

8+

1

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



PROCESSO N° 6057/08 - 5.

**ACORDAM, EM CONFERÊNCIA, OS JUÍZES DA 5^a
SECÇÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA:**

I – RELATÓRIO:

1. – No processo nº 1050/06.9TYLSB do 3º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, foi proferido Despacho, em 10/8/07, pela Mm^a Juiz, a fls 4109 a 4205, que decidiu sobre questões prévias e nulidades arguidas.

É do seguinte teor, tal Despacho, na parte, que aqui interessa:

(...)

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.

*

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 comprehende 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2



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.

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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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).
- 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 Ilcitude (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 Ilcitude (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).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4


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 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5

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 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 juízo 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 perseguidade 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 judiciários.

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 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

6

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/](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 noutras 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 a colhimento 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 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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

do Homem Anotada, 3^a 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 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 – nºs 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), nºs 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 extraíndo as consequências devidas para o processo respectivo – nº 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 inexiste, 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. 32º nº2 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. 276º do Código de Processo Penal, nomeadamente porque a ali essencial dualidade entre

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

8

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. 215º n°s 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. 306º 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. 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 RGCOC), 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°s 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

taxativamente estabelecidas por lei, o excesso de um prazo razoável não se encontra entre elas.

Não há, pois, qualquer nulidade ou constitucionalidade 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 constitucionalidade por violação do princípio da celeridade processual.

3. Violção 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.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO 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 RGCOC).

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 RGCOC 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 ação 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.

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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

11

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 RGCOC). 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 RGCOC). 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. 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 RGCOC). 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 RGCOC).

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.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

12

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 institutória, 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/strl).

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 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



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 RGCOC.

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 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).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



A protecção conferida por este direito abrange a proibição do arbitrio (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 arbitrio constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo de controlo: nem aquilo que é fundamentalmente igual deve ser tratado arbitrariamente como desigual, nem aquilo que é essencialmente desigual deve ser arbitrariamente tratado como tal. – cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, loc. cit. pg. 339.

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

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

Os mesmos autores sublinham ainda que as decisões mais recentes do Tribunal Constitucional continuam a assinalar correctamente que o princípio da igualdade obriga a que se trate por igual o que for necessariamente igual e como diferente o que for essencialmente diferente, não impedindo a diferenciação de tratamento, mas apenas as discriminações arbitrárias, irrazoáveis, ou seja, as distinções de tratamento que não tenham justificação e fundamento material bastante, sendo o ponto central da discussão em torno do princípio da igualdade “saber se existe 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

15

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°s 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).

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 n°1 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 n°1 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 n°1 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. Nulidades 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 6º 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.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

16

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 e precisa ao seu 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

17

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 RGCOC, quer a Lei da Concorrência acolheram e concretizaram os direitos de audiência e de defesa dos arguidos (art. 50º do RGCOC 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 audição 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 RGCOC, assistindo-se à convocação da decisão em acusação.

Daqui se depreende que a fase a que o RGCOC 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.

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,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



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 decorso da instrução, ponderadas as respostas à Nota de Ilcitude de 19 de Outubro de 2001, procedeu-se à reapreciação dos factos concluindo-se pela 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 Ilcitude." (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.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



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 "I", 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 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 constitucionalidade 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 Acordão 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.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

20

Deus

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

As arguidas PTM/TV Cabo, no ponto iii) 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.

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 impedia 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.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

21

21

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 extraindo 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 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 disposto no art. 29º nº4 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 nºs 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.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

22

Mesmo que se tratasse 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 nº2 da lei nº 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 nº2 da lei nº 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 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.*»

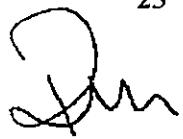
Ou seja, sempre que a AdC, concluída a instrução decidir (i) declarar a existência de uma prática restritiva da concorrência e, sendo o caso, ordenar ao infractor a adopção das providências necessárias à cessação da prática ou dos seus efeitos, (ii) aplicar as coimas e demais sanções previstas na lei 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

23



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 sobrestrar 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 ação 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 RGOC, quer na fase administrativa, quer na fase judicial (impugnação) – neste sentido Lacerda Costa Pinto *in* O Ilícito de Mera Ordenação Social e a Erosão do Princípio da Subsidiariedade da Intervenção Penal, *in* RPCC, ano 7, Fasc. 1º, Jan-Março 1997, pg. 81); Simas Santos e Lopes de Sousa *in* Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 2ª ed., Vislís, 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-se já “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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

24

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 (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.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

Daqui podemos extraír 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 pronunciar¹.

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

¹ 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...

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

26

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 a 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 factualidade 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 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.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

27

Concluindo, a comunicação do projecto de decisão feito pela AdC às reguladoras sectoriais conve 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 RGCOC, 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 RGCOC 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-á 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 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO 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, inexatas 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

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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 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 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



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 V/ 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 RGCOC.

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 fixado, fornecer os elementos solicitados, cabendo na previsão do art. 46º n.º1 do RGCOC.

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 n.º2. O arguido é sempre informado, nos termos do n.º3.

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 n.ºs 4 e 5.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

31

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 noutras 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 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 graduação 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 RGCO) 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

32

«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 suscitem 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 sanação 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, 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 nulidades 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 constitucional 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 constitucionalidade 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 constitucionalidade 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 constitucionalidade do ofício da AdC de 11/01/05.

A AdC começando por referir ser jurisprudência assente que esta norma não é constitucional, 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



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

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, nº2 alínea a) dos Estatutos desta Autoridade, aprovados pelo Decreto-Lei 10/2003, de 18 de Janeiro, e de acordo com o artigo 17º, nº 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, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade, no uso dos seus poderes sancionatórios ou de supervisão" constitui, nos termos do nº 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:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

34

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.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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,
Luis Pacheco de Melo
Administrador" (fls. 532 a 534).

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

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;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

36

36

j) 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 suscetíveis 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).

Para o exercício, quer dos seus poderes sancionatórios, quer dos seus poderes de supervisão, nos termos do disposto no art. 17º, nº 1, 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

37

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, inexatas 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.

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*².

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

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

Várias são as manifestações deste princípio na lei ordinária, sendo certamente as mais importantes acolhidas na legislação processual penal, destacando-se os arts. 61º, nº1, al. c) do CPP, sobre o qual nos deteremos adiante, e o art. 132º, nº2 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.

² 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.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO 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 abranger 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 Ilícto de Mera Ordenação Social e a Erosão do Princípio da Subsidiariedade da Intervenção Penal, *in* RPCC, ano 7, Fasc. 1º, Jan-Março 1997, p. 81); Simas Santos e Lopes de Sousa *in* Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 2º ed., Vislís, 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

39

Jún.

Coimas pelas Autoridades Administrativas, 1991, pp. 57 e segs. e José Gonçalves da Costa, Contra-Ordenações, CEJ, Set. 1995, pp. 46 e segs.

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

Temos, portanto, em primeiro lugar que olhar ao regime da Lei da Concorrência, seguidamente à Lei Quadro das Contra-ordenações, após o que terá que se averiguar se é necessário e admissível, para regular determinada questão de direito contra-ordenacional, recorrer aos preceitos de direito processual penal. Se a resposta às duas questões (necessidade e admissibilidade) for positiva, terá ainda que se determinar se as regras processuais penais devem ser literalmente aplicadas ou se devem ser devidamente adaptadas à estrutura, funcionamento, valores e fins do processo de contra-ordenação – cfr. António de 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 RGCOC e o CPP pela via já assinalada) sem que se faça qualquer distinção de regime quanto aos destinatários do dever, pelo contrário, especificando na alínea a) do art. 17º nº1 que este poder se dirige também contra os representantes legais das empresas ou associações de empresas envolvidas, leva à conclusão de que, neste particular, o legislador quis expressamente afastar a aplicabilidade de preceitos em contrário.

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

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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

40

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 Desriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social, Jornadas de Direito Criminal, CEJ, p. 3217 e segs., respectivamente).

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

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

Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Öztürk*, traçou a distinção entre as *Ordnungswidrigkeiten* e a infracção penal e decidiu a aplicabilidade do art. 6º da Convenção também às contra-ordenações resultantes de desriminalização (cfr. também Acórdão Lutz) tendo porém já recusado a 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 nº 1 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 nº 10 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

41



parece fazê-lo a AdC, que os direitos de defesa constitucionalmente regulados são apenas aqueles que o RGOC já prevê, ou seja a audiência e defesa nos termos do art. 50º?

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

«a) Promoção ou iniciativa processual: princípios da "oficialidade", da "legalidade" e da "acusação".

b) Prosssecução ou recurso processual: princípios da "investigação", da "contraditoriedade", da "suficiência" e da "concentração".

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

d) Forma: princípios da "publicidade", da "oralidade" e da "imediação".»

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 RGOC.

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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

42

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

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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

43

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 Portuguesa³. 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 Comunitário⁴, 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.”⁵

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.

³ A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.

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

⁵ Idem, pg. 296

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

44

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 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

45

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 infrações às suas disposições com coimas – art. 16º - e o processamento nos termos do RGCO – art. 28º.

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

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

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 génesis 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

46

este autor citando J. E. Ferry, na visão da comissão cooperação é melhor que coerção (loc. cit, nota 2 em tradução livre).

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

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

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

- o fundamento jurídico do pedido;
- a finalidade do pedido;
- a especificação da informação solicitada;
- o prazo limite dentro do qual a informação tem que ser fornecida;
- 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 assertão. Sempre ressalvadas as diferenças advinientes 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 Luisa 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

47

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.

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 proteção 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/Comissão⁶ que o TJCE, acolhendo como referência direitos nacionais e instrumentos internacionais se pronunciou especificamente sobre esta questão,

⁶ C-374/87 de 18/10/89 – Colectânea de Jurisprudência 1989 - 3283.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

48

precisamente quanto aos pedidos de informação formulados pela Comissão ao abrigo do art. 11º do Reg. 17/62.

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/Comissão⁷, 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/Comissão⁸, no qual o tribunal reconheceu que a jurisprudência do TEDH havia sofrido, desde o caso Orkem, uma evolução, citando os acórdãos Funke, Saunders/Reino Unido e J.B./Suiça (nº 274), mas mantendo a doutrina, à luz do caso concreto.

Os tribunais comunitários voltaram a analisar a questão do direito à não auto-incriminação⁹ 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 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.

⁷ Ac TPI - T-112/98 - Colectânea de Jurisprudência II - 729

⁸ Casos C-238, 244-245, 247, 250, 251-252 e 254/99 - Colectânea I - 8375

⁹ 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

49

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 a quele ter existência material independente da vontade do suspeito, tal como documentos. Posteriormente no caso JB/Suíça veio o TEDH a pôr em crise esta assertão 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 a través das quais se seja levado a admitir a existência da infracção, cuja prova cabe à Comissão, não extensível a documentos e puros elementos de facto mesmo que deles resulte a incriminação do investigado, dada a possibilidade de demonstração posterior de significado diverso – pode ser integralmente transposta para o direito doméstico, pelas seguintes ordens de razões:

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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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 prestaçāo de informações falsas, inexatas 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".

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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

51

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 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 arguiram 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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

52

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 n°s 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.

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 AACCS 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 AACCS à arguida SIC a transmitir o canal;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

53

- 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;
 - 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 AAC.

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."

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

54

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

Analizando 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 à 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 RGCO, 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 RGCO 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), mas 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.

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

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

55

Oportunamente remeta os autos à Autoridade da Concorrência.

(...)

2.- Deste Despacho, recorreu a AUTORIDADE da CONCORRÊNCIA (AdC), tendo apresentado motivações, das quais extraiu as seguintes “conclusões”:

(...)

1º.º O objecto do presente Recurso é apenas uma das decisões constantes do duto Despacho proferido a 10.08.07, ou seja, apenas parte do duto Despacho, e que é a seguinte:

“1.º *Decisão. Pelo exposto, nos termos dos arts. 3º do Decreto Lei nº 433/82, 2º nº 4 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 S.A., PT MULTIMÉDIA, Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.G.P.S., SA e CATVP - TV Cabo Portugal, S.A. relativamente à cláusula de preferência inserta no Acordo de Parceria celebrado pelas arguidas em 27/03/00.*” (a fls. 4142 do duto Despacho).

