

SENTENÇA

* * *

1 - RELATÓRIO

“SECIL – BETÕES E INERTES, SGPS, S.A.”, pessoa colectiva nº 505038994, com sede em Outão, Setúbal, interpôs recurso de impugnação judicial de uma decisão da Autoridade da Concorrência que lhe aplicou uma coima de € 75.000,00 no âmbito do processo de Contra-ordenação nº 02/03-CNN.---

Fundamenta-se a referida decisão no facto de a arguida ter adquirido 64,35% do capital social da sociedade “Almeida & Carvalhais, Lda.”, passando a deter o seu controle, aquisição essa que consistiu numa operação de concentração de empresas, não tendo a arguida procedido à notificação prévia a que estava sujeita, nos termos do artigo 7º, nº 1, al. b) e nº 3 do Dec.lei 371/93 de 29 de Out., o que constitui contra-ordenação nos termos da alínea c) do nº3 do artigo 37º do mesmo diploma legal.---

Inconformada com a decisão a arguida interpôs o presente recurso alegando não ser a operação realizada enquadrável no art. 7º, nº 1, al. b) pois o volume de negócios nele previsto refere-se ao volume de negócios das empresas que actuem no mesmo sector de actividade económica e no sector do betão pronto a arguida, juntamente com todo o grupo de sociedades deste sector, não atinge tal volume de negócios. Assim, entendeu não estar obrigada a fazer a notificação prévia por a operação não ter tido qualquer efeito no mercado nacional dos serviços do betão pronto.---

Acrescenta que a operação em causa foi autorizada pela Sr^a Secretária de Estado da Indústria, Comércio e Serviços em momento anterior ao da decisão recorrida, facto que não foi levado em consideração pela mesma decisão; que não houve qualquer proveito resultante da falta de notificação e que não agiu com dolo mas sim, quanto muito, com negligência desculpável. ---

Do ponto de vista formal alega que a remessa do processo da Direcção Geral do Comércio e da Concorrência para a Autoridade da Concorrência se processou

após o termo do prazo previsto pelo legislador para o efeito pelo que a competência sancionatória se manteve naquela Direcção.. ---

Requer que seja revogada a decisão por não ter cometido nenhuma infracção, ou, se assim não se entender, que seja aplicada a coima pelo mínimo legal.---

* * *

A Autoridade da Concorrência respondeu ao abrigo do disposto no art. 51º da Lei 18/2003 de 11 de Junho. ---

* * *

Realizou-se audiência de discussão e julgamento com observância do formalismo legal.---

* * *

2 - SANEAMENTO

O Tribunal é competente.---

A arguida suscitou em sede de recurso a questão de o processo ter sido remetido pela Direcção Geral do Comércio e Concorrência para a Autoridade da concorrência um dia depois do prazo estipulado pelo legislador para o efeito pelo que a competência sancionatória se manteria daquela Direcção. ---

Não tem qualquer razão a arguida. O prazo estabelecido para a remessa dos processos existe mas o seu não cumprimento não tem a virtualidade de alterar a entidade competente para conhecer do mesmo, nem qualquer outra relevância, como resulta aliás dos restantes números do mesmo artigo que fazem depender a suspensão e interrupção dos prazos em curso e o seu reinício não da data em que o processo é efectivamente remetido ou recebido mas de uma data fixa que tem como referência a prevista no nº 1 do art. 4º do mesmo diploma. ---

De acordo com o art. 5º do Dec.lei 10/03 de 28 de Janeiro *A Direcção Geral do Comércio e Concorrência continua a exercer, até à publicação de novo diploma orgânico, as competências que lhe estão legalmente conferidas que não colidam com as atribuições cometidas à Autoridade pelo presente diploma.* --

Por sua vez o art. 7º, nº 2, al. a), do estatuto da Autoridade da Concorrência aprovado pelo referido Dec.lei 10/03, dispõe que à Autoridade cabe *Identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei.* ---

É, pois, manifesta a competência da Autoridade para instruir e decidir os processos contra-ordenacionais instaurados por violação das normas que regulam a concorrência, como é o caso dos autos, pelo que, nos termos do citado art. 5º, tratando-se de competências anteriormente da DGCC que presentemente colidem com as atribuições da Autoridade, a DGCC deixa de exercer tais competências, ou seja, nunca poderia o processo aqui em causa continuar a ser instruído e vir a ser decidido pela DGCC. ---

