

Acórdãos TRL**Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa**

| | |
|---------------------------------|---|
| Processo: | 00112623 |
| Nº Convencional: | JTRL00031903 |
| Relator: | SANTOS MONTEIRO |
| Descritores: | ILÍCITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL NATUREZA DA INFRACÇÃO CONCORRÊNCIA DESLEAL CLÁUSULA PRESCRIÇÃO CONTAGEM DOS PRAZOS INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO CRIME DE EXECUÇÃO PERMANENTE |
| Nº do Documento: | RL2001032800112623 |
| Data do Acórdão: | 28-03-2001 |
| Votação: | UNANIMIDADE |
| Texto Integral: | S |
| Privacidade: | 1 |
| Meio Processual: | REC PENAL. |
| Decisão: | NEGADO PROVIMENTO. |
| Área Temática: | DIR ORDEN SOC. |
| Legislação Nacional: | CP95 ART119 N2 A ART120 N1 ART121 N3. CPP87 ART123 N1. DL433/82 DE 1982/10/27 ART5 ART27 A ART28 ART32 ART64 N3 ART70 N2. DL244/95 DE 1995/09/14. DL371/93 DE 1993/10/29 ART2 N1 B C D F ART4. DL422/83 DE 1983/12/03. |
| Jurisprudência Nacional: | AC STJ DE 2001/03/08 IN DR I-A N76 DE 2001/03/30. AC STJ DE 1992/05/07 IN CJ ANOXVII T3 PAG13. |
| Sumário: | <p>I - Configura ilícito contra-ordenacional permanente a inserção em contratos de fornecimento de géneros alimentícios de cláusulas em infracção às Leis de concorrência.</p> <p>II - Nos ilícitos permanentes há a criação voluntária de um estado anti-jurídico, mantido e querido no tempo, pelo agente, até à cessação do facto censurável.</p> <p>III - Os ilícitos permanentes distinguem-se dos de efeitos duradouros ou permanentes</p> <p>IV - Nos ilícitos de natureza instantânea ou de estado, que se contrapõem aos permanentes, há a criação de um estado anti-jurídico, todavia naqueles o agente desprende-se desse estado, sucedendo-se os efeitos à margem de qualquer resolução criminosa.</p> <p>V - O prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional, nos ilícitos permanentes, conta-se a partir da cessação de tais contratos, referidos em I, seja por revogação seja por resolução e desde que consentida.</p> <p>VI - No ilícito contra-ordenacional é de observar o art. 121º, nº 3, do C.P..</p> <p>VII - Se o juiz, antes de decidir o processo contra-ordenacional, não ouvir a autoridade administrativa constata-se irregularidade processual, que aquele pode arguir.</p> |
| Decisão Texto Integral: | <p>Acordam em conferência na Secção Criminal desta Relação:</p> <p>No Tribunal de Comércio de Lisboa, no P.º nº 432/2000, o Mº Juiz proferiu despacho a julgar extinto por prescrição do procedimento a responsabilidade pela eventual prática das contraordenações ao preceituado no art. 2º nº 1 c), 2º nº 1 b), c), d) e f) e 4º, do Dec. Lei nº 371/93, de 20/10, pela Unicer-União Cervejeira, SA, hoje Unicer-Bebidas de Portugal, SA a quem o Conselho de Concorrência aplicou a coima de 100.000.000\$00, por decisão dos seus membros, de 13/07/2000, acrescentando a sanção acessória de publicação integral da decisão no DR e parcial num jornal de grande difusão nacional a indicar.</p> <p>I - Inconformada com a decisão proferida em 28/09/2000, nos autos, iniciados com a participação de (A) em 26/04/1996, autuados no Ministério da Economia em 01/10/1997, remetidos ao Tribunal de Comércio em 28/09/2000, veio a Exmª Magistrada do Mº Pº a interpôr recurso, apresentando na motivação as seguintes conclusões:</p> <p>O RCGO (Dec. Lei nº 433/82, de 07/10, com as alterações introduzidas pelos</p> |

Decretos Lei n.ºs. 244/95, de 14/05 e 356/89, de 17/10) contém 3 normas que regulam a prescrição.

A norma do art. 28º, que prevê as causas de interrupção da prescrição, não contém referência a qualquer prazo - limite de prescrição ao contrário do CP. As causas de interrupção da prescrição operam livremente no processo de contraordenação, que não está subordinado a qualquer prazo máximo.