2.º Segundo a decisão da AdC, proferida em 08.08.06 no PRC n.º 14/01, esta cláusula de preferência, atribuída à SIC pela CATVP no fornecimento de canais para o pacote básico da televisão por subscrição, tem por objecto e por potencial efeito a restrição da concorrência no mercado nacional de exploração dos canais de acesso não condicionado, em português e produzidos em Portugal, e nos termos da mesma decisão, as arguidas violaram a proibição constante do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 (Lei da Concorrência) que dispõe:

“*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, (...).*” A interpretação desta norma legal é, pois, de suma importância para o caso em apreço.

3.º A infracção imputada pela AdC às arguidas, em relação ao direito de preferência inserto no Acordo de Parceria é una e tem natureza permanente, pelo que o prazo prescricional ainda não se iniciou e só se iniciará com a cessação da prática proibida, o que ainda não ocorreu, sendo esta a interpretação correcta da conjugação do n.º 1 do art.º 4.º da Lei da Concorrência (que estabelece o tipo contra-ordenacional em apreço) com o n.º 1 do art.º 3.º e art.º 5.º do RGCO e n.º 1 e alínea a) do n.º 2 do art.º 119.º do Código Penal, aplicável ex vi art.º 32.º do RGCO, saindo todas estas normas violadas pela interpretação dada pela Decisão Judicial Recorrida ao considerar que a infracção imputada às arguidas tem carácter instantâneo, saindo, bem assim, violada a alínea a) do art. 27.º do RGCO ao considerar prescrito o procedimento contra-ordenacional, na medida em que não se verificam os requisitos legais de aplicação desta disposição legal.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



4.º A Decisão Judicial Recorrida omite e desvaloriza alguns factos essenciais imputados pela AdC às arguidas na respectiva decisão condenatória, violando, assim, o dever resultante do n.º 1 do art.º 62.º do RGCO de apreciar a acusação na sua totalidade, e que são os seguintes factos:

a) O Acordo de Parceria e, portanto, a cláusula de preferência nele inserta está, e sempre esteve, em vigor, como resulta de prova documental junta aos autos do processo contra-ordenacional, incluindo declarações das próprias arguidas e tendo este facto sido imputado (e reiteradamente sublinhado) na decisão da AdC (v.g. nos respectivos arts. 117.º a 120.º). A desvalorização deste facto, operada pela Decisão Judicial Recorrida, prejudica irremediavelmente o exercício de qualificação da infracção (como instantânea ou permanente); o facto de este Acordo de Parceria, contendo a cláusula de preferência, estar em vigor constitui um argumento central para a qualificação da infracção em causa como permanente.

b) É desvalorizado, pela Decisão Judicial Recorrida, o lancamento de canais pela SIC para o pacote básico da televisão por subscrição, ao abrigo e em cumprimento do Acordo de Parceria, após a celebração deste Acordo e durante a vigência do mesmo, tendo ocorrido o lançamento de cada um dos canais SIC em momentos temporalmente distintos. Todos esses canais estavam já referidos e nominalmente identificados no Acordo de Parceria. O canal SIC Mulher viu o respectivo lançamento e condições de comercialização (ocorrendo em data posterior à celebração do Acordo de Parceria) formalizado em documento autónomo do Acordo de Parceria, sendo que nesse documento se faz expressa referência, nos "considerandos" ao Acordo de Parceria, como salientado no art. 211.º da decisão da AdC. Nesta decisão, a AdC refere, ainda, o facto de que mais nenhum operador televisivo, salvo a RTP e sociedades do grupo PTM, lançou canais de acesso não condicionado, em português e produzidos em Portugal para o pacote básico da televisão por subscrição durante todo o período considerado no processo contra-ordenacional.

Este facto prejudica o entendimento exposto na Decisão Judicial Recorrida no sentido de que a AdC não indicou qualquer acto de execução do mesmo Acordo de Parceria (embora se ressalve que não se aceita como correcta a metodologia de análise seguida pela Decisão Judicial Recorrida neste ponto, incluindo no que toca à definição e aplicação deste conceito de "actos de execução" ao ilícito jus-concorrencial).

c) A cláusula de preferência tem um efeito potencial restritivo da concorrência, que foi como tal imputado pela AdC na sua decisão mas que surge completamente desvalorizado pela Decisão Judicial Recorrida que até omite a referência ao efeito potencial na metodologia de análise escolhida para a aferição da natureza da infracção.

A Decisão Judicial Recorrida, adoptando uma interpretação que consideramos incorrecta do n.º 1 do art.º 4.º da Lei da Concorrência, entende que "para que com estes factos pudéssemos concluir pela existência de uma 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 do que "potenciais efeitos" (fls. 4141). Esta afirmação não se encontra fundamentada gerando, assim, a deficiência referida no n.º

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

57



2 do art.º 374.º do C.P.P., sendo ademais violadora do n.º 1 do art. 4.º da Lei da Concorrência, que deve ser interpretado no sentido de que o “potencial efeito” é um efeito restritivo da concorrência, ao contrário do que é sustentado na Decisão Judicial Recorrida.

Acresce que este entendimento adoptado pela Decisão Judicial Recorrida, que provoca a desvalorização do efeito potencial restritivo da concorrência (que advém da conduta das arguidas), impede a AdC de exercer as suas competências de punição das infracções ao art. 4.º da Lei da Concorrência, competências essas previstas no regime legal constante dos arts. 22.º a 28.º da Lei da Concorrência, saindo violada, em particular, a alínea b) do n.º 1 do art.º 28 desta lei.

Também a desvalorização deste facto inquina a apreciação do momento temporal da consumação da infracção – violando, assim, o n.º 1 do art.º 4.º da Lei da Concorrência em conjugação com o n.º 1 do art.º 3.º e art.º 5.º do RGCO e n.º 1 e alínea a) de n.º 2 do art.º 119.º do Código Penal, aplicável *ex vi* art.º 32.º do RGCO - na medida em que a latência de efeitos restritivos da concorrência, consubstanciados no efeito dissuasor e do desincentivo (do lançamento de canais televisivos por terceiros) provocado pela própria existência da cláusula de preferência (efeito potencial) prolonga-se durante todo o tempo em que o Acordo de Parceria (e, portanto, a cláusula de preferência nele inserta) esteja em vigor. A “latência”, por definição, é uma realidade que se prolonga no tempo: a latência de efeitos restritivos da concorrência não pode ser desconsiderada como imputação, que o foi, pela AdC, de facto integrador do efeito potencial.

5.º A interpretação efectuada pela douta Decisão Judicial Recorrida viola o n.º 1 do art. 4.º da Lei da Concorrência pelas seguintes razões:

- ao não atender à unidade da infracção imputada às arguidas (a “unidade” significa que não existem duas infracções, uma por objecto e outra por potencial efeito, mas sim uma única infracção, com um objecto e um potencial efeito restritivos da concorrência);
- ao desvalorizar o efeito potencial restritivo da concorrência, não admitindo que a “restrição por potencial efeito” seja uma “restrição por efeito”, deste modo, interpretando erradamente o conceito de “efeito restritivo da concorrência”;
- ao proceder a uma interpretação errada do objecto restritivo da concorrência, *inter alia*, reconduzindo-o à celebração do Acordo de Parceria e consumando-se nesse momento (daí resultando a qualificação da infracção como infracção instantânea), bem como ao entender que só as restrições por efeito (definidas em termos com os quais não concordamos) podem ser permanentes;
- ao assimilar a “execução” do Acordo de Parceria a “efeitos restritivos do Acordo de Parceria”;
- ao proceder a uma menos correcta aplicação dos critérios enunciados pela Decisão Judicial Recorrida, inspirados no direito criminal, ao ilícito jus-concorrencial.

6.º Os critérios de direito criminal enunciados na Decisão Judicial Recorrida para a aferição da natureza instantânea ou permanente da infracção, devem ser aplicados de modo devidamente ajustado ao caso concreto, por se tratar de um tipo contra-ordenacional (como previsto no art. 32.º do RGCO sobre a aplicação subsidiária do direito penal ao processo contra-ordenacional) e por se tratar de um ilícito jus-concorrencial. O exercício de subsunção do tipo contra-ordenacional por infracção jus-concorrencial aos critérios retirados do direito criminal (para a aferição da instantaneidade ou permanência da

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

58

infração) não pode implicar que a aplicação desses critérios altere o tipo, modificando os respectivos elementos constitutivos e, até, esvaziando a *ratio legis* da norma incriminadora (n.º 1 do art.º 4.º da Lei da Concorrência).

O entendimento sufragado pela ADC, no sentido de que a infração em causa é uma infração permanente, (i)encontra-se apoiado nas definições doutrinárias e jurisprudenciais nacionais (citadas ao longo da presente Motivação), sobre o conceito de “infração permanente”, à luz do direito criminal, e (ii)atinge a conciliação necessária e adequada entre os conceitos de direito criminal e de direito da concorrência.

7.º A doura Decisão Judicial Recorrida não interpreta nem aplica correctamente os conceitos de objecto restritivo da concorrência e efeito restritivo da concorrência, em nossa opinião, salvo melhor, pelos motivos referidos nas duas conclusões anteriores. A interpretação correcta destes conceitos (e, portanto, do n.º 1 do art.º 4.º da Lei da Concorrência) passa, de modo muito sucinto, pela seguinte ordem de considerações:

Os efeitos potenciais não se confundem com a restrição por objecto. Atenta uma análise de mercado cuidada, e não obstante o acordo não ter como objectivo restringir a concorrência, o acordo é, ainda assim, susceptível de ter efeitos anticoncorrenciais significativos. Não existe, aqui, uma presunção de efeitos como na restrição por objecto. Existe, sim, a probabilidade razoável de, atendendo às características do mercado e face ao seu conteúdo e implementação, o acordo ter um impacto negativo na concorrência potencial ou actual do mercado relevante. De tanto resulta que, seja a restrição por objecto, seja a restrição por efeito, o comportamento coordenado entre as empresas (acordo, prática concertada ou decisão de associação de empresas) é, ainda e sempre, o mesmo. Assim, não se pode aceitar que o mesmo comportamento ilícito que tem por objecto e, num momento posterior, os efeitos de restringir, impedir ou falsear a concorrência (como o caso *sub judice*), seja considerado consumado em momentos diferentes consoante se olhe para o objecto ou para os efeitos anticoncorrenciais desse mesmo comportamento. Também não se pode aceitar que a mesma actuação dos agentes (nestes casos empresas) constitua uma infração de mera actividade ou de resultado, consoante se considere que essa actuação tem por objecto ou por efeito restringir a concorrência.

8.º A interpretação vertida na Decisão Judicial Recorrida, constante dos termos que acima apontámos nas conclusões anteriores, contraria, bem assim, o entendimento adoptado pela jurisprudência nacional e pela doutrina e jurisprudência comunitárias de direito da concorrência e prática decisória da Comissão Europeia sobre a caracterização de infrações jus-concorrenciais e sobre o carácter permanente de infrações (como a *sub judice*), a saber:

Acórdão do STJ, 07.12.89; Sentença do Tribunal da Relação de Lisboa Rec.n.º 728/01; Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (doravante “TCL”) no proc. n.º 1307/05.06 TYLSB; sentença do TCL no proc. n.º 965/06.9 TYLSB; Sentença do TCL no proc. n.º 261/06.1 TYLSB; Sentença do TCL no recurso de contra-ordenação n.º 419/06; Sentença do TCL n.º 766/06.4 TYLSB;

Acórdão do TJC, de 30 de Junho 1966, no proc. 56/65, Société Technique Minère c. Maschinenbaum Ulm GmbH; Acórdão do TJC, de 13 de Julho de 1966, proc. ap. 56/64 e 58/64, Consten e Grundig c. Comissão; Acórdão do TPI, de 15 de Março 2000, proc. ap. T-25/95, Cimenteries CBR S.A., e o. c. Comissão; Acórdão do TPI, de 11 Dezembro de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2003, proc. T-59/99, Ventouris Group Enterprises SA c. Comissão; Acórdão do TJC, de 28 de Março de 1984, proc. ap. 29/83 e 30/83, Compagnie Royale Asturienne des Mines SA e Rheinzink GmbH c. Comissão; Acórdão do TJC, de 28 de Maio de 1998, proc. C-7/95, John Deere Limited c. Comissão; Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 Dezembro de 1980, L'Oréal c. De Nieuwe AMCK, processo C-31/80; Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 Dezembro de 1985, ETA c. DK Investment, processo n.º C-31/85; Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Julho de 1985, SA Binon & Cie c. Agence et messageries de la press, Processo 243/83; Decisão da Comissão de 15 de Dezembro de 1975, Bayer/Gist-Brocades, processo n.º IV/27.073; Decisão da Comissão de 22 de Dezembro de 1987, Olivetti c. Canon, processo n.º IV/32306; Decisão da Comissão de 12 de Janeiro de 1990, Alcatel Espace c. ANT, processo n.º IV/32006.