A competência para decidir o processo é da Autoridade da Concorrência, sendo de todo irrelevante, para efeitos de atribuição de tal competência, a data em que o processo lhe foi remetido pela DGCC. ---

Inexistem quaisquer outras questões prévias ou incidentais de que cumpra conhecer.---

* * *

3 - FUNDAMENTAÇÃO

3.1 - Matéria de Facto provada

Encontra-se assente a seguinte factualidade:---

1 – “SECIL – BETÕES E INERTES, SGPS, S.A.”, pessoa colectiva nº 505038994, com sede em Outão, Setúbal, encontra-se matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Setúbal, sob o nº 05623.---

2 – A sociedade Secil – Companhia Geral de Cal e Cimento, S.A., detém 93,7% do capital social da arguida. ---

3 - A sociedade Secil – Companhia Geral de Cal e Cimento, S.A. dispõe directa ou indirectamente de uma participação maioritária ou total em 45 sociedades, as quais integram o “Grupo Secil” que apresenta contas consolidadas. –

4 – As sociedade referidas em 3) repartem-se por cinco sectores de actividade: Cimento, Betão-pronto e Agregados, Prefabricados e Materiais de Construção, Actividades Financeiras e Actividades Diversas (incluindo produção de energia eléctrica a partir de fontes renováveis, valorização de resíduos e fornecimento de equipamento industrial e armazenamento de cimento). ---

5 - A arguida insere-se no sector do Betão-pronto e agregados e dispõe de forma directa de uma participação total ou maioritária de capital em 13 das sociedades do grupo. ---

6 – No ano de 2000 o volume de negócios do Grupo Secil em Portugal foi de € 422.920.970,00, correspondendo o volume de negócios das empresas do sector do betão a € 122.945.546,23. ---

7 – No ano de 2001 o volume de negócios do Grupo Secil em Portugal foi de € 449.522.160,00, correspondendo o volume de negócios das empresas do sector do betão a € 146.102.650,00. ---

8 - A sociedade Almeida e Carvalhais, Lda., pessoa colectiva nº 501736590, com sede na R. da Gândara, Salgueiro, Vagos, encontra-se matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Vagos, sob o nº 177.-----

9 – E é uma empresa produtora de betão pronto.--

10 - No dia 4 de Abril de 2001 a arguida procedeu à aquisição de uma participação social correspondente a 64,35% do capital social da sociedade Almeida e Carvalhais, Lda.---

11 – No ano de 2000 o volume de negócios da sociedade Almeida e Carvalhais, Lda. foi de € 5.272.102,41.---

12 – No ano de 2001 o volume de negócios da sociedade Almeida e Carvalhais, Lda. foi de € 4.555.561,80.---

13 – A operação de aquisição da sociedade Almeida e Carvalhais, Lda. veio a ser autorizada por despacho de 21 de Fevereiro de 2003.---

14 – A arguida através dos seus legais representantes conhecia a disposição que impõe a notificação prévia das operações de concentração de empresas quando o conjunto das empresas envolvidas tenha realizado um volume de negócios, no último exercício, superior a 30 milhões de contos em Portugal. ---

15 – Mesmo assim a arguida quis realizar a aquisição da sociedade Almeida & Carvalhais, Lda. sem proceder à notificação prévia. ---

16 – A Direcção Geral do Comércio e Concorrência teve conhecimento da aquisição da sociedade Almeida e Carvalhais, Lda. pela própria arguida quando esta procedeu à notificação prévia respeitante à aquisição de uma outra sociedade. ---

17 – Quando notificada pela DGCC a arguida enviou todos os dados referentes à operação em causa que lhe foram solicitados. ---

18 – A arguida passou a proceder à notificação prévia de todas as aquisições que integram uma concentração de empresas. ---

19 - Não são conhecidos antecedentes contra-ordenacionais à arguida. ---

* * *

3.2. - Matéria de facto não provada

Provaram-se todos os factos relevantes para a decisão da causa. -----

* * *

3.3 - Motivação da decisão de facto

O Tribunal formou a sua convicção com base no acordo das partes e nos documentos juntos aos autos, designadamente a fls. 8 a 109. ---

Teve ainda em consideração o depoimento das testemunhas inquiridas que depuseram com rigor e objetividade, revelando conhecimento dos factos sobre os quais depuseram. ---