A não consagração de qualquer prazo máximo, limite da prescrição, pelo Dec. Lei n.º 244/95, demonstra que tal foi intenção deliberada do legislador. As sanções criminais são valorativamente distintas das sanções cominadas em processo contraordenacional.

As diferenças substanciais que traçam a fronteira entre os dois tipos de ilícitos encontram eco no próprio regime de prescrição traçado para as contraordenações, não devendo acriticamente ser transpostas as regras do direito penal.

Os prazos de prescrição pela prática das contraordenações já é mais reduzido do que o prazo penal.

Essa redução parece explicar-se por uma ideia de menor gravidade da conduta e da correspondente sanção, bem como pela ausência de ressonância ético-jurídica dos ilícitos de mera ordenação social, tudo para justificar um processo mais simples e abreviado.

O legislador fixa um leque muito mais vasto e diversificado de causas de interrupção da prescrição do procedimento do que aquele que foi consagrado em matéria penal, tanto no plano objectivo como subjectivo.

Em termos subjectivos não são apenas os actos da autoridade administrativa, mas também os do próprio arguido, que a Lei dota de eficácia interruptiva nos termos do art. 28º c), daquele Dec. Lei.

Em termos objectivos a lista abrange quaisquer notificações ao arguido, quaisquer diligências de prova ou pedidos de auxílio a outras autoridades ou ainda quaisquer declarações proferidas pelo arguido no exercício do seu direito de audição.

Do ponto de vista do direito de mera ordenação social a interrupção da prescrição do procedimento não é encarada com tantas cautelas nem de forma tão restritiva como é no direito criminal.

A aplicação em forma subsidiária da Lei penal só poderá ter lugar quando não contrarie o disposto na LQCO e, neste caso, é-o manifestamente.

As condutas imputadas à arguida preenche vários tipos de ilícito contraordenacional.

Ora o art. 27º do RGCO dispõe que os prazos da prescrição começam a correr a partir do momento da prática da contraordenação.

Para a conduta da arguida a contraordenação que consubstancia a prática da infracção tipificada no art. 4º do Dec. Lei n.º 371/93, de 29/10, que é a Lei da Defesa da Concorrência, é possível sustentar que o prazo terá começado a correr em 11/09/96.

Porque a suspensão da prescrição é, transcreve-se, "expressamente ressalvado pelo art. 121º n.º 3, do C. Penal, o limite máximo seria, afinal, de 1,5 vezes os 2 anos do prazo normal mais os três anos da suspensão o que dá, no cômputo global, seis anos".

Se o tribunal considera que o prazo começou a correr em 11/09/96, o limite máximo só será atingido em 11/02/2002, tendo o Conselho de Concorrência decidido atempadamente em 13/07/2000.

Acontece que a arguida também foi condenada pela violação do art. 2º da Lei de Defesa de Concorrência.

Tais infracções revestem a natureza permanente, dado que se traduzem na inserção de cláusulas em contratos que ainda estão em vigor.

Quer dizer a restrição da concorrência operada por essas cláusulas começou a produzir-se no momento em que os respectivos contratos entraram em vigor e até hoje ainda hoje não cessou.

Deste modo não pode sustentar-se que a contraordenação foi praticada em 11/09/96 e que aí terá começado a correr o prazo de prescrição do respectivo procedimento.

A contraordenação ainda hoje está a ser praticada, o que explica que o Conselho de Concorrência tenha ordenado a imediata eliminação das cláusulas visadas.

Se dúvidas houvesse o disposto no art. 119º n.º 2 a), do CP, esclareceria o modo como a prescrição do procedimento se conta nas infracções de

natureza permanente, que, ainda, não começou a correr.

Não se observou o disposto no art. 70º nº 2 e 64º nº 3, da LQCO, sendo preterido o dever de ouvir a autoridade administrativa antes de se decidir pelo arquivamento do processo.

Mostra-se violado o disposto nos arts. 27º, 27º - A, 28º, 64º nº 3 e 70º, da LQCO, 121º, nº 3, 120º nº 1, 119º, do CP e 32º da CRP, devendo ser revogado o despacho recorrido.