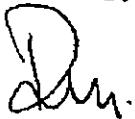
9."Os argumentos centrais sustentados pela AdC em apoio da qualificação da infracção em causa como infracção permanente são os seguintes (expondo-se, assim, a interpretação sustentada pela AdC à luz do n.º 1 do art.º 4.º da Lei da Concorrência em conjugação com o n.º 1 do art.º 3.º e art.º 5.º do RGCO e n.º 1 e alínea a) do n.º 2 do art.º 119.º do Código Penal, aplicável *ex vi* art.º 32.º do RGCO e, simultaneamente, rebatendo-se o entendimento constante da Decisão Judicial Recorrida):

a)O primeiro elemento do tipo contra-ordenacional em apreço é o encontro de vontades entre empresas, independentemente deste se materializar num acordo ou numa prática concertada. Assim, o elemento do tipo é o próprio encontro de vontades e não a sua formalização. Deste modo, há que atender ao momento em que se assiste ao encontro de vontades das empresas e não ao momento da sua (eventual) formalização. O encontro de vontades prolonga-se por todo o tempo em que essas vontades permanecem alinhadas e, por isso, não se consome, nem coincide, com o momento da sua formalização. A prática do facto – que, neste caso, é o encontro de vontades – não se exaura no momento da celebração do contrato, mas protraí-se ininterruptamente durante todo o tempo em que as empresas concertam as suas vontades o que, no caso em apreço, corresponde pelo menos ao período de vigência do Acordo de Parceria. Foi imputada pela AdC às arguidas uma infracção que consiste no encontro de vontades das arguidas teridente à conformação das suas relações negociais durante um prazo mínimo de dez anos e, por conseguinte, à manutenção dessa mesma relação, nos moldes acordados, ou seja, sujeita, *inter alia*, à preferência no lançamento pela SIC de canais temáticos para o pacote básico da televisão por subscrição. Se o facto integrante do tipo é o acordo de vontades, naturalmente tal facto verifica-se durante todo o tempo em que o acordo de vontades persists e perdura. A não se entender assim, a infracção por objecto iria, num caso como o *sub judice*, reconduzir-se à formalização de acordos, o que contraria frontalmente os ensinamentos da doutrina e jurisprudência comunitária de direito da concorrência.

b)A primeira fase desta infracção permanente, correspondente à "produção de um estado anti-jurídico" verificou-se no momento em que as vontades das arguidas se encontraram. As arguidas formalizaram o nascimento desse encontro de vontades através da assinatura de um documento escrito – o Acordo de Parceria – mas, repita-se, caso esse encontro de vontades não tivesse revestido esta formalização mas pudesse ser comprovado por qualquer outro modo, sempre existiria um "acordo" na acepção contida no n.º 1 do art. 4.º

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

60



da Lei da Concorrência. A segunda fase desta infracção permanente, que "correspondente à permanência, ou à manutenção desse evento", verifica-se precisamente na permanência desse encontro de vontades, nunca cessado, e que foi considerado pela AdC na imputação do facto concreto consubstanciado na vigência do Acordo de Parceria, ou seja, no facto de este acordo se encontrar em vigor. Uma vez que o n.º 1 do art.º 4.º da Lei da Concorrência proíbe acordos com o objecto restritivo da concorrência, o mesmo é dizer que recai sobre o agente o dever de não cometer a infracção; e continuando o mesmo agente, a todo o tempo, vinculado ao dever de a fazer cessar, porque a sua conduta lesa a todo o tempo o bem jurídico que, por via dessa conduta, se mantém comprimido: a concorrência, o funcionamento do mercado pautado pela livre autodeterminação das partes. O dever de cessar a infracção relaciona-se com a natureza do bem jurídico concorrência, aliás, constitucionalmente protegido. Para atender ao momento da consumação desta infracção será sempre indiferente saber se a restrição à concorrência tem lugar em virtude do objecto ou dos efeitos do Acordo de Parceria; é necessário, sim, atender ao momento em que as arguidas coordenam os seus comportamentos e a todo o período em que se mantém essa coordenação.

c) No caso em apreço, a "execução" da infracção é a manutenção do encontro de vontades entre as arguidas na conformação da sua relação negocial (que as arguidas expressamente quiserem como duradoura) e corresponde à vigência do Acordo de Parceria durante todo o tempo considerado no processo contra-ordenacional, vigência essa que se encontra factualmente provada.

Em suma, no caso presente temos que:

A execução é a manutenção da situação anti-jurídica criada pelas partes.

A vigência do Acordo de Parceria, ou seja, o facto incontrovertido de que o mesmo Acordo de Parceria se encontra em vigor, e esteve sempre em vigor, constitui a manutenção da situação anti-jurídica.

O conceito jurídico consumação tem tradução factica, no caso, na manutenção deste estado anti-jurídico.

10.º A Decisão Judicial Recorrida, ao entender que nos casos em que seja imputada uma restrição por objecto (como a celebração de um acordo, na óptica da Decisão Judicial Recorrida) e por efeito (conforme definido pela Decisão Judicial Recorrida) e, nos termos da classificação adoptada pela Decisão Judicial Recorrida, "estaremos aqui perante uma única infracção permanente que continuará a consumar-se protraindo-se no tempo até ao termo da vigência do acordo ou à cessação dos efeitos imputados, conforme o que se dê primeiro" (nas palavras da Decisão Judicial Recorrida a fls. 4142). Este entendimento conduz à consequência lógica de que cessando um acordo mas continuando a verificar-se efeitos restritivos da concorrência, a consumação da infracção (que é uma) cessaria na data de cessação do acordo, contrariando, assim, a jurisprudência e doutrina CE citadas na presente motivação e, muito especialmente, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 03.07.85, "SA Binon & Cie v. SA Agences et messageries de la press" segundo o qual "O artigo 85.º é aplicável no caso em que uma conduta paralela de um conjunto de empresas se deveu originariamente a um acordo, no caso em que a mesma se mantenha após a cessação do acordo sem que esse acordo tenha sido substituído por um outro", constituindo esta a interpretação correcta, razão pela qual não nos conformamos com a

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



interpretação e aplicação efectuada pela Decisão Judicial Recorrida do n.º 1 do art.º 4.º da Lei da Concorrência e que, por esse motivo adicional, sai violado.

Acresce que esta interpretação sustentada pela Decisão Judicial Recorrida contém contradição insanável na fundamentação, nos termos do n.º 2 do art.º 374.º do CPP ao admitir simultaneamente essa interpretação e a classificação da restrição por efeito como uma infracção de resultado, que se consome com a produção do resultado e seria autonomizável da restrição por objecto.

Segundo a interpretação que temos por correcta, se o acordo cessar antes da cessação de efeitos, tal facto é irrelevante do ponto de vista do preenchimento do ilícito. Ora, na tese sufragada pela Decisão Judicial Recorrida, se o ilícito se descharacteriza, à data da cessação de um acordo, passando de ilícito por objecto para ser apenas um ilícito por efeito (se bem entendemos o alcance da interpretação da Decisão Judicial Recorrida), não se comprehende a razão pela qual a infracção punitível cessa a respectiva consumação no momento da cessação do acordo (quando este cesse primeiro do que os respectivos efeitos). Não podemos concordar, por estas razões, com o entendimento adoptado na Decisão Judicial Recorrida. Do mesmo modo que resulta, como conclusão paradoxal do mesmo entendimento constante da Decisão Judicial Recorrida que, caso cessem os efeitos restritivos da concorrência (segundo a Decisão Judicial Recorrida, "infracção por efeito") mas mantendo-se o Acordo de Parceria (segundo a Decisão Judicial Recorrida, "infracção por objecto"), a consumação ocorreria com a cessação dos efeitos – assim se interpretando a frase "conforme o que se dê primeiro". Em consequência, ficaria desvalorizada a restrição por objecto, corolário que nos parece contraditório com outros pontos do raciocínio vertido na Decisão Judicial Recorrida e incompreensível face à formulação alternativa do n.º 1 do art.º 4.º da Lei da Concorrência ao ler "acordos (...) que tenham por objecto ou como efeito (...)".

Por estes motivos, consideramos existir contradição insanável na fundamentação da Decisão Judicial Recorrida.

11."Acrescem vários outros pontos de discordância relativamente ao entendimento contido na Decisão Judicial Recorrida:

- Ainda que se aceitasse a tese enunciada na Decisão Judicial Recorrida, no sentido de que no n.º 1 do artigo 4.º da Lei da Concorrência estão previstas duas acções ilícitas, uma que se consubstanciaria na restrição por objecto e outra na restrição por efeito; e ainda que se concordasse com a qualificação da restrição por objecto como uma infracção de mera actividade e a restrição por efeito como uma infracção de resultado, ainda assim, não se poderia nunca aceitar a premissa de que uma infracção de mera actividade é necessariamente uma infracção de consumação instantânea (veja-se, por exemplo, o tipo de crime de violação de domicílio (art. 190.º do Código Penal, anotação feita no Comentário Conimbricense, T. I)).

-Se aceitássemos o entendimento expresso na Decisão Judicial Recorrida, mormente quanto à aí defendida instantaneidade da infracção, poderíamos ter como corolário do mesmo, que o lançamento de cada canal SIC na vigência do Acordo de Parceria poderia corresponder a um acordo por si só, o que contraria o entendimento da jurisprudência comunitária da concorrência (v.g. *Ford v. Comissão, casos 228 e 229/82 e 25 e 26/84*) segundo o qual "*um conjunto de acordos relacionados que prossigam o mesmo objectivo global pode ser entendido como constituindo, conjuntamente, um só acordo*".

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

62

12.ºTermos em que, concluindo, se solicita ao Tribunal que:

- a)Revogue a d'outa Decisão Judicial Recorrida, por ilegal e profira o utra, em sua substituição, que, declarando o carácter permanente da infracção, considere, por conseguinte, que o prazo prescricional ainda não se iniciou, pelo que o processo contra-ordenacional desencadeado pela AdC é válido, incluindo a decisão proferida no termo do mesmo, a qual deve ser mantida e considerada na sua totalidade;
- b) Em consequência, sendo o presente Recurso julgado procedente, se digne mandar baixar os autos ao Tribunal de Comércio de Lisboa para que seja apreciado o mérito da causa, seguindo a subsequente legal tramitação, uma vez que não se verifica nenhum impedimento legal para esse efeito. (...)

3. – Também recorreram a PT – MULTIMÉDIA – SERV. TEL. MULTIMÉDIA, SGPS, SA, e a CAPVT – TV CABO PORTUGAL, SA, que apresentaram motivações, das quais extraíram as seguintes “conclusões”:

(...)