* * *

3.4 - Fundamentação fáctico-jurídica e conclusiva

Vem a arguida acusada da prática da contra-ordenação prevista no art. 7º, nº 1, al. b) do Dec. lei nº 371/93 de 29 de Outubro (diploma a que pertencem todas as disposições infra citadas sem outra indicação), nos termos do qual *Estão sujeitas a notificação prévia as operações de concentração de empresas que preencham uma*

das seguintes condições: Realização pelo conjunto das empresas envolvidas na operação de concentração, de um volume de negócios superior a 30 milhões de contos (€ 149.639.369), em Portugal, no último exercício, líquidos de impostos directamente relacionados com o volume de negócios. ---

A questão objecto dos presentes autos prende-se com o preenchimento da referida condição (realização de um determinado volume de negócio), condição que a requerida entende não se verificar por tal volume não ser atingido pelas empresas que actuam no sector do betão pronto, sendo apenas este o relevante para efeitos da norma incriminadora aqui em causa. ---

A definição de concentração de empresas é-nos dada pelo art. 9º nº 1, do mesmo diploma legal, cuja alínea b) dispõe que ela existe *No caso de uma ou mais pessoas que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa, ou no caso de uma ou mais empresas, adquirirem, directa ou indirectamente, o controlo do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.---*

A noção de controlo é-nos dada pelo nº 2 do mesmo artigo 9º, nos termos do qual *o controlo decorre de qualquer acto, independentemente da forma que esta assuma, que implique a possibilidade de exercer, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa.---*

Este preceito legal exemplifica depois nas suas alíneas três hipóteses que indiciam a existência desse controlo, sendo a primeira delas a *aquisição da totalidade ou de parte do capital social.---*

Face a estes normativos, para que se verifique o controlo não é necessário que a adquirente controle todas as actividades da empresa adquirida, bastando que possa influenciar as suas decisões estratégicas. Por outro lado o exercício da influência dominante não tem de ser efectivo mas tem de ser real e não apenas fictício. ---

Relativamente ao controlo maioritário o mesmo obtém-se designadamente mediante a compra de participações ou activos da empresa já que através desta pode a adquirente obter a maioria dos direitos de voto da empresa adquirida.---

Em causa nestes autos está a aquisição da Almeida & Carvalhais, Lda. pela Secil – Betões e Inertes, SGPS, S.A. Ficou provado que a arguida adquiriu uma participação correspondente a 64,35% do capital social da sociedade Almeida & Carvalhais, Lda.----

Não há, pois, qualquer dúvida que a arguida procedeu à aquisição de uma outra empresa, a Almeida & Carvalhais, estando em causa a aquisição directa do controlo de uma parte significativa da mesma já que a percentagem do capital social adquirido foi de 64,35%, percentagem que lhe permite deter o controle real e efectivo da empresa adquirida.---

Face a esta factualidade é manifesto que a arguida exerce o controlo da Almeida & Carvalhais para efeitos do art. 9º do Dec.lei 371/93 e exerce o chamado controlo exclusivo dado ter adquirido mais de 51% do seu capital social e não resultar dos autos que a divisão accionista da Almeida & Carvalhais tenha diferenças de voto, o que permite concluir que as acções adquiridas dão à arguida a maioria dos votos. “O controlo exclusivo é normalmente adquirido, do ponto de vista jurídico, sempre que uma empresa adquira a maioria dos direitos de voto numa empresa.” (Comunicação da Comissão relativa ao conceito de concentração de empresas JOCE nº C 385/5 de 31 de dezembro de 1994).---

Assim, verificados todos os requisitos que fazem parte da noção legal de concentração de empresas é forçoso concluir que no presente caso a operação que levou à aquisição da Almeida & Carvalhais, Lda. consiste numa operação de concentração de empresas na acepção da alínea c) do nº 1 do artigo 9º do Decreto-Lei nº 371/93, de 29 de Outubro.---

Demonstrada a concentração há então que apurar se foi ou não violada a disposição legal que impõe a notificação prévia da operação de concentração--

De harmonia com o disposto no art. 7º, nº 1, al. b), do Dec-lei 371/93 há que proceder à notificação prévia quando o conjunto das empresas envolvidas tenha realizado um volume de negócios superior a 30 milhões de contos. Da inserção do vocábulo “conjunto” resulta claramente que o objectivo do legislador não foi impor que cada uma das empresas envolvidas tenha realizado um volume de negócios superior a 30 milhões de contos mas sim que esse volume de negócios tenha sido realizado pelas empresas envolvidas analisadas em grupo.---