II - Contramotivando, a arguida, a fls. 3570, para além de suscitar a inadequação de efeito atribuído ao recurso e a ilegalidade da junção de um parecer apresentado pelo Mº Pº, defende que as infracções imputadas, enquadrando-se no âmbito do art. 2º do Dec. Lei nº 371/93, de 29/10, devem considerar-se instantâneas, cometidas na data da sua realização, já que inexistente, ao contrário do que sucede numa infracção permanente ou continuada a reiteração da resolução anti-jurídica do agente.

A alegada prática das infracções é reportada, em termos de consumação, aos anos 1994 e 1995.

Não concorre qualquer prazo de suspensão da prescrição a ressaltar, devendo recorrer-se ao CP para regular os casos omissos no Dec. Lei nº 433/82, designadamente quanto ao prazo-limite da prescrição já aquele não contém todas as soluções em sede de prescrição.

Só uma filosofia radicalmente retributiva e repressiva pode sustentar a renovação ilimitada dos prazos de prescrição relativamente a ilícitos de menor gravidade.

A audição da autoridade administrativa não é configurada como invalidade do acto, sendo de qualificar, antes, como mera irregularidade, já sanada, de resto só arguível pela arguida e não pelo Mº Pº.

Termina por concluir pela improcedência do recurso.

III - Nesta instância o recurso do Exmº Procurador Geral-Adjunto emite parecer no sentido de que o recurso merece provimento.

IV - Colhidos os vistos legais cumpre decidir:

A decisão do recurso não prescinde da enumeração do leque de factos imputados à arguida pelo Conselho de Concorrência na sua decisão de fls. 2325 a 2444, os quais, por súmula, constam de fls. 2434 e 2436 e que se transcrevem:

1º - A arguida não deu, ainda, integral cumprimento ao estabelecido no art. 3º da decisão deste Conselho de 18 de Dezembro de 1985, devendo para esse efeito eliminar dos contratos de distribuição a cláusula 14º resultante do aditamento de 1997/1998, bem como a al. h) do nº 1 da cláusula 3ª, sem prejuízo do disposto no nº 6 do art. 37º do Dec. Lei nº 371/93, de 29 de Outubro.

2º - Ao utilizar o chamado Programa de Excelência, para, através do quesito "Enfoque na Unicer", induzir os seus distribuidores a não comercializar produtos concorrentes a arguida adoptou uma prática que tem por objecto e como efeito restringir a concorrência, violando o art. 2º nº 1, do Decreto-Lei nº 371/93, em particular a sua alínea c).

3º - Ao obrigar contratualmente os seus distribuidores a utilizar viaturas de modelo, design e cores aprovadas pela arguida bem como a vestir os seus funcionários com fardamento de modelo estabelecido por esta, a arguida restringiu a liberdade comercial daqueles, contribuindo, assim, para os desincentivar de comercializar produtos concorrentes, o que configura igualmente uma violação do art. 2º nº 1 c), do Decreto-Lei 371/93.

4º - Ao fixar a remuneração dos seus distribuidores através de um desconto sobre o preço de venda ao distribuidor, bem como ao atribuir a esses agentes económicos um abono de frete, a arguida adoptou práticas que têm como objecto e como efeito restringir a concorrência, violando as alíneas b), c), d) e f), do nº 1 do art. 2º do Decreto-Lei nº 371/93.

5º - Ao prescindir de forma abrupta as relações contratuais com os distribuidores (B), (C), (D), (E), (F) e (G), a arguida explorou de forma abusiva o estado de dependência económica em que estes encontravam relativamente à Unicer, tendo por isso violado o art. 4º do Decreto-Lei nº 371/93.

6º - Ao modificar unilateralmente o âmbito do exclusivo contratualmente atribuído aos seus distribuidores (B), (C), (D), (E), (G), (H), (F), (I), (J), (L) e (M), passando a comercializar directamente a certos clientes sem que tal tenha sido previamente negociado com os distribuidores ou que estes tenham sido objecto de compensação ou de redução correspondente dos seus objectivos

de vendas e ao reservar para si o poder de definir quais os clientes a quem vende directamente, a arguida abusou igualmente do estado de dependência económica em que aqueles se encontravam relativamente à Unicer, tendo por isso violado o art. 4º do Decreto-Lei nº 371/93.

V - Da exposição dos factos, é imperativo passar à análise do direito, âmbito ao qual se restringe, em exclusivo, o conhecimento pelo tribunal superior; a 2ª instância apenas conhecerá da matéria de direito, dispõe o art. 75º, nº 1, do Dec. Lei nº 433/82, de 27/10.