-Na douta sentença recorrida decidiu-se que o procedimento contra-ordenacional relativo à cláusula 6º do Acordo de Parceria, com a epígrafe “*exclusividade e relacionamento com terceiros*”, não se encontra prescrito, pois, a existir alguma infracção, seria “uma única (...) permanente”, tendo se julgado apenas prescrito o procedimento relativo à chamada cláusula de preferência (cláusula 2º);

-Mesmo considerando-se que a chamada cláusula de exclusividade integraria alguma infracção – o que se impugna totalmente –, nunca seria permanente ou duradoura;

-Não é suficiente para qualificar uma infracção como permanente ou duradoura que o resultado da acção ou o dano se prolonguem no tempo, ou ainda que a situação antijurídica que cria se mantenha duradouramente, sob pena de ser atribuída essa qualificação a crimes de furto ou bigamia, o que é unanimemente afastado pela nossa doutrina e jurisprudência;

-Nas infracções permanentes é a própria execução da acção do agente que tem de se prolongar ininterruptamente no tempo - a cada instante - como condição da subsistência da manutenção da situação antijurídica, ou seja é a execução da acção típica, e não o resultado típico (o efeito), que se prolonga – *rectius*, que tem de se prolongar - ininterruptamente no tempo;

-É por isso que, para expressar graficamente a infracção permanente, Eduardo Correia utilizava a imagem de um traço contínuo e não de uma sucessão de pontos;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- A cláusula em causa respeita a situações pontuais de comercialização para terceiros dos canais resultantes do Acordo que pontualmente viessem a ser produzidos, nos casos – novamente pontuais –, em que se optasse por tal comercialização;
- No caso *sub judice* a execução da acção não se prolonga no tempo, sendo que, quanto aos efeitos da acção, não existe uma linha contínua, sem interrupções, pois a cláusula em causa apenas seria eventualmente accionada pontualmente;
- É assim manifesto que a chamada cláusula de exclusividade também não integra qualquer infracção permanente, devendo o procedimento contra-ordenacional ser nesta parte também julgado prescrito, tal como decidido na dota sentença recorrida relativamente à chamada cláusula da preferência (v. arts. 17º/2, e 27 do RGCOC e 37º/2 do DL 371/93, na redacção em vigor à data do acordo em causa – 27.03.2000), parte com a qual concordamos;
- Mesmo a admitir-se, - o que apenas se faz à cautela e por dever de patrocínio, - que estamos, no que se refere à chamada cláusula de exclusividade e à chamada infracção por efeito, perante uma contra-ordenação permanente, **nunca seria aplicável a lei nova** (Lei 18/2003), concretamente mais gravosa;
- Com efeito, nas situações em que está em causa uma contra-ordenação permanente – o que não é o caso –, constitui hoje entendimento claramente dominante que o facto apenas pode ser sujeito à aplicação da lei nova, mais gravosa, se a **totalidade** dos pressupostos de que depende a punição do agente tiver ocorrido já **no domínio da vigência da lei nova** – o que não se verificou *in casu*, dado que, além de não existir qualquer infracção, o acordo em causa foi celebrado em 27.03.2000, data em que estava ainda em vigor o DL 371/93;
- A norma (o artigo 3º do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro ou qualquer outra) que permitisse a aplicação da lei nova, mais desfavorável, a um facto (ou a parte de um facto) que foi praticado antes da sua entrada em vigor, seria inequivocamente **inconstitucional**, por violação dos princípios da legalidade (art. 29º, nº 4, da CRP) e da culpa (que se extrai dos artigos 1º, 2º, 18º, 27º e 32º da Constituição);
- Aliás, as **normas sancionatórias** em questão (quer se entenda que esta é o artigo 2º do Decreto-Lei nº 371/93, de 29 de Outubro, quer se entenda que é o artigo 4º da lei nº 18/2003, de 11 de Junho), sempre seriam **inconstitucionais**, quando interpretados em termos de considerar que não é necessário ao preenchimento do tipo a demonstração de que os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas ali referidas, têm por objecto ou por efeito falsear, restringir ou impedir a concorrência, porque se traduzem em alguma ou algumas das situações previstas nas alíneas a) a g) daqueles artigos, ou, numa situação que, não estando prevista nesse catálogo, tem uma estrutura valorativa semelhante a alguma daquelas alíneas, por violação dos princípios da legalidade (art. 29º, nº 4, da CRP) e da culpa (que se extrai dos artigos 1º, 2º, 18º, 27º e 32º da CRP), em especial, da presunção da inocência (v. art. 32º da CRP);
- Na fase **administrativa** do procedimento sancionatório em causa são aplicáveis as regras e princípios consagrados na Constituição da República Portuguesa (CRP), bem como no Código do Procedimento Administrativo (CPA), nomeadamente as relativas à organização e actividade administrativas, contidas nas Partes II e IV do CPA (v. arts. 202º, 204º e 266º da CRP e art. 19º da Lei 18/2003; cfr. arts. 2º, 6º A e 133º e segs. do CPA; Acs. TC de 29.02.2003, DR, II Série, de 16.04.2003; de 04.02.2003, DR, II Série, de 23.05.2003; Ac. Rel. Lisboa de 10.12.2003, Proc. 7476/2003-4, www.dgsi.pt);

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

64

- O processo em causa foi iniciado na sequência do acordo em análise, de 27 de Março de 2000, no quadro de uma concentração objecto de notificação prévia e voluntária e aprovada a 28 de Agosto de 2000, e que era integralmente conhecido das autoridades da concorrência (DGCC, hoje AdC) desde Julho de 2000;
- As autoridades da concorrência contaram sempre com a total disponibilidade das ora Recorrentes para, apesar da convicção de plena licitude do acordo em causa, colaborarem no sentido de ser encontrada uma solução, que permitisse a prevalência da necessária segurança jurídica;
- Na 1ª nota de ilicitude, as únicas cláusulas relativamente às quais a DGCC – então autoridade da concorrência –, manifestou reservas respeitavam ao direito de preferência, sendo o objecto do procedimento administrativo constituído apenas por esta questão;
- As ora Recorrentes legitimamente consideraram assim que apenas aquela cláusula do acordo estaria em causa e que o restante clausulado teria sido aprovado pela DGCC ou, pelo menos, no entendimento desta, seria consentâneo com o disposto na Lei da Concorrência, tanto mais que não foi adoptada qualquer medida cautelar/provisória, como se impunha se estivessem em causa as infracções que acabaram por ser imputadas as ora Recorrentes mais tarde;
- Decorridos cinco anos desde o inicio do processo e quatro anos após a 1ª nota de ilicitude a autoridade da concorrência muda radicalmente de opinião, deduzindo em Setembro de 2005 nova nota de ilicitude, imputando agora às ora Recorrentes uma contra-ordenação pela chamada cláusula de exclusividade – que nunca tinha sido posta em causa –, para além da contra-ordenação pela cláusula de preferência, referida na 1ª nota de ilicitude;
- Conforme referido na dota sentença recorrida é “*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”, quanto à cláusula de preferência “nenhum outro ilícito restaria imputado às arguidas” (v. fls. 4163 dos autos);
- Aliás, mesmo que não ocorresse a prescrição – o que se impugna –, se o processo tivesse durado menos de quatro anos não seria aplicável qualquer sanção (v. sentença a fls. 4151), conforme resulta da própria decisão final da AdC quanto à cláusula da preferência;
- Foram assim claramente violados os princípios da boa fé, confiança e segurança jurídica, integrando mesmo a conduta da AdC fraude à lei, o que determina a nulidade ou, pelo menos, a anulabilidade do processo – nomeadamente da 2ª nota de culpa e da respectiva decisão final –, não podendo a conduta da AdC deixar de ser sancionada pelos nossos Tribunais (v. art. 202º da CRP; cfr. arts. 133º e segs. do CPA);
- Os arts 32º e 41º/1 do RGCO, interpretados no sentido de relativamente à violação dos princípios da boa fé, da confiança e da segurança jurídica, no âmbito da fase administrativa do procedimento sancionatório, apenas ser aplicável o regime das nulidades e irregularidades previsto nos arts. 118º e segs. do CPP, sempre seriam inconstitucionais por violação dos arts. 2º, 202º e 266º da CRP, devendo ser afastada a sua aplicação *in casu* (v. art. 204º da CRP);
- As conclusões do parecer extemporâneo da ERC foram consideradas e transcritas na própria decisão administrativa, sendo certo que, mesmo considerando-se – como na sentença recorrida – que se trataria do “relatório”, o mesmo faz parte da decisão (cfr. art. 374º do CPP), pelo que esta é nula ou, pelo menos, anulável (v. arts. 133º e segs. do CPA);

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

- A indicação às autoridades reguladoras sectoriais do valor da coima e demais sanções, é manifestamente relevante para a emissão do respectivo parecer, pois, se assim não fosse, no n.º 2 do art. 28º da Lei da Concorrência não se remeteria para a decisão referida na alínea c) do n.º 1 – relativa à aplicação da coima e demais sanções -, mas apenas para as alíneas b) e d) da mesma norma;
 - As autoridades reguladoras sectoriais emitiram os seus pareceres privados 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;
 - Independentemente do âmbito definido por lei para os pareceres das autoridades reguladoras, é manifesto que a transmissão de informações a estas autoridades, que posteriormente vieram a ser substancialmente alteradas, é particularmente relevante e não pode deixar de ter consequências invalidantes no procedimento;
 - O processo – nomeadamente a decisão final da AdC -, enferma assim de nulidade ou pelo menos anulabilidade, por falta de parecer das entidades reguladoras, tendo sido violado o art. 28º/2 da Lei 18/2003 (v. art. 120º/2/d) do CPP; cfr. arts. 3º e 133º e segs. do CPA);
 - O disposto na alínea b) do n.º 3 do Art. 43.º da Lei 18/2003 é **inconstitucional**, pois viola o disposto nos arts. 1.º, 18º/2, 20.º/4 e 32.º/ 2, 4 e 8 da CRP, constituindo uma restrição inadmissível do direito ao silêncio consagrado naqueles normativos (v. art. 18º/2 da CRP), o que acarreta a nulidade da prova obtida ao abrigo daquele preceito, nomeadamente na sequência do ofício 109/2005/DPR/ADC, da AdC, de 11.01.2005;
 - O princípio da impugnação unitária em procedimento administrativo, determina que na impugnação judicial da decisão administrativa condenatória podem e devem ser invocados todos os vícios verificados no decurso do procedimento contra-ordenacional, pelo que os vícios de violação do dever de sigilo pela AdC e da omissão de notificação de mandatários constitutídos no processo, foram tempestivamente arguidos;
 - O art. 123º/1 do CPP, interpretado no sentido de o prazo aí previsto para a arguição de irregularidades se iniciar independentemente da notificação do termo do processo ou da intervenção em algum acto nele praticado, é **inconstitucional**, por violação do referido art. 20º/1 da CRP, devendo a sua aplicação ser recusada *in casu* (v. art. 204º da CRP);
 - No caso *sub judice* as ora Recorrentes não foram notificadas de qualquer acto revelador da confiança do processo à SIC e da inerente violação do dever de sigilo, nem de que os seus mandatários não foram notificados do ofício 109/2005/DPR/ADC, de 11.01.2005, da AdC, pelo que é manifesta a **tempestividade da arguição de irregularidade**;
 - O art. 51.º da Lei 18/003 – *maxime* o respectivo nº 6 -, é **inconstitucional** por violação dos arts. 20.º/ 4 e 32.º da CRP, devendo a sua aplicação ser recusada *in casu* (v. art. 204º da CRP), não devendo ser reconhecida à AdC legitimidade para impugnar autonomamente decisões judiciais proferidas no processo;
 - O despacho de fls. 4111 e segs. e parcialmente a sentença de fls. 4119 e segs. enfermam assim de erros de julgamento, tendo violado, além do mais, os arts. 1º, 2º, 13º, 18º, 20º, 32º, 202º, 204º e 266º da CRP, 4º, 19º e 28º da Lei 18/2003, 2º do DL 371/93, 120º/2/d), 374º do CPP, 17º, 27º do RGCO e 2º, 4º, 6º e 133º e segs. do CPA.
- Termos em que**, com o duto suprimento de V. Exas., deve o presente recurso ser considerado procedente,

* * *

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

66



a) revogando-se o despacho de 4111 e segs. e a sentença de fls. 4119 e segs., na parte em que as ora Recorrentes ficaram vencidas, decidindo-se a integral prescrição de todo o procedimento contra-ordenacional,

ou caso assim se não entenda,

b) declarando-se a nulidade ou, pelo menos, anulando-se o procedimento sancionatório, nos termos referidos, com as legais consequências. Como é de Lei e de Justiça!

(...)

5. – A Digna Magistrada do M.^oP.^o “respondeu” aos recursos, dizendo, em síntese, que deve ser mantida a Decisão recorrida, integralmente.

6. – A AdC também “respondeu”, solicitando ao TRL, que julgue improcedente o recurso interposto pelas recorrentes – PT-MULTIMÉDIA e CATVP-TV CABO PORTUGAL, mantendo-se, em consequência, a decisão judicial constante de fls. 4111 a 4119 (que fixou os limites formais de intervenção da AdC em audiência de julgamento em impugnação judicial de decisões de contra-ordenação em matéria de concorrência) e, bem assim, mantendo-se todas as decisões constantes do duto Despacho Judicial recorrido, que constituíram o objecto do Recurso interposto pelas mesmas Recorrentes.

7. – As recorrentes PT-MULTIMÉDIA e CATVP-TV CABO PORTUGAL também “responderam” ao recurso da AdC, dizendo, em suma, que deve o recurso da AdC ser considerado improcedente, mantendo-se nessa parte a decisão recorrida.

8. – A SIC “respondeu” ao recurso, dizendo, que deve o recurso da AdC ser julgado totalmente improcedente e, em consequência, manter-se a decisão *a quo*, que declarou o procedimento contra-ordenacional parcialmente extinto por prescrição.

9. – Neste Tribunal, o Digno P.G.A. apôs o seu “visto”.