A questão da definição de um volume de negócio está prevista no Regulamento (CEE)nº 4069 do Conselho de 21 de dezembro de 1989 onde se fala num volume de negócios superior a 5 milhões de ecus realizado por todas as empresas em causa (art. 1º, nº 2).---

A propósito desta questão escreve Sofia Oliveira Pais que “há situações em que a determinação das empresas “envolvidas” na concentração se faz de forma relativamente simples. É o caso das fusões ou da aquisição do controlo de uma empresa por outra empresa. Na primeira hipótese, não há dúvida que devem ser consideradas “empresas em causa” as participantes na operação de fusão, e no segundo caso a empresa adquirente e a empresa adquirida.” (in O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Comunitário da Concorrência, Almedina, p. 214).---

Resulta, pois, evidente que o volume de negócios a ter em conta é o do conjunto das empresas intervenientes e não de cada uma delas isoladamente considerada. ---

Acresce que, no caso dos autos, as empresas a considerar não são apenas a arguida e a Almeida & Carvalhais mas também todas as empresas em que a arguida dispõe, directa ou indirectamente, de uma participação maioritária de capital (art. 8º do Dec.lei 371/93). ---

Pretende a arguida que não houve qualquer violação já que as empresas que actuam na área do betão não têm um volume de negócios superior a 30 milhões de contos, não estando assim preenchido o requisito do art.7º, nº 1, al. b). ---

Sucedde que o ramo de actividade das empresas envolvidas é um factor totalmente alheio à previsão legal aqui em causa. A questão do sector de actividade só se coloca na situação prevista na al. a), do nº 1, do art. 7º, a propósito da qual se menciona a criação ou reforço de uma quota de mercado.---

Neste caso, sim, a situação prende-se com o facto de as empresas envolvidas actuarem no mesmo ramo ou sector de actividade e há que ter em consideração se a situação dessa sector de actividade se altera com a concretização da operação.---

Mas as duas alíneas do nº 1 do art. 7º são autónomas e independentes entre si. Como resulta expressamente do corpo do dito preceito legal que prescreve que “Estão sujeitos a notificação prévia as operações de concentração de empresas que preencham uma das seguintes condições...”:-----

A entender como pretende a arguida teríamos de concluir que a disposição da al. b) estaria totalmente esvaziada de conteúdo e que haveria uma contradição intrínseca entre estas duas alíneas uma vez que na al. a) impõe a notificação prévia quando através da operação se crie ou reforce uma quota superior a 30% do mercado nacional, independentemente do volume de negócios das empresas envolvidas, ou seja, tenham ou não realizado mais de 30 milhões no último exercício. ---

Logo, a al. b) não introduziria nenhuma situação de notificação prévia obrigatória que não estivesse já incluída na al. a). Ora não se pode considerar que o legislador se exprimiu mal quando a situação é perfeitamente clara e nada nos permite concluir que o legislador quis, com a al. b), limitar de algum modo a previsão da al. a), como se teria de concluir se se adoptasse a posição da arguida. ---

Aliás o seu raciocínio parte de premissas erradas. É que a concorrência visa também garantir os valores da liberdade de formação da oferta e da procura e de acesso ao mercado pelo que é perfeitamente justificado que se exija a notificação prévia sempre que empresas de determinado poderio económico efectuem

operações de concentração de empresas, independentemente do ramo de actividade das empresas envolvidas por forma a evitar todos os riscos inerentes a um possível dirigismo económico privado possível através de operações de concentração de empresas descontroladas (neste sentido Alberto Alonso Ureba, "Incidencia en el régimen sobre ofertas públicas de adquisición del derecho comunitario sobre el control de operaciones de concentracion", in La lucha por el control de las grandes sociedades. Las ofertas públicas de adquisicion", Madrid, Deusto SA, 1992, p. 262).