Em matéria de prescrição as causas de interrupção e de suspensão não são uma necessidade absoluta; elas são criadas discricionariamente pelo legislador; variando em função das políticas criminais. Em muitas ordens jurídicas são conhecidas listagens maiores ou menores de crimes imprescritíveis e certas instâncias internacionais reclamam cada vez mais a natureza imprescritível de certas infracções. A eficácia interruptiva da prescrição do procedimento criminal nem sequer, por vezes, é atribuída a certos actos que, inequivocamente, traduzem o não esquecimento da necessidade comunitária de punição.

Genericamente a prescrição concretiza o reconhecimento da força jurídica atribuída a uma causa natural: isto é ao decurso do tempo, que enfraquece ou apaga a memória dos factos, que diminui ou anula o interesse repressivo, que apouca ou destrói os elementos de prova, que amansa as mais ferozes têmperas, no dizer de Manzini, in Inst. Di. Dir. Pen., 139, citado por Luis Osório, Notas ao CP, I, 398.

O procedimento por contraordenação extingue-se por prescrição logo que sobre a prática da contraordenação hajam decorridos dois anos quando, como é o caso, se trate de contraordenação punível com coima superior a 750.000\$00 - art.s 27º a) e 17º nº 1, do Dec. Lei nº 433/82, de 27/10.

As múltiplas causas de interrupção da prescrição estão enunciadas no art. 28º daquele diploma e as suspensões no art. 27º-A, introduzido "ex vi" da alteração ao Dec. Lei nº 433/82, pelo Dec. Lei nº 244/95, de 14/09, num evidente propósito expressamente manifestado no preâmbulo deste ultimo diploma, de "intensificação da coerência interna do regime geral de mera ordenação social e da respectiva coordenação com a legislação penal e processual...".

É em nome dessa coerência lógica, dessa unidade do sistema jurídico, que se coloca a questão da aplicabilidade ao processo por prática de contraordenação do regime previsto no art. 121º nº3, do CP, estabelecendo um prazo limite de prescrição, segundo o qual esta causa de extinção do procedimento criminal terá lugar sempre que, desde o seu início, e ressalvado o tempo de suspensão, tiver decorrido o prazo normal de prescrição, acrescido de metade.

A suspensão da prescrição do procedimento criminal, atendendo ao art. 27-A antes citado, opera, para além dos casos previstos na Lei, durante o tempo em que o procedimento não puder legalmente iniciar-se ou continuar por falta de autorização legal.

As duas últimas causas de suspensão do procedimento estão também previstas no art. 120º nº 1, do CP, entendendo-se que outros casos de suspensão da prescrição previstos na Lei, segundo o citado art. 27º-A, não podem deixar de ser outros indicados fora do CP, pois que sendo o CP Lei subsidiária, era mera redundância a alusão àquele diploma.

De resto sendo propósito do legislador atribuir eficácia suspensiva às demais causas elencadas no art. 120º, por certo não deixaria de o dizer expressamente.

Por outro lado é de consignar que o CP, no nº 1, do art. 125º, considera - como, aliás, a sua versão primitiva de 1982 - que a prescrição do procedimento criminal se suspende, para além dos casos especialmente previstos na Lei, harmonizando-se a legislação penal e contraordenacional apenas e na medida em que se busquem outras causas de suspensão do procedimento contraordenacional fora do CP. Ambos os diplomas - LQCO e CP, na versão de 1995 - entraram em vigor, de resto, assinale-se, na mesma data, ou seja em 01/10/1995.

Donde, em nosso ver, a legítima ilacção de que as únicas causas de suspensão e prescrição do procedimento contraordenacional sejam as previstas no art. 27º-A e outras enumeradas em Lei especial, que não na Lei geral, subsidiária.

VI - A merecer especial e alongada abordagem é a questão que respeita ao já citado ponto do estabelecimento de um prazo-limite de prescrição no ilícito de mera ordenação social, assente numa interpretação que para ele transponha o predito art. 121º nº 3, do CP, uma vez que a Lei Quadro é completamente omissa a tal respeito.

No plano doutrinário, pela negativa, pronuncia-se António Beça Pereira, in Regime Geral das Contraordenações e Coimas, Almedina, 1996, 68, nota 4, para quem o regime de prazos de prescrição do procedimento consta de forma global e autónoma, no Dec. Lei nº 433/82, de 27/10.

