência.

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

4186/8
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

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 RGCOG 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 Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral *in* Notas ao Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas, pg. 105, 2ª 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, 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 RGCOG 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.



4187
VJ

Tribunal de Comércio de Lisboa

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.

Recordemos que o Decreto Lei nº 371/93, 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.

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.

*

8.2.4. 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.

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.

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 Descriminalização 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 descriminalização 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



4188
✓ 3

Tribunal de Comércio de Lisboa

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 descriminalização (cfr. também Acórdão Lutz) tendo porém já recusado a 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 RGOCOC, 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) Prossecução 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 “imedição”.»

4189
✓ 8

Tribunal de Comércio de Lisboa

É inquestionável 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.

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.

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

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 RGCOG, cuja epígrafe é um pouco infeliz, estabelece-se a proibição absoluta (insusceptível de suprimimento) 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 judiciais, 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.



4190
5/7

Tribunal de Comércio de Lisboa

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 Constituição da República Portuguesa – cfr. neste sentido Adriana Dias Paes Ristori *in* Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português, Almedina, 2007, pg. 74.

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.

*

8.2.5. 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.

Voltando a repetir passagens já citadas, para melhoria da compreensão (dada a extensão da presente decisão e diversidade das questões tratadas), recordemos que 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).



4191
S

Tribunal de Comércio de Lisboa

O direito de defesa da concorrência tem como função a preservação das estruturas concorrenciais 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 Portuguesa⁷. 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 Comunitário⁸, 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.”⁹

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,

⁷ A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.

⁸ António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques *in* Direito Económico, pg. 295, 4ª Edição, Almedina, 2001

⁹ *Idem*, pg. 296



4192
S/7

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



4193
✓ 9

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 RGCOC – 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).



4194
8

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 inexactas ao pedido feito nos termos do nº3 do art. 11º, a prestação de informações inexactas 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;



4195
S
7

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.



4196
✓ 8

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/Comissão*¹⁰ 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.

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



4197
S/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/Comissão¹¹, 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/Comissão¹², 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./Suíça (nº 274), mas mantendo a doutrina, à luz do caso concreto.

Os tribunais comunitários voltaram a analisar a questão do direito à não auto-incriminação¹³ 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

¹¹ Ac TPI - T-112/98 – Colectânea de Jurisprudência II - 729

¹² Casos C-238, 244-245, 247, 250, 251-252 e 254/99 – Colectânea I - 8375

¹³ 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



4/98
✓

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 permissível (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;



4199
✓ 8

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.

Aqui chegados e juntando as conclusões atingidas à constatação de que o art. 43º, nº3, al. b) é também aplicável aos demais destinatários de informações solicitadas pela AdC que não os arguidos ou empresas objecto de investigação ou supervisão, pode concluir-se que o preceito, em si, não é inconstitucional.

Resta pois, e socorrendo-nos do âmbito identificado do direito à não auto-incriminação identificado como conforme aos preceitos constitucionais, analisar os concreto pedido de informações e fornecimento de elementos formulados para verificar se este núcleo essencial do direito foi violado e, em caso afirmativo, daí extrair consequências para o processado.

*

8.2.6. O concreto pedido de informações e de fornecimento de elementoss

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 (ponto 1 dos factos enumerados em 10.1.):

“Assunto: Pedido Elementos PRC 14/01

No âmbito do processo de contra-ordenação PCR 14/01, a Autoridade da Concorrência solicita a V. Exas, no exercício dos seus poderes sancionatórios, nos termos do artigo 7º, n.º2 alínea a) dos Estatutos desta Autoridade, aprovados pelo Decreto-Lei 10/2003, de 18 de Janeiro, e de acordo com o artigo 17º, n.º 1 alínea a) da Lei 18/2003, de 11 de Junho, o envio dos seguintes elementos no prazo de 5 dias úteis:

1. Listagem de todos os canais em português e produzidos em Portugal que são transmitidos através da CATVP - TV Cabo Portugal SA. e cópia dos respectivos contratos de acesso à rede;

2. Em que termos é que os canais generalistas de televisão transmitidos por via hertziana terrestre têm acesso à rede cabo? É-lhes reservada uma capacidade de transmissão? Todos os operadores de rede cabo estão sujeitos a essa reserva?