10. – Colhidos os vistos legais, realizou-se a conferência.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

67

11.- O objecto dos recursos, tal como se mostra delimitado pelas respectivas "conclusões", é o seguinte:

a) – da AdC:

pede, que seja revogada a Decisão judicial recorrida e proferida outra, em sua substituição:

- que, declarando o carácter permanente da infracção, considere, por conseguinte, que o prazo prescricional ainda não se iniciou, pelo que o processo contra-ordenacional desencadeado pela AdC é válido, incluindo a decisão proferida no termo do mesmo, a qual deve ser mantida e considerada na sua totalidade;
- e em consequência, sendo o recurso julgado procedente, baixem os autos ao Tribunal de Comércio de Lisboa, para que seja apreciado o mérito da causa, seguindo a subsequente legal tramitação, uma vez que não se verifica nenhum impedimento legal para esse efeito.

b) – da PT e da CATVP:

estas recorrentes pedem, que:

- sejam revogados o despacho de 4111 e segs. e a decisão de fls. 4119 e segs., na parte em que as ora Recorrentes ficaram vencidas, decidindo-se a integral prescrição de todo o procedimento contra-ordenacional,
ou caso assim se não entenda,
- seja declarada a nulidade ou, pelo menos, anulando-se o procedimento sancionatório, nos termos referidos, com as legais consequências.

II – CUMPRE APRECIAR:

a) do recurso da AdC:

Vem a Autoridade da Concorrência recorrer da Decisão, na parte em que, (nos termos dos arts. 3º do Decreto Lei nº 433/82, 2º nº 4 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), declarou parcialmente extinto, por prescrição, o procedimento contra-ordenacional, que nos autos se pretendia fazer valer contra as



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

arguidas SIC- Sociedade Independente de Comunicação SA, PT MULTIMÉDIA, Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.G.P.S.,SA e CATVP- TV Cabo Portugal, SA, relativamente à cláusula de preferência inserta no acordo de Parceria, celebrado pelas arguidas em 27/03/00.

Alega a recorrente, que:

- A cláusula de preferência, atribuída à SIC pela CATVP no fornecimento de canais para o pacote básico da televisão por subscrição, tem por objecto e por potencial efeito a restrição da concorrência no mercado nacional de exploração dos canais de acesso não condicionado, em português e produzidos em Portugal, e nos termos da mesma decisão, as arguidas violaram a proibição constante do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 (Lei da Concorrência) que dispõe:

"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, (...)".

A interpretação desta norma legal é, pois, de suma importância para o caso em apreço.

- A infracção imputada pela AdC às arguidas, em relação ao direito de preferência inserto no Acordo de Parceria é uma e tem natureza permanente;

- O prazo prescricional ainda não se iniciou e só se iniciará com a cessação da prática proibida, o que ainda não ocorreu, sendo esta a interpretação correcta da conjugação do n.º 1 do art.º 4.º da Lei da Concorrência (que estabelece o tipo contra-ordenacional em apreço) com o n.º 1 do art.º 3.º e art.º 5.º do RGCO e n.º 1 e alínea a) do n.º 2 do art.º 119.º do Código Penal, aplicável ex vi art.º 32.º do RGCO;

- Estas normas bem como a alínea a) do Artº 27º do RGCO foram violadas pela interpretação dada pela Decisão Judicial Recorrida ao considerar que a infracção imputada às arguidas tem carácter instantâneo, e ao considerar prescrito o procedimento contra-ordenacional;

- A Decisão Judicial Recorrida viola o dever resultante do n.º 1 do art.º 62.º do RGCO de apreciar a acusação na sua totalidade, pois omite e desvaloriza alguns factos essenciais imputados pela AdC às arguidas na respectiva decisão condenatória

A interpretação efectuada pela douta Decisão Judicial Recorrida viola o n.º 1 do art. 4.º da Lei da Concorrência pelas seguintes razões:

ao não atender à unidade da infracção imputada às arguidas (a "unidade" significa que não existem duas infracções, uma por objecto e outra por potencial efeito, mas sim uma única infracção, com um objecto e um potencial efeito restritivos da concorrência);

- ao desvalorizar o efeito potencial restritivo da concorrência, não admitindo que a "restrição por potencial efeito" seja uma "restrição por efeito", deste modo, interpretando erradamente o conceito de "efeito restritivo da concorrência";

- ao proceder a uma interpretação errada do objecto restritivo da concorrência, inter alia, reconduzindo-o à celebração do Acordo de Parceria e consumando-se nesse momento (daí

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

J...
J...
J...

resultando a qualificação da infracção como infracção instantânea), bem como ao entender que só as restrições por efeito (definidas em termos com os quais não concordamos) podem ser permanentes;

- ao assimilar a "execução" do Acordo de Parceria a "efeitos restritivos do Acordo de Parceria";

- ao proceder a uma menos correcta aplicação dos critérios enunciados pela Decisão Judicial Recorrida, inspirados no direito criminal, ao ilícito jus-concorrencial.

- A doura Decisão Judicial Recorrida não interpreta nem aplica correctamente os conceitos de objecto restritivo da concorrência e efeito restritivo da concorrência, contrariando, assim o entendimento adoptado pela jurisprudência nacional e pela doutrina e jurisprudência comunitárias de direito da concorrência e prática decisória da Comissão Europeia sobre a caracterização de infracções jus-concorrenciais

- A interpretação sustentada pela Decisão Judicial Recorrida contém contradição insanável na fundamentação, nos termos do n.º 2 do art.º 374.º do CPP ao admitir simultaneamente essa interpretação e a classificação da restrição por efeito como uma infracção de resultado, que se consome com a produção do resultado e seria autonomizável da restrição por objecto.

Ora, a infracção imputada pela AdC às arguidas, em relação ao direito de preferência, inserto no Acordo de Parceria não é como defende a recorrente uma infracção una, nem tem natureza permanente.

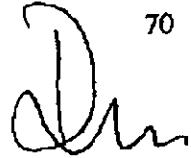
A AdC imputa às arguidas a violação do nº1 do art. 4º e 43º, nº1, al.ª a) da Lei nº 18/03 de 11/06, consubstanciada no facto de estas, em 27/03/00 terem celebrado entre si um acordo de parceria, nos termos do qual a TV Cabo conferiu à SIC um direito de preferência no fornecimento de canais em português e produzidos em Portugal para o seu pacote básico e a SIC conferiu à PT-M um direito exclusivo de comercialização dos canais por ela produzidos no âmbito do acordo de parceria.

Esse acordo foi celebrado pelo prazo de 10 anos, com possibilidade de alteração desse prazo.

Admitindo como certo, que a redacção do artº 2º do D.-Lei nº 371/93 de 27/10, em vigor à data da celebração do Acordo de

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

70



Parceria - 23/03/00 — é basicamente, igual à do artº 4º da Lei nº 18/03, passa-se à análise deste preceito e à da estrutura do facto ilícito, em discussão neste recurso.

Ora, estabelece o art. 4º da LdC que:

«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:

- 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.
 - Fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;
 - Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
 - Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
 - Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;
 - Recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços;
 - 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 refere a Mmº Juiz na decisão em recurso,...Na interpretação da passagem " que tenham como objecto ou por efeito " encontram-se dois tipos contra-ordenacionais distintos:

- acordos, as decisões e as práticas entre empresas que tenham por objecto impedir, falsear ou restringir a concorrência;
- acordos, as decisões e as práticas entre empresas que tenham por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.



No primeiro caso, para que a infracção se consume, basta que o acordo tenha por objecto impedir, falsear ou restringir a concorrência.

Não se exige que tenha efeitos restritivos, apenas que vise restringir.

A mera celebração é punível, mesmo que as partes nunca o ponham em prática, não chegando a concorrência a ser restringida, logo trata-se de uma **infracção de mera actividade**.

No segundo caso, na medida em que se exige a produção de um efeito - restrição da concorrência, distinto da acção — acordo — está-se perante uma **infracção de resultado**.

Passando à análise dos factos imputados às arguidas e ao seu enquadramento, nas duas classes de infracção acima referidas verifica-se, que:

1 - Relativamente à **cláusula de preferência**, a decisão imputou às arguidas:

- a própria celebração do acordo e refere negociações falhadas para o fornecimento de canais propostas por terceiros não aceites por parte da TV Cabo entre 2001 e 2004.

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

* * *

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

72



Quanto à cláusula de preferência e no que à apreciação jurídica respeita, refere a AdC, que o propósito objectivo de restringir a concorrência decorre do facto de tal cláusula ter por sentido objectivo "proteger a SIC da pressão concorrencial dos seus actuais e potenciais concorrentes, impedindo, respectivamente, o seu crescimento e entrada no mercado"

Além disso refere a AdC na decisão, que pelo direito de preferência a SIC tem contratualmente garantida a possibilidade de impedir a entrada de novos concorrentes, que este direito diminui os incentivos ao lançamento de canais concorrentes, dificulta a inovação dos temas a ser explorados e permite que a SIC tome conhecimento das propostas dos seus actuais e potenciais concorrentes.

Não se imputam, no entanto, quaisquer factos concretos, condutas, que permitam concluir pela verificação das situações descritas, nem que a SIC tenha tomado conhecimento das propostas, que foram entretanto feitas.

Nenhum facto é imputado, que permita concluir que a cláusula foi cumprida, sequer parcialmente.

Na decisão faz-se referência às negociações falhadas, sem que seja imputado qualquer facto concreto, que permita relacionar essas negociações com a cláusula de preferência.

Por isso, conclui a AdC 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, pois, mesmo que o direito de preferência não tenha sido exercido é expectável, que pelo menos a SIC tome conhecimento de que existem operadores interessados em lançar novos canais.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Portanto, decorre da análise feita que, relativamente à cláusula de preferência, apenas se imputa na decisão uma infracção por objecto, a própria celebração do acordo de parceria.

Ou seja, o tipo de ilícito esgota-se na acção do autor, sem que tenha de produzir-se um resultado, no sentido de efeito exterior, distinto do espaço e do tempo.

Assim, quanto à conduta das partes consubstanciada na cláusula de preferência do acordo de parceria, está-se perante uma pura infracção de mera actividade, que se consumou na data de celebração do acordo, data a partir da qual se conta o prazo de prescrição do procedimento criminal.

Contrariamente ao defendido pela Adc, o procedimento contra-ordenacional relativamente à cláusula de preferência, inserta no Acordo de Parceria, celebrado pelas arguidas, em 27/03/00, encontra-se, pelas razões e fundamentos, pormenorizadamente explanados na Decisão, com o que se concorda na íntegra e face ao disposto nos artºs 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, extinto por prescrição.

Isto porque, considerando, que a conduta imputada às arguidas consubstanciada na cláusula de preferência do acordo de parceria, é uma pura infracção de mera actividade **esta consumou-se na data de celebração do acordo — 27/03/2000**, data a partir da qual se conta o prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional.

Portanto, tendo o Acordo de Parceria sido celebrado em 27/03/2000, data em que se consumou a infracção, ou seja cessou a prática proibida, e é nessa data, que se inicia o decurso do prazo de prescrição — 3 anos, cfr Artº 121º, nº3 do C.Penal atenta a Jurisprudência fixada pelo Acórdão do STJ nº 6/01 de 08/03 - e

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

74

descontando os 60 dias de suspensão - Artº 8º nº1 do Decreto-Lei nº 10/2003 — o procedimento contra-ordenacional encontra-se prescrito desde 27/05/2003.

As normas do n.º 1 do art.º 4.º da Lei da Concorrência, do n.º 1 do art.º 3.º e art.º 5.º do RGCO e n.º 1 e al.º a) do n.º 2 do art.º 119.º do Código Penal, aplicável “ex vi” do art.º 32.º do RGCO bem como a al.º a) do artº 27º deste último diploma não foram, como refere a AdC, violadas pela interpretação dada pela Decisão Judicial recorrida ao considerar, que a infracção imputada às arguidas tem carácter instantâneo e ao considerar prescrito o procedimento contra-ordenacional.

Pelo contrário tais normativos foram, na Decisão judicial recorrida, objecto de criteriosa análise e aplicação, não podendo a interpretação deles, feita à luz de rigorosos critérios jurídicos, ainda que diversa da interpretação dos mesmos feita pela AdC, ser considerada como violação desses preceitos.

O dever resultante do n.º 1 do art.º 62.º do RGCO de apreciar a acusação na sua totalidade, não foi violado pela decisão recorrida uma vez que, nela não foram, como refere a AdC, pela Mmº Juiz, omitidos nem desvalorizados quaisquer factos essenciais imputados pela AdC às arguidas, na respectiva decisão condenatória.