Assim, na infracção imputada à arguida há que atender apenas ao volume de negócios realizado pelas empresas envolvidas, sendo irrelevante qual o respectivo sector de actividade e qual a alteração no mercado introduzida pela operação.---

Ora no exercício de 2000 (exercício a atender dado que a aquisição ocorreu no exercício de 2001) o volume de negócios das empresas envolvidas, considerando o supra exposto e o teor do art. 8º do Dec.lei 371/93, foi de € 428.193.072,41 (ou de € 128.217.648 se se considerarem apenas as empresas do grupo Secil ligadas ao betão e a adquirida), ou seja, muito superior ao volume mínimo de negócios referido na norma em apreço. Logo, a arguida estava obrigada a proceder à notificação prévia da operação de concentração operada por via da aquisição do capital social da Almeida & Carvalhais. ---

Ficou, pois, demonstrado que a arguida realizou uma verdadeira operação de concentração de empresas, por um lado, e que não procedeu à notificação prévia a que estava obrigada, por outro lado.----

Significa isto que o elemento objectivo do tipo está preenchido, cabendo agora analisar se também está preenchido o elemento subjectivo do tipo.---

À arguida é imputada a prática dolosa da contra-ordenação aqui em causa.---

A arguida agiu deliberada, livre e conscientemente, bem sabendo que as operações de concentração de empresas estão sujeitas a notificação prévia quando o conjunto das empresas envolvidas tenha realizado um volume de negócios, no último exercício, superior a 30 milhões de contos em Portugal. Mesmo assim a

arguida quis realizar todos os negócios jurídicos necessários à aquisição da Almeida & Carvalhais sem proceder à notificação prévia à DGCC.---

Do exposto resulta que a arguida agiu com dolo já que conhecendo as normas legais aplicáveis levou a cabo todas as operações necessárias à aquisição, que se traduziu numa operação de concentração de empresas, sem proceder à notificação prévia a que estava obrigada.---

A defesa da arguida assenta no facto de fazer uma interpretação do at. 7º que exclui a obrigatoriedade de proceder à notificação prévia.---

Daí que alegue a falta de consciência da ilicitude e a existência, no máximo, de negligência.---

Quanto à invocada falta de consciência da ilicitude há que considerar que a arguida conhecia as normas incriminadoras e o seu concreto conteúdo. O que alega é que as interpretou de determinada maneira.---

Estaríamos assim, porventura, perante um erro sobre a ilicitude ou sobre a proibição que, na versão da arguida, seria desculpável e, portanto, excluiria a culpa (art. 9º, nº 1, do Dec.lei 433/82 e 17º, nº 1, do Cod. Penal).---

Está aqui em causa um erro sobre o sentido global do ilícito, isto é, há erro sobre a proibição quando o agente erra sobre o sentido global do ilícito; conhece a factualidade mas não tem conhecimento da ilicitude da sua conduta.--

Tal erro será censurável se a falta de consciência da ilicitude se ficou a dever a uma qualidade desvaliosa e jurídico-penalmente relevante da personalidade do agente.---

Pelo contrário, se o agente, apesar daquela falta, mantém uma consciência ético-jurídica fundada numa atitude de fidelidade ou correspondência a exigências ou pontos de vista de valor juridicamente relevantes, então o erro é desculpável (Figueiredo Dias, in “O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal”, 3ª ed., p. 341 segs.).---

No caso dos autos a arguida omitiu a notificação por interpretar a norma proibitiva de uma maneira muito própria. Efectivamente, a arguida põe em causa que houvesse necessidade de proceder à notificação prévia por as empresas

pertencentes ao mesmo ramo de actividade não atingirem o volume de negócios exigido pela norma incriminadora. ---

Há, portanto, na actuação da arguida um erro sobre a lei que a levou a agir na convicção de estar a exercer um direito que erroneamente julgou existir. Será tal erro desculpável?---

Afigura-se-nos que não. À arguida impunha-se actuar com o cuidado a que uma “pessoa portadora duma recta consciência ético-jurídica teria, informando-se e esclarecendo-se convenientemente sobre a proibição legal” (Ac. RC de 19 de Outubro de 1983, CJ VIII, T. IV, p. 83), designadamente junto da DGCC. Ora, a interpretação feita pela arguida não encontra qualquer correspondência na letra ou no espírito da norma violada, sendo assim uma interpretação que não corresponde minimamente a um ponto de vista juridicamente relevante.---

Tendo a arguida conhecimento da norma violada não é desculpável que não tenha procurado assegurar-se junto da DGCC de que a interpretação que estava a dar à norma era a correcta.---