3. Quais os canais de serviço de público que são transmitidos pela CATVP- TV Cabo Portugal SA.?

Informam-se ainda V. Exas. que:

a) o prazo de 5 (dez) dias úteis justifica-se pelo facto de se tratarem de elementos que estarão na posse de V. Exas. e que, por isso, serão facilmente coligidos;

b) caso aplicável, deverão V. Exas. informar quais os documentos ou informações que consideram confidenciais, caso em que deverão também juntar uma versão não confidencial de tais documentos; e

c) a “não prestação ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade, no uso dos seus poderes



420°
5/7

Tribunal de Comércio de Lisboa

sancionatórios ou de supervisão" constitui, nos termos do n.º 3 do artigo 43 da Lei 18/2003, contra-ordenação passível de coima de montante até 1% do volume de negócios anual dessa empresa."

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

1. Listagem de todos os canais em português e produzidos em Portugal que são transmitidos através da CATVP - TV Cabo Portugal SA. e cópia dos respectivos contratos de acesso à rede;

2. Informações sobre a forma de acesso à rede cabo dos canais generalistas de televisão transmitidos por via hertziana terrestre têm acesso à rede cabo;

3. Informações sobre quais os canais de serviço de público que são transmitidos pela CATVP- TV Cabo Portugal SA.

Recordando, nos presentes autos é imputada às arguidas a prática de uma contra-ordenação p. e p. pelos arts. 4º nº1 e 43º, nº1, al. a) da Lei nº 18/03 de 11/06, em síntese, por terem celebrado entre si um acordo de parceria em 27/03/00, nos termos do qual a TV Cabo conferiu à SIC um direito de preferência no fornecimento de canais em português e produzidos em Portugal para o seu pacote básico e a SIC conferiu à PTM um direito exclusivo de comercialização dos canais por ela produzidos, configurando um acordo de vontades tendo por objecto impedir, falsear ou restringir a concorrência e, quanto à cláusula de preferência, tendo potencial efeito de impedir, falsear ou restringir a concorrência, enquanto que quanto à cláusula de exclusividade tendo por efeito, a restrição e distorção da concorrência, respectivamente, nos mercados da exploração e comercialização de canais nacionais de acesso condicionado e no mercado dos serviços de televisão por subscrição.

A apreciação da cláusula de preferência encontra-se prejudicada pela decisão supra proferida quanto à prescrição do procedimento contra-ordenacional, restando, pois, como conteúdo útil a matéria de facto imputada quanto à cláusula de exclusividade.

Relativamente à cláusula de exclusividade de comercialização a decisão imputou às arguidas a própria celebração do acordo, a comercialização dos canais SIC pela Tv Cabo Audiovisuais (alterada para PT Conteúdos, SA) em 2001, 2003, a recusa de comercialização dos seus canais pela SIC, sempre remetendo os interessados para o grupo PT até 2005 e ainda a celebração, em 30/12/02 de contrato para a distribuição do canal Sic Mulher, em exclusivo pela PT Conteúdos.

Ora, olhando ao pedido de informações verifica-se que as questões e elementos colocados são puramente factuais e de fornecimento de documentos, pelo que não se pode considerar que nenhum dos elementos pedidos e informações solicitadas violam o direito à não auto-incriminação das arguidas tal como ele é entendido em procedimentos sancionatórios e administrativos de concorrência.

Em conclusão, nenhum dos elementos solicitados pelos pedidos de informação dirigidos à arguida pela AdC em Janeiro de 2005 implicava, para a

4201
✓ 9

Tribunal de Comércio de Lisboa

mesma, uma admissão da prática dos ilícitos imputados. Assim, o pedido de elementos foi plenamente válido e eficaz à luz da Lei da Concorrência e dos preceitos constitucionais aplicáveis.

*

8.3. Decisão

Pelo exposto julgo improcedentes as arguidas nulidade de toda a prova obtida por intermédio do ofício da AdC OF/109/2005/DPR/ADC, de 11/01/05 e nulidade do processo por ilegalidade e inconstitucionalidade do ofício da AdC de 11/01/05.

**

*

9. Nulidade da decisão relativamente ao contrato de distribuição SIC Mulher por ausência de acusação e de contraditório

As arguidas PTM/TV Cabo arguíram a nulidade parcial da decisão, no tocante ao acordo SIC Mulher, por violação do art. 32º nº1 da Constituição da República Portuguesa, com base nos seguintes argumentos:

A AdC condenou as arguidas a alterarem o acordo de parceria e o contrato de distribuição do Canal Sic Mulher.

Nenhuma acusação foi deduzida com base nesse contrato, pelo que nunca lhes foi assegurado o princípio do contraditório previsto no art. 61º do Código de Processo Penal, aplicável ao processo contra-ordenacional por via do art. 41º do RGCO.