Analizada a decisão recorrida, verifica-se, que na sua elaboração foram atendidos e valorizados todos os factos essenciais imputados na acusação, que permitiram à Mmº Juiz concluir pela verificação da prescrição

Contrariamente, ao defendido pela AdC, a interpretação efectuada pela Decisão judicial recorrida não viola o n.º 1 do art. 4.º da Lei da Concorrência, nem contém contradição insanável na fundamentação, nos termos do n.º 2 do art.º 374.º do CPP.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



EM SUMA:

- A infracção imputada pela AdC às arguidas, em relação ao direito de preferência inserto no Acordo de Parceria é uma pura infracção de mera actividade.
- Consumou-se na data de celebração do acordo, data a partir da qual se conta o prazo de prescrição do procedimento criminal.
- O prazo de prescrição é de 3 anos, face ao artº 121º nº 3 do C.Penal, atenta a jurisprudência fixada pelo Acórdão do STJ nº 6/01, de 08/03 - e descontando os 60 dias de suspensão - Artº 8º nº1 do Decreto-Lei 10/03.
- O procedimento contra-ordenacional, relativamente à cláusula de preferência, inserta no Acordo de Parceria, celebrado pelas arguidas em 27/03/00 encontra-se face ao disposto nos artºs 3º do D. L. nº 433/82, 2º nº 4 do Código Penal e 27º alº. a) do D- L. nº 433/82 de 27/10, na versão em vigor à data da prática dos factos, extinto por prescrição
- As normas do n.º 1 do art.º 4.º da Lei da Concorrência, do n.º 1 do art.º 3.º e art.º 5.º do RGCO e n.º 1 e al.º a) do n.º 2 do art.º 119.º do Código Penal, aplicável ex vi art.º 32.º do RGCO, bem como a al.º a) do artº 27º deste último diploma, não foram violadas pela interpretação dada pela Decisão judicial recorrida.
- Também não foi violado pela decisão recorrida, o dever resultante do n.º 1 do art.º 62.º do RGCO de apreciar a acusação na sua totalidade,
- Não contem a decisão recorrida contradição insanável na fundamentação, nos termos do n.º 2 do art.º 374.º do CPP.

Assim, será mantida a decisão recorrida, nesta parte.

* * *

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

76



b) do recurso da PT e da TV CABO PORTUGAL:

Vêm PT- MULTIMÉDIA-Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS,SA e CATVP- TV Cabo Portugal, SA recorrer da decisão dos autos, na parte em que julgou improcedentes questões suscitadas pelas recorrentes na impugnação da decisão da AdC, designadamente:

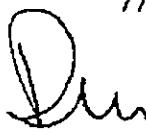
- Prescrição do procedimento contra-ordenacional relativamente à cláusula de exclusividade constante do acordo de parceria, celebrado em 27/03/2000;
- Violação do princípio da segurança jurídica por excessiva duração do procedimento;
- Violação do dever de sigilo;
- Nulidade da 2ª nota de ilicitude por violação do princípio da segurança jurídica;
- Falta de parecer das autoridades reguladoras sectoriais e consideração de parecer extemporâneo da ERC- Entidade Reguladora para a Comunicação Social
- Nulidade da prova obtida por omissão de notificação de mandatários constituídos
- Nulidade de prova obtida mediante solicitação de informações ao abrigo do preceito inconstitucional por violação do direito ao silêncio.

Alegam as recorrentes, em síntese, que:

- Na dota sentença recorrida decidiu-se que o procedimento contra-ordenacional relativo à cláusula 6a do Acordo de Parceria, com a epígrafe "exclusividade e relacionamento com terceiros", não se encontra prescrito, pois, a existir alguma infracção, seria "uma única (...) permanente", tendo se julgado apenas prescrito o procedimento relativo à chamada cláusula de preferência (cláusula 2º);
- Mesmo considerando-se que a chamada cláusula de exclusividade integraria alguma infracção - o que se impugna totalmente -, nunca seria permanente ou duradoura;
- Não é suficiente para qualificar uma infracção como permanente ou duradoura que o resultado da acção ou o dano se prolonguem no tempo, ou ainda que a situação antijurídica que cria se mantenha duradouramente, sob pena de ser atribuída essa qualificação a crimes de furto ou bigamia, o que é unanimemente afastado pela nossa doutrina e jurisprudência;
- Nas infracções permanentes é a própria execução da acção do agente que tem de se prolongar ininterruptamente no tempo - a cada instante - como condição da subsistência da manutenção da situação antijurídica, ou seja é a execução da acção típica, e não o resultado típico (o efeito), que se prolonga - rectius, que tem de se prolongar - ininterruptamente no tempo;
- É por isso que, para expressar graficamente a infracção permanente, Eduardo Correia utilizava a imagem de um traço contínuo e não de uma sucessão de pontos;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

77



- A cláusula em causa respeita a situações pontuais de comercialização para terceiros dos canais resultantes do Acordo que pontualmente viessem a ser produzidos, nos casos – novamente pontuais –, em que se optasse por tal comercialização;
- No caso “sub judice” a execução da acção não se prolonga no tempo, sendo que, quanto aos efeitos da acção, não existe uma linha contínua, sem interrupções, pois a cláusula em causa apenas seria eventualmente acionada pontualmente;
- É assim manifesto que a chamada cláusula de exclusividade também não integra qualquer infracção permanente, devendo o procedimento contra-ordenacional ser nesta parte também julgado prescrito, tal como decidido na dota sentença recorrida relativamente à chamada cláusula da preferência (v. arts. 17º/2, e 27 do RGCOC e 37º/2 do DL 371/93, na redacção em vigor à data do acordo em causa – 27.03.2000), parte com a qual concordamos;
- Mesmo a admitir-se, - o que apenas se faz à cautela e por dever de patrocínio, - que estamos, no que se refere à chamada cláusula de exclusividade e à chamada infracção por efeito, perante uma contra-ordenação permanente, nunca seria aplicável a lei nova (Lei 18/2003), concretamente mais gravosa;
- Com efeito, nas situações em que está em causa uma contra-ordenação permanente — o que não é o caso -, constitui hoje entendimento claramente dominante que o facto apenas pode ser sujeito à aplicação da lei nova, mais gravosa, se a totalidade dos pressupostos de que depende a punição do agente tiver ocorrido já no domínio da vigência da lei nova — o que não se verificou in casu, dado que, além de não existir qualquer infracção, o acordo em causa foi celebrado em 27.03.2000, data em que estava ainda em vigor o DL 371/93;
- A norma (o artigo 3º do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro ou qualquer outra) que permitisse a aplicação da lei nova, mais desfavorável, a um facto (ou a parte de um facto) que foi praticado antes da sua entrada em vigor, seria inequivocamente inconstitucional, por violação dos princípios da legalidade (art. 29º, nº 4, da CRP) e da culpa (que se extrai dos artigos 1º, 2º, 18º, 27º e 32º da Constituição);
- Aliás, as normas sancionatórias em questão (quer se entenda que esta é o artigo 2º do Decreto-Lei nº 371/93, de 29 de Outubro, quer se entenda que é o artigo 4º da lei nº 18/2003, de 11 de Junho), sempre seriam inconstitucionais, quando interpretados em termos de considerar que não é necessário ao preenchimento do tipo a demonstração de que os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas ali referidas, têm por objecto ou por efeito falsear, restringir ou impedir a concorrência, porque se traduzem em alguma ou algumas das situações previstas nas alíneas a) a g) daqueles artigos, ou, numa situação que, não estando prevista nesse catálogo, tem uma estrutura valorativa semelhante a alguma daquelas alíneas, por violação dos princípios da legalidade (art. 29º, nº 4, da CRP) e da culpa (que se extrai dos artigos 1º, 2º, 18º, 27º e 32º da CRP), em especial, da presunção da inocência (v. art. 32º da CRP);
- Na fase administrativa do procedimento sancionatório em causa são aplicáveis as regras e princípios consagrados na Constituição da República Portuguesa (CRP), bem como no Código do Procedimento Administrativo (CPA), nomeadamente as relativas à organização e actividade administrativas, contidas nas Partes II e IV do CPA (v. arts. 202º, 204º e 266º da CRP e art. 19º da Lei 18/2003; cfr. arts. 2º, 6º A e 133º e segs. do CPA; Acs. TC de

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

78

29.02.2003, DR, II Série, de 16.04.2003; de 04.02.2003, DR, II Série, de 23.05.2003; Ac. Rel. Lisboa de 10.12.2003, Proc. 7476/2003-4, www.dgsi.pt);

- O processo em causa foi iniciado na sequência do acordo em análise, de 27 de Março de 2000, no quadro de uma concentração objecto de notificação prévia e voluntária e aprovada a 28 de Agosto de 2000, e que era integralmente conhecido das autoridades da concorrência (DGCC, hoje AdC) desde Julho de 2000;

- As autoridades da concorrência contaram sempre com a total disponibilidade das ora Recorrentes para, apesar da convicção de plena licitude do acordo em causa, colaborarem no sentido de ser encontrada uma solução, que permitisse a prevalência da necessária segurança jurídica;

- Na la nota de ilicitude, as únicas cláusulas relativamente às quais a DGCC – então autoridade da concorrência –, manifestou reservas respeitavam ao direito de preferência, sendo o objecto do procedimento administrativo constituído apenas por esta questão;

- As ora Recorrentes legitimamente consideraram assim que apenas aquela cláusula do acordo estaria em causa e que o restante clausulado teria sido aprovado pela DGCC ou, pelo menos, no entendimento desta, seria consentâneo com o disposto na Lei da Concorrência, tanto mais que não foi adoptada qualquer medida cautelar/provisória, como se impunha se estivessem em causa as infracções que acabaram por ser imputadas as ora Recorrentes mais tarde;

- Decorridos cinco anos desde o início do processo e quatro anos após a la nota de ilicitude a autoridade da concorrência muda radicalmente de opinião, deduzindo em Setembro de 2005 nova nota de ilicitude, imputando agora às ora Recorrentes uma contra-ordenação pela chamada cláusula de exclusividade — que nunca tinha sido posta em causa –, para além da contra-ordenação pela cláusula de preferência, referida na 1 a nota de ilicitude;

- Conforme referido na dota sentença recorrida é "chocante" que na segunda nota de ilicitude surge um novo ilícito, totalmente não aludido até ai (e dizemos chocante porque, dada a solução dada à prescrição", quanto à cláusula de preferência "nenhum outro ilícito restaria imputado às arguidas" (v. fls. 4163 dos autos);

- Aliás, mesmo que não ocorresse a prescrição — o que se impugna –, se o processo tivesse durado menos de quatro anos não seria aplicável qualquer sanção (v. sentença a fls. 4151), conforme resulta da própria decisão final da AdC quanto à cláusula da preferência;

- Foram assim claramente violados os princípios da boa fé, confiança e segurança jurídica, integrando mesmo a conduta da AdC fraude à lei, o que determina a nulidade ou, pelo menos, a anulabilidade do processo – nomeadamente da 2a nota de culpa e da respectiva decisão final –, não podendo a conduta da AdC deixar de ser sancionada pelos nossos Tribunais (v. art. 202º da CRP; cfr. arts. 133º e segs. do CPA);

- Os arts 32º e 41º/1 do RGCO, interpretados no sentido de relativamente à violação dos princípios da boa fé, da confiança e da segurança jurídica, no âmbito da fase administrativa do procedimento sancionatório, apenas ser aplicável o regime das nulidades e irregularidades previsto nos arts. 118º e segs. do CPP, sempre seriam inconstitucionais por violação dos arts. 2º, 202º e 266º da CRP, devendo ser afastada a sua aplicação in casu (v. art. 204º da CRP);

- As conclusões do parecer extemporâneo da ERC foram consideradas e transcritas na própria decisão administrativa, sendo certo que, mesmo considerando-se — como na sentença recorrida — que se trataria do "relatório", o mesmo faz parte da decisão (cfr. art.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

79

374º do CPP), pelo que esta é nula ou, pelo menos, anulável (v. arts. 133º e segs. do CPA);

- A indicação às autoridades reguladoras sectoriais do valor da coima e demais sanções, é manifestamente relevante para a emissão do respectivo parecer, pois, se assim não fosse, no n.º 2 do art. 28º da Lei da Concorrência não se remeteria para a decisão referida na alínea c) do n.º 1 – relativa à aplicação da coima e demais sanções -, mas apenas para as alíneas b) e d) da mesma norma;

- As autoridades reguladoras sectoriais emitiram os seus pareceres 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;