Conclui-se, pois, que a arguida agiu com erro que lhe é censurável.--

Assim, não está excluída a culpa. O que pode suceder, ao abrigo do disposto no art. 9º, nº 2, do Dec.lei 433/82, é ter lugar a atenuação especial da coima.--

Sucedo, porém, que a atenuação especial só se justifica se houver uma diminuição acentuada da ilicitude do facto ou da culpa. Neste sentido Robalo Cordeiro refere que “Não obstante o novo Código não o exigir expressamente, flui da lógica do sistema que nos casos de atenuação especial facultativa o uso pelo juiz dos poderes modificativos da pena esteja condicionado pela diminuição acentuada da ilicitude do facto ou da culpa do agente, nos termos do nº 1, «in fine» do art. 73º” (correspondente ao actual art. 72º- in Jornadas de Direito Criminal, p. 249).---

No caso presente a errada interpretação da norma incriminadora feita pela arguida não diminui de forma acentuada nem a ilicitude do facto nem a sua culpa já que não se verifica que quer uma quer outra não assumam a gravidade pressuposta pelo legislador no tipo legal.---

Assim, o erro aqui em causa vai operar não como circunstância atenuante modificativa mas sim como circunstância de natureza atenuante geral, isso é, não vai operar ao nível da moldura abstracta da coima mas sim ao nível da medida concreta da coima.---

3.5 - Da escolha e medida da sanção a aplicar

Neste capítulo o regime geral das contra-ordenações tem uma norma específica pelo que, não existindo lacuna, não há que recorrer subsidiariamente ao Código Penal, designadamente ao seu artigo 70º.---

Rege, pois, nesta matéria o disposto no art. 18º do Dec.lei 433/82, nos termos do qual *A determinação da medida da pena faz-se em função da gravidade da contra-ordenação, da culpa, da situação económica do agente e do benefício económico que este retirou da prática da contra-ordenação.*---

Nos termos do disposto no art. 37º, nº 3, al. c), do Dec. lei 371/93, *Constitui contra-ordenação punida com coima de 100.000\$ (€ 498,80) a 100.000.000\$ (€ 498.797,70) a falta de notificação de uma operação sujeita notificação prévia nos termos do nº 1 do art. 7º.* ---

A contra-ordenação praticada é grave dado estar em causa a protecção de valores fundamentais para a estrutura e funcionamento da economia, designadamente os valores da liberdade de formação da oferta e da procura e de acesso ao mercado, por um lado, e de salvaguarda dos interesses dos consumidores, por outro.--

A arguida agiu com dolo, pese embora o facto de ter actuado com erro sobre a ilicitude censurável e o facto de quando notificada pela DGCC ter enviado toda a informação respeitante à aquisição e de a operação ter sido posteriormente autorizada.---

Pretende a recorrente que a decisão da DGCC sofre de um vício de princípio por ter atendido à situação económico-financeira do grupo Secil e não à sua própria situação económica sendo certo que só a este se pode atender e por ter considerado

como benefício económico resultante da infracção um valor que não corresponde à realidade. ---

Tem razão a arguida. No que toca à situação económica a considerar é efectivamente a da arguida que está em causa e não a do grupo Secil, sendo certo que sobre a situação económica da arguida não foi feita qualquer prova. É que o grupo Secil não é a arguida do processo. Arguida é só uma empresa e é em relação a esta que se tem que apurar a situação económica. Com efeito, o pagamento da multa não vai ser feito pelo grupo Secil mas pela arguida do processo pelo que é a capacidade económica desta que está aqui em causa. -----

Por outro lado não há elementos que permitam apurar o benefício alcançado por não terem sido juntos os documentos de contabilidade da arguida que permitiriam apurar esse benefício. Com efeito, não se sabendo quais os custos tidos com a operação é impossível apurar o benefício económico resultante da mesma. Acresce que o benefício a considerar é o retirado da prática da infracção, ou seja, da falta de notificação prévia, nada tendo a ver, pois, com a data em que a operação foi autorizada nem com qualquer benefício obtido pela concretização da operação antes da data da autorização. A infracção é apenas o não ter sido efectuada a notificação prévia pelo que o benefício teria que resultar da falta da notificação e nada mais. ----

Assim, no que concerne ao benefício económico retirado da prática da infracção, nada ficou demonstrado nos autos pelo que não poderá ser tido em consideração.---