A segunda nota de ilicitude apenas faz referências esparsas ao contrato de distribuição SIC Mulher sem que sejam imputadas condutas (menos ainda ilícitas) à recorrentes, sendo a surpreendente a decisão relativa ao canal Sic Mulher, que não foi, na acusação (nota de ilicitude) subsumido nem ao art. 2º da Lei da Concorrência, nem ao art. 4º da Lei da Concorrência.

Concluem pela violação dos arts. 32º nºs 1 e 8 da Constituição da República Portuguesa e 50º do RGCO.

A AdC respondeu que a segunda nota de ilicitude contém várias referências ao acordo SIC Mulher, bem como o lançamento de outros canais que se inscrevem na relação negocial criada pelo acordo de parceria, apontando os arts. 46º e 59º da nota de ilicitude e argumentando que ali se contém a prova de que o direito de exclusividade abrange especificamente a comercialização do canal SIC Mulher (proposta da Cabovisão), mais apontando similares artigos relativos à Bragatel (61º), TVTEL (63º) e outras referências (94º, 123º, e 134º).

Interroga-se a AdC como é possível sustentar não ter havido acusação nem possibilidade de defesa e argumenta que é abusiva a posição das recorrentes em sustentarem que os respectivos direitos de defesa tenham sido coarctados pela AdC.

*



4202
019

Tribunal de Comércio de Lisboa

9.1. Factos a considerar

Com relevância para a decisão da questão, dão-se aqui por integralmente reproduzidas a nota de ilicitude de fls. 1721 a 1764 dos autos e a decisão de fls. 2505 a 2610 dos autos.

*

9.2. Fundamentação jurídico-conclusiva

Compulsados a segunda nota de ilicitude deduzida e a decisão proferida não pode deixar de se reconhecer a diversidade de tratamento dada ao feixe de factos “Distribuição SIC Mulher” numa e noutra peças.

Na nota de ilicitude nunca é referida a própria celebração do contrato de distribuição do canal SIC Mulher ou o respectivo enquadramento.

As referências surgidas ao Canal SIC Mulher são basicamente as apontadas pela AdC:

- art. 7º - na caracterização da arguida SIC;
- art. 46º - autorização da AACS à arguida SIC a transmitir o canal;
- art. 59º - proposta de aquisição do canal pela Cabovisão efectuada à arguida SIC e resposta desta;
- art. 61º - proposta de aquisição do canal pela Bragatel efectuada à arguida SIC e resposta desta;
- art. 63º - proposta de aquisição do canal pela TVTEL efectuada à arguida SIC e resposta desta;
- art. 94º - canais actualmente explorados pela SIC;
- art. 123º - conclusão sobre a matéria constante dos arts. 59º, 61º e 63º;
- art. 134º - lançamento pela SIC do canal SIC mulher analisado no âmbito da cláusula de parceria.

Passando à análise da decisão verificamos que as seguintes referências apontadas foram integralmente transpostas:

- art. 83º - na caracterização da arguida SIC;
- art. 121º - autorização da AACS à arguida SIC a transmitir o canal;
- art. 134º - proposta de aquisição do canal pela Cabovisão efectuada à arguida SIC e resposta desta;
- art. 136º - proposta de aquisição do canal pela Bragatel efectuada à arguida SIC e resposta desta;
- art. 138º - proposta de aquisição do canal pela TVTEL efectuada à arguida SIC e resposta desta;
- art. 183º - canais actualmente explorados pela SIC;
- art. 274º - conclusão sobre a matéria constante dos arts. 134º, 136º e 138º.

Tendo sido acrescentadas (na decisão) as seguintes referências:

- arts. 118º a 120º - celebração e conteúdo do contrato celebrado entre as arguidas para a distribuição do Canal SIC Mulher;



4203
48

Tribunal de Comércio de Lisboa

- arts. 205º, 207º, 208º e 210º a 215º - explicitação da concretização da cláusula de exclusividade no contrato celebrado entre as arguidas para a distribuição do Canal SIC Mulher;

- art. 271º - exclusividade acordada como tendo por objecto restringir a concorrência e sua reiteração com o contrato celebrado entre as arguidas para a distribuição do Canal SIC Mulher;

- arts. 276º a 278º - apreciação de argumentos da arguida SIC quanto à interpretação de uma deliberação da AACCS.

Ou seja, e tal como alegam as arguidas PTM/TV Cabo, passamos de referências esparsas na nota de ilicitude para a imputação, como concretização da cláusula de exclusividade, de um determinado acordo, em determinada data e com determinado conteúdo.