- Independentemente do âmbito definido por lei para os pareceres das autoridades reguladoras, é manifesto que a transmissão de informações a estas autoridades, que posteriormente vieram a ser substancialmente alteradas, é particularmente relevante e não pode deixar de ter consequências invalidantes no procedimento;

- O processo – nomeadamente a decisão final da AdC -, enferma assim de nulidade ou pelo menos anulabilidade, por falta de parecer das entidades reguladoras, tendo sido violado o art. 28º/2 da Lei 18/2003 (v. art. 120º/2/d) do CPP; cfr. arts. 3º e 133º e segs. do CPA);

- O disposto na alínea b) do n.º 3 do Art. 43.º da Lei 18/2003 é inconstitucional, pois viola o disposto nos arts. 1.º, 18º/2, 20.º/4 e 32.º/2, 4 e 8 da CRP, constituindo uma restrição inadmissível do direito ao silêncio consagrado naqueles normativos (v. art. 18º/2 da CRP), o que acarreta a nulidade da prova obtida ao abrigo daquele preceito, nomeadamente na sequência do ofício 109/2005/DPR/ADC, da AdC, de 11.01.2005;

- O princípio da impugnação unitária em procedimento administrativo, determina que na impugnação judicial da decisão administrativa condenatória podem e devem ser invocados todos os vícios verificados no decurso do procedimento contra-ordenacional, pelo que os vícios de violação do dever de sigilo pela AdC e da omissão de notificação de mandatários constituídos no processo, foram tempestivamente arguidos;

- O art. 123º/1 do CPP, interpretado no sentido de o prazo aí previsto para arguição de irregularidades se iniciar independentemente da notificação do termo do processo ou da intervenção em algum acto nele praticado, é inconstitucional, por violação do referido art. 200º/1 da CRP, devendo a sua aplicação ser recusada in casu (v. art. 204º da CRP);

- No caso sub judice as ora Recorrentes não foram notificadas de qualquer acto revelador da confiança do processo à SIC e da inerente violação do dever de sigilo, nem de que os seus mandatários não foram notificados do ofício 109/2005/DPR/ADC, de 11.01.2005, da AdC, pelo que é manifesta a tempestividade da arguição de irregularidade;

- O art. 51.º da Lei 18/2003 – maxime o respectivo nº 6 -, é inconstitucional por violação dos arts. 20.º/4 e 32.º da CRP, devendo a sua aplicação ser recusada in casu (v. art. 204º da CRP), não devendo ser reconhecida à AdC legitimidade para impugnar autonomamente decisões judiciais proferidas no processo;

- O despacho de fls. 4111 e segs. e parcialmente a sentença de fls. 4119 e segs. enfermam assim de erros de julgamento, tendo violado, além do mais, os arts. 1º, 2º, 13º, 18º, 20º, 32º, 202º, 204º e 266º da CRP, 4º, 19º e 28º da Lei 18/2003, 2º do DL 371/93, 120º/2/d), 374º do CPP, 17º, 27º do RGCOc e 2º, 4º, 6º e 133º e segs. do CPA.

* * *

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

80
Dm

1. - PRESCRIÇÃO DO PROCEDIMENTO CONTRA-ORDENACIONAL.

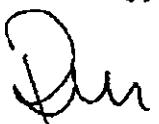
Quanto à cláusula de exclusividade, inserida no Acordo de Parceria, celebrado pelas arguidas, em 27/03/00, a AdC imputa às arguidas a prática de uma contra-ordenação, p. e p. no nº 1 do art. 4º e art.º 43º nº 1 alº.a) da Lei nº 18/03 de 11/06, consubstanciada no facto de estas, em 27/03/00, terem celebrado entre si, um acordo de parceria, nos termos do qual a SIC se comprometeu a fornecer, em exclusivo, canais em português e produzidos em Portugal para o pacote básico da CATVP, atribuindo ainda ao grupo PT Multimédia, exclusividade na comercialização dos seus canais com terceiros.

Ou seja, relativamente à cláusula de exclusividade de comercialização, constante do acordo de parceria celebrado em 27/03/2000, a decisão da AdC 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.
- a produção de efeitos restritivos no mercado dos serviços de televisão por subscrição, designadamente a impossibilidade de qualquer dos concorrentes do Grupo PT Multimédia ter conseguido contratar com este, o acesso ao Canal Sic Mulher e as dificuldades sentidas pelas empresas concorrentes, sempre que solicitam à SIC a distribuição dos respectivos canais.

Admitindo, como convencionado, que a redacção do artº 2º do D.- L. nº 371/93 de 27/10, em vigor à data da celebração do Acordo

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



de Parceria - 23/03/00 — é basicamente igual à do Artº 4º da Lei nº 18/03, analisa-se este preceito e a estrutura do facto ilícito, em discussão neste recurso.

Ora, estabelece o art. 4º da LdC que:

«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:

- 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;
 - Fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;
 - Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
 - Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
 - Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;
 - Recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços;
 - 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 é referido na Decisão em recurso, na interpretação da passagem "que tenham como objecto ou por efeito" encontram-se dois tipos contra-ordenacionais distintos:

- acordos, as decisões e as práticas entre empresas, que tenham por objecto impedir, falsear ou restringir a concorrência;
- acordos, as decisões e as práticas entre empresas que tenham por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.

No primeiro caso, para que a infracção se consume, basta que o acordo tenha por objecto impedir, falsear ou restringir a

* * *

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

82



concorrência. Não se exige, que tenha efeitos restritivos, apenas que vise restringir.

A mera celebração é punível, mesmo que as partes nunca o ponham em prática, não chegando a concorrência a ser restringida, logo trata-se de uma **infracção de mera actividade**.

No segundo caso, na medida em que se exige a produção de um efeito - restrição da concorrência, distinto da acção - acordo - estamos perante uma **infracção de resultado**.

Relativamente à cláusula de exclusividade, a AdC na sua decisão imputa 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.

De acordo com o raciocínio e análise feito pela Mm^a Juiz na Decisão em recurso, quanto à classificação e decomposição da estrutura do ilícito em análise, verifica-se que, como já supra referido, na decisão da AdC, relativamente à cláusula de exclusividade são imputados factos que conduzem ao preenchimento da primeira e segunda acção típicas:

- uma infracção por objecto - a própria celebração do acordo
- e uma infracção, por efeito.

No caso da cláusula de exclusividade, e contrariamente, ao defendido pela recorrente e está-se perante uma infracção única e de carácter permanente, cuja consumação se mantém, enquanto vigorar o acordo ou quando cessarem os efeitos imputados na decisão.

Assim, conclui-se, que o procedimento contra-ordenacional, no que a esta cláusula respeita, não se encontra extinto por prescrição.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Dir.

2. - DA VIOLAÇÃO DOS PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS.

Além de se verificar, a existência nos autos em recurso de alguma inércia, quer por parte da DGCC, quer da AdC, não pode a mesma, conduzir à nulidade ou anulação da decisão condenatória, como pretende a recorrente.

Como refere a AdC na resposta às alegações da arguida SIC, a tempestividade do processo contra-ordenacional é regulada pelas regras da prescrição, não estando juridicamente tuteladas, em sede do processo de contra-ordenação, quaisquer outras expectativas para além daquelas, que caiem sob a alcada deste instituto jurídico.

Para os procedimentos de concorrência, inexistem, mesmo que meramente indicativos, quaisquer prazos procedimentais.

O decurso do tempo, em sede do processo especial instituído pela Lei da Concorrência, apenas tem implicações para efeitos da prescrição.

Dele não decorrem, como defendem as arguidas quaisquer consequências para os seus direitos de defesa.

Improcede, pois, toda a argumentação da arguida, no sentido de serem aplicáveis ao processamento das contra-ordenações, nomeadamente na sua fase administrativa as regras e princípios previstos no Código de Procedimento Administrativo, pois decorre expressamente do disposto no artº 41º nº 1 do RGCOC que “o direito subsidiário é, quer na fase administrativa, quer na fase judicial (impugnação) o processo penal.”

Quer no D.-L. nº 371/93, quer agora na Lei nº 18/03, existe, 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

* * *

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

84



lei, sendo certo que nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular -art. 118º n°s 1 e 2 do CPP.

Em processo penal vigora o princípio da taxatividade das causas de nulidade - citado art. 118º.

Assim, não se verifica, como bem decidiu a Mmº Juiz, qualquer nulidade ou inconstitucionalidade decorrente da duração excessiva do procedimento.

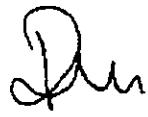
3. - NULIDADE DA 2º NOTA DE ILCITUDE - VIOLAÇÃO DOS PRINCIPIOS DA BOA-FÉ, CONFIANÇA E SEGURANÇA JURIDICAS.

Não obstante a crítica dos procedimentos adoptados pela AdC, nos autos em recurso, minuciosamente descritos e analisados na Decisão em recurso, foram integralmente respeitados os direitos de defesa das arguidas, pelo que os mesmos procedimentos não enfermam de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Juridicamente, a conduta da AdC pautou-se por estritos padrões de legalidade.

Como refere a Mmº Juiz, a múltipla dedução de "notas de ilicitude" em nada influi no prazo de prescrição do procedimento criminal contra-ordenacional, uma vez que, quer no regime anterior a 2001, (por força da jurisprudência obrigatória do Acordão de Fixação de Jurisprudência nº 6/01, de 08/03), 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 ocorridas.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Assim, não se verifica a nulidade da 2^a "nota de ilicitude" por violação do princípio da segurança jurídica e por violação do princípio da concentração da acusação.

4. — PARECERES DAS AUTORIDADES REGULADORAS SECTORIAIS:

Quanto à falta de parecer das autoridades reguladoras sectoriais — discrepâncias entre o projecto de decisão, que lhes foi submetido e a decisão;

e à violação do art. 29º da Lei da Concorrência na consideração, por parte da AdC do parecer enviado pela ERC extemporaneamente;

e não houve por parte da AdC violação do nº 2 do artº 280º da Lei da Concorrência, consubstanciada na solicitação à ERC e ICP-Anacom de parecer sobre o projecto de decisão diverso da decisão, que veio a ser adoptada.

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, solicitando, ao abrigo do disposto no art. 28º nº2 da lei nº 18/03, a emissão de parecer sobre o projecto de decisão no prazo de 20 dias úteis – cfr. fls. 2367 dos autos.

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, solicitando, ao abrigo do disposto no art. 28º nº2 da Lei nº 18/03, a emissão de parecer sobre o projecto de decisão no prazo de 20 dias úteis – cfr. fls. 2368.

A presente Lei da Concorrência, na qual se prevê – artº 29º nº1 a obrigatoriedade de comunicação por parte da AdC, na fase inicial

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



do processo, apenas entrou em vigor em 2003, ou seja, muito após o início dos autos.

Na altura, o D.- L. 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.

A única obrigação decorrente do nº2 do art. 28º para a AdC, é a de **em momento prévio à decisão**, solicitar parecer à respectiva autoridade reguladora sectorial e fixar para o efeito prazo razoável.

Não estão fixados legalmente, quais os elementos a transmitir à Autoridade Reguladora, designadamente, que tenham de ser comunicados os projectos de coimas a serem aplicados pela AdC, quando do pedido de emissão de parecer e resulta, claramente, da Lei, que as Autoridades Reguladoras não emitem parecer sobre o mérito da decisão da AdC.

Daqui resulta, que são irrelevantes as diferenças entre o texto, que foi submetido à consideração das Autoridades Reguladoras e o texto da decisão final, pois como aliás refere a AdC na sua resposta à impugnação:

" Não existe disposição legal que impeça a AdC de introduzir alterações ao projecto de decisão, como decorre claramente do nº2 do artº 28º da Lei da Concorrência".

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

87



Não pode, pois, a AdC impôr à autoridade reguladora uma obrigatoriedade de resposta, nem de cumprimento de prazos.

Assim, a inexistência de parecer devidamente solicitado pela AdC não gera qualquer nulidade ou mesmo irregularidade.

Alegam as recorrentes, que a atendibilidade pela AdC na sua decisão de um parecer extemporâneo, constitui nulidade.

Porém, não resulta da leitura da decisão, como defendem as recorrentes, que a AdC "aceita" o parecer da ERC.

Apenas no relatório, que não faz parte da decisão nem dos seus fundamentos, existe uma referência a que foi dado conhecimento do projecto à ERC e ao ICP-Anacom (23º) e à resposta do ICP-Anacom (25º) e a transcrição das conclusões do parecer da ERC (26º).