Igual entendimento perfilha Alexandre Brandão da Veiga, ao anotar o Ac. da Relação do Porto, de 21/05/97, nesse sentido, (cfr. o nº 1/1997, dos Cadernos de Mercado de Valores Mobiliários), acolhido, também, no Ac. desta Rel., de 09/03/99, C.J., ano XXIV, II, 132.

Na matéria onde reina marcada clivagem, é conhecida a posição, em contrário, do Prof. Cavaleiro de Ferreira, in Lições de Direito Penal, Parte Geral, II, 1989, 201, para quem a excessiva facilidade legal de interrupção do prazo de prescrição do procedimento obteve uma oportuna correcção com o art. 121º nº 3, do CP, e que se o andamento do processo criminal se protelar indevidamente em relação ao seu curso normal, os prazos de prescrição subordinar-se-ão a uma forma de contagem que corrija o desleixo ou desmando gravoso para o arguido: a interrupção não pode em caso algum conduzir a um prolongamento inadmissível do prazo de prescrição; o prazo de prescrição é suficientemente amplo para, em função da gravidade e complexidade das infracções consentir o seu processamento normal.

O mesmo Mestre, em parecer publicado in "Direito e Justiça", Revista da Faculdade de Direito da UCP, ano IV, 1989/90, 276 e 277, sustenta que " De toda a maneira o princípio proclamado no nº 3 do art. 120º do CP de 1982 é sempre de aplicar: delimita as interrupções do prazo de prescrição relativamente a cada crime e a cada contraordenação".

Esta posição foi seguida no Ac. do STJ, de 07/05/92, C.J., ano XVII, III, 13, servindo como linha de força para fixação de justiça nos futuros casos que surgiram na jurisprudência.

Maioritariamente, ao que saibamos, a solução de considerar o limite parametrado de prazo de prescrição de procedimento por contraordenação nos exactos moldes em que o art. 121º nº 3, do CP, versão de 95, o concebe - como similantemente dispunha o art. 120º do mesmo CP na versão de 1982 - é a seguida nesta Relação, destacando-se, entre tantos outros, os Acs. proferidos nos Recs. nºs. 2141/97, 4295/97, 6635/97, 577/98, 7499/97, 574/98, 1333/98, 2014/98, 2017/98, 3099/98, 5221/98, 7248/98, 6144/98, 1272/99, 1320/99, 2023/99, 2579/99, 6248/99, 5098/97 (publicado no C.J., ano XXII, IV, 153), 6828/99, 5928/99, 7331/99 e 5882/2000, de quem foi relator quem este relata, não se vendo razão para divergir.

Na verdade, a solução preconizada é a que melhor se harmoniza com a natureza do ilícito de mera ordenação social, repercutindo um princípio geral da ordem jurídica nacional de estabelecer limites de contenção ao poder punitivo do Estado e das autoridades administrativas, que, como se escreveu no Ac. desta 3ª Secção proferido no Rec. nº 5928/99, de 03/11/99, "...atinge o regime substantivo das contraordenações, subsidiariamente, como advém dos art.s 120º nº 3, do CP/82, 121º nº 3, do CP/95 e 32º do D.L. 433/82".

É ela, ainda, ditada por uma razão lógica e de elementar justiça, baseada na diferente natureza do ilícito contraordenacional, de ressonância ética de grau menor (alguns autores alemães restringem o campo do ilícito de mera ordenação social à sua condição bagatelar, intercedendo entre ele e o criminal uma diferença quantitativa) quando comparativamente com o ilícito penal, ligado à protecção de bens sem cuja observância é insusceptível a sobrevivência comunitária, enquanto os interesses a proteger no ilícito contraordenacional se cingem à inobservância de princípios conexonados com a economia, a administração pública e autárquica, sistema fiscal e aduaneiro, etc., sem embargo de constituir um direito sancionatório de carácter punitivo, embora não penal - cfr. Jornadas de Direito Criminal, CEJ, I, 329, "O Movimento de Descriminalização", da autoria do Prof. Figueiredo Dias.

Apresentar-se-ia, pois, absolutamente inconciliável com tal reconhecida essência do ilícito de mera ordenação social um entendimento preconizando que o Estado mantivesse a todo o custo a punibilidade das condutas

contraordenacionais, prolongando "ad aeternum" o procedimento, atenta a extrema facilidade em conseguir-se a interrupção da prescrição do procedimento, bastando "quaisquer diligências de prova", "quaisquer declarações (...) do arguido", "qualquer notificação", nos termos do art. 27º, a), b) e c), da LQCO, desconsiderante (tal entendimento) do regime instituído para toda a sorte de crimes, limitando a duração de perseguibilidade penal, no art. 121 nº 3, do CP.