Não foi imputado qualquer outro ilícito a este título mas, na tese da AdC relativamente ao carácter permanente da infracção, estes surgiram como novos factos reiterando o acordo.

Visto à luz da definição de tipos que deixámos feita para efeitos de apreciação da prescrição do procedimento criminal, os factos imputados relativamente à celebração do acordo SIC Mulher são novos actos de execução do acordo de parceria (renovação dos elementos subjectivos ou efeitos do mesmo).

Este enquadramento só perante o texto da decisão podia ser feito – os poucos factos imputados na nota de ilicitude relativamente ao contrato Sic mulher não permitiam a sua caracterização, delimitação temporal ou a extracção de quaisquer consequências (nomeadamente a previsão de que essas consequências iriam ser extraídas), nomeadamente as que a AdC extraiu nos artigos 210º a 215º da decisão.

Nos termos do Assento do Supremo Tribunal de Justiça nº 1/2003: “Quando, em cumprimento do disposto no artigo 50.º do regime geral das contra-ordenações, o órgão instrutor optar, no termo da instrução contra-ordenacional, pela audiência escrita do arguido, mas, na correspondente notificação, não lhe fornecer todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o processo ficará doravante afectado de nulidade, dependente de arguição, pelo interessado/notificado, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria administração, ou, judicialmente, no acto de impugnação da subsequente decisão/acusação administrativa.”

A nota de ilicitude não deu, como vimos, a conhecer, todos os aspectos relevantes para a decisão, nomeadamente de facto e também de direito, no tocante ao contrato SIC Mulher.

Tendo em conta que, conforme os fundamentos do referido aresto esta não é uma nulidade insanável – ponto IV das conclusões (13), há ainda que aferir se



4204
B

Tribunal de Comércio de Lisboa

as arguidas que arguíram esta nulidade se prevaleceram da impugnação do direito preterido, abarcando os aspectos de facto ou de direito preteridos.

Analisando o recurso de impugnação judicial apresentado pelas arguidas PTM/TV Cabo, facilmente se constata que estas não se defenderam, impugnaram ou analisaram os concretos factos e conclusões imputados na decisão quanto ao acordo de distribuição SIC Mulher (as únicas referências expressas são mesmo a arguição de nulidade e os arts. 886º e 918º).

Assim sendo, nada mais resta que, reconhecendo a existência de omissão, na nota de ilicitude que cumpriu, nos autos a função prevista pelo art. 50º do RGCOG, de aspectos de facto e de direito relevantes para a decisão que veio a ser adoptada, declarar a nulidade (não parcial, mas total, face à importância, no objecto de processo restante, face à declaração de prescrição do procedimento contra-ordenacional) da instrução administrativa a partir da notificação omissa, incluindo todo o processado subsequente dela dependente, nomeadamente a decisão proferida nos autos, nos termos dos arts. 121º, nº2, al. d) e nº3 al. c) e 122º nº1, ambos do Código de Processo Penal, 41º nº1 do RGCOG e 22º nº1 da Lei da Concorrência.

Por não estritamente dependentes da nulidade verificada, não ficam afectadas as diligências de prova posteriores à nota de ilicitude de 01/09/05, quer por declarações, quer elementos juntos aos autos, os quais, porém, terão que ser tidos em conta na nova nota de ilicitude a deduzir em obediência à presente decisão.

*

Consigna-se que, face à procedência da presente arguição de nulidade fica prejudicado o conhecimento da última questão identificada como a conhecer - Violação dos direitos de defesa – dificuldades de acesso ao processo e não fornecimento de documentos nos quais se baseou a decisão condenatória (suscitado pela arguida SIC).

*

9.3. Decisão

Pelo exposto, julgando procedente a arguida nulidade da decisão por ausência de acusação e de contraditório quanto ao acordo SIC Mulher, declaro a nulidade de todo o processo a partir da nota de ilicitude de 01/09/05 (inclusive), mais declarando que tal nulidade não afecta as diligências de prova posteriores e determino a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência a fim de ser sanada a nulidade em conformidade com o supra exposto.

Sem tributação.

Proceda ao depósito da presente decisão.

Notifique e comunique nos termos do disposto no art. 70º nº4 do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10.

*



4205
✓

Tribunal de Comércio de Lisboa

Sem efeito a audiência de julgamento designada para 10/10/07 pelas 10.00 horas.

D.n.

*

Oportunamente remeta os autos à Autoridade da Concorrência.

*

Lisboa, 10/08/07

(processado por meios informáticos - art. 138º nº5 do Código de Processo Civil)

Isabel Reis Silva