Daqui não pode extrair-se a conclusão, como fazem as arguidas, de que a decisão aceitou o parecer das Autoridades Reguladoras e o teve em conta na decisão, sendo de salientar que os pareceres das Autoridades Reguladoras não têm para AdC carácter vinculativo.

A AdC não tem que seguir as sugestões ou aceitar as correcções, mas pelo menos disporá delas.

Daqui, conclui-se pela inexistência de nulidade da decisão e de todo o processo ou qualquer irregularidade decorrente do aproveitamento de parecer extemporâneo da ERC e por falta de parecer das autoridades reguladoras sectoriais, face a alterações substanciais do projecto de decisão.

5. - NULIDADE DA PROVA POR VIOLAÇÃO DO DIREITO AO SILENCIO.

 TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Alegam as arguidas, que o despacho da AdC em que requer a prestação de informações, ao abrigo do disposto no nº 3 al.º b) do Artº 43º da Lei da Concorrência, está ferido de inconstitucionalidade acarretando a nulidade de toda a prova assim obtida.

Quanto a esta questão, pronunciou-se a AdC, na sua resposta à impugnação da recorrente, alegando em síntese, que as recorrentes não são titulares de um direito ao silêncio, relativamente a pedidos de informação efectuados pela AdC, no decurso de processo contra-ordenacional, não estando a al.º b) do nº 3 do artº 43º da Lei da Concorrência ferida de inconstitucionalidade, como confirmado pela Jurisprudência nacional e comunitária.

Ora, a al.º b) do nº 3 do artº 43º da Lei da Concorrência não viola, nem restringe de forma ilegítima e inconstitucional "o direito ao silêncio", garantido a todos os arguidos num procedimento condenatório, nem o "direito à não auto-incriminação" constitucionalmente consagrados nos artºs 1º, 20º nº4 e 32º nºs 4 e 8 da C.R.P.º.

Na Decisão recorrida, constam as razões e fundamentos de direito e de facto, exaustiva e proveitosamente analisadas, quanto a esta questão (que será inútil reproduzir), considerando-se, que nenhum dos elementos solicitados pelos pedidos de informação dirigidos à arguida pela AdC, em Janeiro de 2005 implicava para a 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.

Resta, pois, concluir pela improcedência das invocadas nulidades relativas à prova obtida por intermédio do ofício da AdC,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

89

Qm.

datado de 11/01/05, bem como pela improcedência da também invocada nulidade do processo por ilegalidade e inconstitucionalidade do pedido a que se reporta o ofício, supra referido.

6. - PRAZO PARA ARGUIÇÃO DE NULIDADES.

Defende a arguida a aplicabilidade das regras ao processo contra-ordenacional, das regras e princípios do Código de Procedimento Administrativo.

Porém, são inaplicáveis ao processamento das contra-ordenações, nomeadamente, na sua fase administrativa as regras e princípios previstos no CPA, pois decorre expressamente do disposto no artº 41º nº 1 do RGCOC, que o direito subsidiário é, quer na fase administrativa, quer na fase judicial (impugnação) o processo penal.

Esta norma é clara e não suscita quaisquer dúvidas interpretativas. As normas subsidiariamente aplicáveis ao processo de contra-ordenacional são as processuais penais.

Daqui resultam, entre outras as seguintes consequências processuais:

-não é aplicável ao processo contra-ordenacional o princípio da impugnação unitária;

- vigorando o princípio da taxatividade das causas de nulidade — artº 118 do CPP- e não se enquadrando o acto praticado, nem no artº 119º, nem no do artº 120º ambos do CPP, o mesmo configura uma irregularidade.

- Não tendo a mesma sido arguida no prazo a que se refere o artº 123º do CPP, considera-se sanada, face ao nº 1 deste preceito.

* * *

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

90

Dm.

Esta dimensão normativa alcançada na Decisão, em apreço não se encontra, contrariamente, ao defendido pelos recorrentes, ferida de constitucionalidade.

7. - INTERVENÇÃO DA AdC NO PRESENTE PROCESSO

Estabelece o artº 70º nº 1 do DL 433/02, de 27/10 que: " O tribunal concederá às autoridades administrativas a oportunidade de trazerem à audiência os elementos que reputem convenientes para uma correcta decisão do caso, podendo um representante daquelas autoridades participar na audiência", de onde resulta, que pretendeu conferir à autoridade administrativa um papel de relevo na fase judicial do processo de contra-ordenação.

Segundo Frederico da Costa Pinto em "Tendências da jurisprudência sobre contra-ordenações no âmbito dos mercados de valores mobiliários", in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volume XII, nº 1(2000), pags 304 e 305, " A autoridade administrativa representa em juízo os interesses que por lei lhe estão confiados, na sua esfera de competências, sem embargo de caber ao Ministério Público a assunção da pretensão sancionatória do Estado na matéria, já na fase judicial do mesmo(...). Na audiência, o papel da autoridade administrativa é mais específico porque, para além de poder oferecer os elementos, que considerar convenientes para a correcta decisão do caso, colabora não só com o Ministério Público mas também com o tribunal (...)" . Assim a capacidade de intervenção da autoridade administrativa " deve ser adequada à função da sua participação na audiência (...) Isto implica (...) que lhe deve ser reconhecida a possibilidade de em (em articulação com o Ministério Público) colocar perguntas, interrogar testemunhas e prestar esclarecimentos sempre que tal se justifique, nomeadamente no final da audiência, se o considerar necessário."

Na verdade a participação em audiência das autoridades administrativas, enquanto entidades sancionatórias acompanha a especificidade do processo de contra-ordenação.

* * *

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

91

JL

Ao contrário do que se verifica no processo crime, no qual é o M.^oP.^o, que faz a instrução do processo e deduz acusação, na fase administrativa do processo de contra-ordenação só a autoridade administrativa nela participou na recolha dos factos e respectivo enquadramento.

Resulta de várias disposições do RGCO, especificadamente, dos restantes nº's do citado artº 70º, artº 72º, bem como do artº 81º nº 2, ter sido intenção clara do legislador conferir à autoridade administrativa um papel de relevo na fase judicial do processo de contra-ordenação de modo a permitir que esta tenha conhecimento de todos os actos praticados nessa fase, e também, nesse sentido, o Ac. Relação de Lisboa de 28/03/01.

Aliás, o estatuto da AdC confere-lhe direitos e competências diversas, porque mais amplas do que as constantes do RGCO, designadamente, as constantes do artº 51º, que ao estabelecer as especialidades, quanto ao regime geral, permite que a AdC possa autonomamente, por via de recurso, impugnar as decisões.

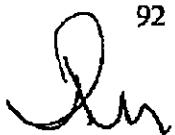
Este quadro legal não se encontra ferido de qualquer inconstitucionalidade, pois a circunstância de a Lei admitir, em processo contra-ordenacional, a intervenção processual de outro interveniente sustentando posição contrária à dos arguidos, não constitui discriminação, não é descabido, nem determina uma distinção entre os arguidos e as demais partes do processo.

Essa possibilidade legal conferida à AdC não prejudica qualquer garantia de defesa, não viola o princípio da presunção de inocência, não dificulta o direito do arguido ser assistido e defendido por defensor por si escolhido e mantém inalterável o exercício do contraditório.

* * *

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

92



Assim, a decisão contida na Decisão, cujo reexame se requer no tocante aos parâmetros de intervenção da AdC no processo, não se encontra ferida de constitucionalidade.

EM SUMA:

- A infracção imputada às arguidas, concretizada na cláusula de exclusividade, inserta no Acordo de Parceria, celebrado entre as arguidas, em 27/03/2000, é uma infracção única e de carácter permanente cuja consumação se mantém, enquanto vigorar o acordo ou quando cessarem os efeitos imputados na decisão.
- E assim, o procedimento contra-ordenacional, no que a esta cláusula respeita não se encontra extinto por prescrição.
- Quer no D.-L. nº 371/93, quer agora na Lei nº 18/03, o princípio básico é 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, e nos casos em que a lei não o cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular - art. 118º nºs 1 e 2 do CPP.
- Em processo penal vigora o princípio explícito das causas de nulidade - art. 118º referido.
- Não se verifica, pois, como decidiu a Mmº Juiz qualquer nulidade ou constitucionalidade decorrente da duração excessiva do procedimento contra-ordenacional.
- A múltiple dedução de “notas de ilicitude” em nada influiu no prazo de prescrição do procedimento criminal contra-ordenacional, já que, quer no regime anterior a 2001, (por força da jurisprudência obrigatória do Acordão de Fixação de Jurisprudência nº 6/01, de 08/03), quer no regime posterior, pelo 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, autonomamente, do número de interrupções ocorrido.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

93

- Assim, não se verifica a nulidade da 2ª “nota de ilicitude” por violação do princípio da segurança jurídica e por violação do princípio da concentração da acusação.
- O aproveitamento de parecer extemporâneo da ERC e a pretensa falta de parecer das autoridades reguladoras sectoriais, face a alterações substanciais do projecto de decisão, não implica a nulidade de todo o processo nem qualquer irregularidade.
- A prova obtida por intermédio do ofício da AdC, datado de 11/01/05 não é nula, nem se verifica nulidade do processo por ilegalidade e inconstitucionalidade do pedido a que se reporta o ofício supra mencionado.
- As normas subsidiariamente aplicáveis ao processo de contra-ordenações são as processuais penais.
- Resulta, claramente, do artº 41º nº 1 do RGCO, que o direito subsidiário é, (quer na fase administrativa, quer na fase judicial - impugnação) o processo penal.
- Vigorando o princípio da legalidade das causas de nulidade — Artº 118 do CPP e não se enquadrando o acto praticado, nem na lista do artº 119º, nem no artº 120º ambos do CPP, o mesmo representa uma irregularidade, que se encontra sanada por não ter sido arguida no prazo a que se reporta o Artº 123º do CPP.
- Este alcance normativo da Decisão recorrida não se encontra, contrariamente ao defendido pelos recorrentes, ferida de inconstitucionalidade.
- O quadro legal estabelecido no artº 51º da Lei 18/03 permite, que a AdC possa, autonomamente, por via de recurso impugnar as decisões proferidas no processo de impugnação, que não se encontra ferido de qualquer inconstitucionalidade
- A circunstância de a Lei admitir, em processo contra-ordenacional, a intervenção processual de outros intervenientes, sustentando posição contrária à dos arguidos, não constitui discriminação, não é irrazoável, nem determina uma diferenciação entre os arguidos e as demais partes do processo.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- Na verdade, essa possibilidade legal conferida à AdC não prejudica qualquer garantia de defesa, não viola o princípio da presunção de inocência, não dificulta o direito de o arguido ser assistido e defendido por defensor por si escolhido e mantém permanente o exercício do contraditório.

Em consequência, a Decisão, quanto à intervenção da AdC, não se encontra ferida de qualquer constitucionalidade ou qualquer outra ilegalidade.

III – DECISÃO:

Pelo exposto, decidem os Juízes da 5ª Secção do T.R.L., após conferência:

a) julgar improcedentes os recursos interpostos pelas arguidas – Autoridade da Concorrência e PT- Multimédia e CATV- TV Cabo Portugal, SA;

b) manter, integralmente, a Decisão recorrida;

c) custas pelas recorrentes sendo 1/3 de procuradoria e fixando-se de taxa de justiça: 30 UCs por cada uma das recorrentes.

Lisboa, 25 de Novembro de 2005

Filipa de Frias Macedo

Filipa de Frias Macedo;

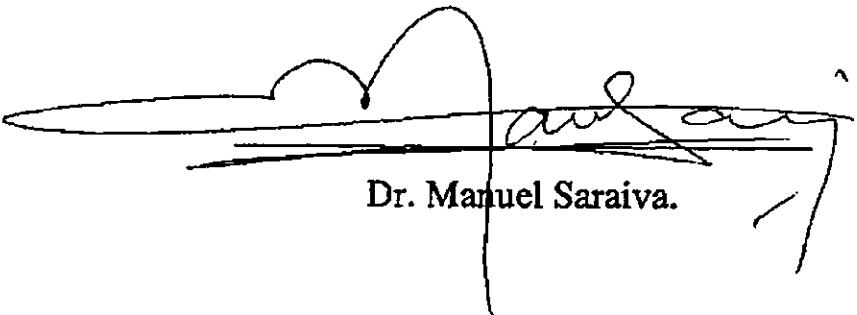
an

Dr. Carlos Espírito Santo;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

95

John


Dr. Manuel Saraiva.