No que toca à situação económico-financeira da arguida nada se sabe já que não foi junto qualquer elemento relativo à mesma. ----

Por último, há que ter em consideração o facto de a arguida ter passado a proceder à notificação prévia nas aquisições posteriores, de ter adoptado uma postura cooperante com a entidade fiscalizadora, de ter actuado com erro e de não se lhe conhecerem antecedentes contra-ordenacionais. ---

Tudo visto, e considerando as circunstâncias atenuantes que a Autoridade da Concorrência não teve em consideração, o Tribunal entende adequada à situação a coima de € 20.000,00 (vinte mil euros). ---

*

3.6 - Da aplicação da lei no tempo

Após proferida a decisão recorrida entrou em vigor uma nova legislação da concorrência, aprovada pela Lei 18/2003 de 11 de Junho. ---

Face ao preceituado no art. 3º do Dec.lei 433/82 de 27 de Outubro e 2º, nº 4, do Cod. Penal, há que averiguar qual o regime que em concreto é mais favorável ao arguido já que vigora nesta matéria a proibição da aplicação da lei retroactiva menos favorável e o princípio da aplicação retroactiva da lei mais favorável (cfr. Taipa de Carvalho, in Sucessão de Leis Penais, Coimbra, 1990, p. 238 segs.). ---

Na lei 18/03 mantém-se a definição de concentração de empresas tal como definido no Dec.lei 371/93, bem como a necessidade de notificação prévia em situações como a dos autos (cfr. arts. 8º, nº 1, al. b) e 9º, nº 1, al. b), da Lei 18/03). --

Significa isto que, no presente caso, a conduta da arguida é igualmente sancionada quer se aplique o Dec.lei 371/93 quer se aplique a Lei 18/03. ---

De igual modo a falta de notificação prévia faz incorrer a adquirente na prática de uma contra-ordenação punida com coima (art. 43º, nº 3, al. a). ---

Resta então apurar qual a moldura da coima aplicável no novo regime. ---

Prescreve o art. 43º, nº 1, al. a), que a falta de notificação prévia de uma operação de concentração é punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas, 1% do volume de negócios do ano anterior. Atendendo aos factos dados como provados, tendo o volume de negócios das empresas envolvidas, no ano de 2000, ascendido a € 428.193.072, o montante máximo da coima aplicável é de € 4.281.930 (ou, caso se considerasse apenas o volume das empresas ligadas ao sector do Betão e da adquirida € 1.282.176,5). ---

Quanto ao limite mínimo nada é dito, pelo que, nos termos do art. 17º, nº 1, do Dec.lei 433/82, na redacção que lhe foi dada pelo Dec-lei 323/01 de 17 de Dezembro, o mínimo aplicável é de € 3,74 . ---

Significa isto que a moldura da coima para a contra-ordenação praticada pela arguida vai de € 3,74 a € 4.281.930,00 ou a € 1.282.176,5. ---

Sendo o limite máximo consideravelmente superior ao aplicável no âmbito do Dec.lei 371/93 (€ 498.797,70), é manifesto que a coima concreta aplicada sempre teria de ser superior à já aplicada à arguida supra. ---

Logo, sendo mais favorável à arguida o regime do Dec.lei 371/93, é este o que se deve aplicar, ficando assim afastada a aplicação do novo regime jurídico da concorrência. ---

* * *

III - DECISÃO

Face a todo o exposto, julgando parcialmente procedente o recurso de impugnação, confirmo parcialmente a decisão recorrida pelo que condeno a arguida “SECIL – BETÕES E INERTES, SGPS, S.A.”, pela prática da contra-ordenação p. e p. pelos arts. 37º, nº 3, al. c) e 7º, nº 1, do Dec.lei 371/93 de 29 de Outubro, na coima de vinte mil euros.--

Mais vai a arguida condenada nas custas do processo, fixando-se a taxa de justiça em 4 UC (arts. 92º, nº 3, 93º, nº 3 e 4 e 94º, nº 3, todos do Dec.lei 433/82 de 27 de Out.).---

Notifique e Deposite.---

Oportunamente cumpra o disposto no art. 70º, nº 4, do Dec.lei 433/82 de 27 de Out.-----

* * *

Da sentença que antecede foram todos os presentes devidamente notificados.---

Para constar se lavrou a presente acta que depois de lida e achada conforme vai ser assinada.---