Este ponto de vista não colide com o regime legal das contraordenações, antes se coaduna com ele, e, mais do que isso, é postulado pela unidade do sistema, onde se não concebem distorções à filosofia que o inspira.

Não se descortina qualquer razão para abandonar, neste ilícito, as razões invocadas para a prescrição do procedimento criminal e limitação temporal da perseguibilidade do facto: esbatimento da censura comunitária, redução progressiva dos ideais da prevenção especial e apaziguamento das expectativas comunitárias na punição, cfr. RLJ, 77, 323 e segs., Prof. Beleza dos Santos.

VII - A Exm^a Magistrada do Mº Pº defende que a arguida, por estar incursa em contraordenações de natureza permanente, as previstas no art. 2º, do Dec. Lei nº 371/93, de 29/10, como tal, o início do prazo de prescrição não teve lugar, atento o disposto no art. 119º nº 2 a), do CP, por se manterem os contratos. A decisão administrativa imputou a violação à arguida do preceituado - além do mais - no art. 2º nº 1, als. b), c), d) e f), do Dec. Lei nº 371/93, de 29/10, porque, e recorrendo ao factuaisimo comprovado nos autos, por via do clausulado contratualmente, induziu os seus distribuidores a não comercializar redutos concorrentes (al. c); impôs-lhes a utilização de viaturas, modelo, design, cores e fardamento dos seus funcionários, segundo a sua concepção (al. c) e fixou a remuneração aos seus distribuidores sobre o preço de venda ao distribuidor e atribuição de um abono de frete (als. b), c), d) e f)), comportamentos que tiveram como objectivo e efeito restringir a concorrência comercial.

Este procedimento abusivo teria sido adoptado com relação aos distribuidores (B), (C), (D), (E), (G), (H), (F), (I), (J), (L) e (M).

A arguida, e para visão global dos factos se diz, teria - segundo o ponto sexto da decisão administrativa - "Ao modificar unilateralmente o âmbito do exclusivo contratualmente atribuído aos seus distribuidores (B), (C), (D), (E), (G), (H), (F), (I), (J), (L) e (M), passando a comercializar directamente a certos clientes sem que tenha sido previamente negociado com os distribuidores ou que estes tenham sido objecto de compensação ou de redução correspondente dos seus objectivos de vendas e ao reservar para si o poder de definir quais os clientes a que vende directamente, a arguida abusou igualmente do estado de dependência económica em que aqueles se achavam relativamente à Unicer, tendo por isso violado o art. 4º do Dec. Lei nº 371/93.

E ao "rescindir de forma abrupta as relações comerciais com os distribuidores (B), (C), (D), (E), (F) e (G), a arguida explorou de forma abusiva o estado de dependência económica em que aqueles se achavam relativamente à Unicer, tendo por isso violado o artigo 4º do Dec. Lei nº 371/93", acentuou-se na decisão administrativa e seu ponto quinto.

Com o Dec. Lei nº 371/93, de 29/10, visou-se "integrar numa autêntica lei quadro da política de concorrência os desenvolvimentos próprios de uma economia aberta, em crescente processo de internacionalização e de dinamismo comercial, contribuindo para a liberdade de formação da oferta e da procura de acesso ao mercado, para equilíbrio das relações entre agentes económicos, para favorecimento dos objectivos gerais de desenvolvimento económico social, para o reforço da competitividade dos agentes económicos e para salvaguarda dos interesses dos consumidores.", escreveu-se no seu preâmbulo.

Em consonância, segundo o nº 1 do art. 2º do Dec. Lei nº 371/93, " são proibidos os acordos e práticas concertadas entre empresas (...) que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente:

- a) - (...);
- b) - Fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas no mesmo ou em diversos estádios do processo económico;
- c) - Limitar ou controlar a produção, a distribuição o desenvolvimento técnico

ou os investimentos;

d) - Repartir os mercados ou fontes de abastecimento;

e) - (...);

f) - Recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços".

Por seu turno o art. 4º daquele diploma, inspirado no direito francês, que por sua vez, o buscou no direito alemão, veda a exploração abusiva por uma ou mais empresas do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer fornecedor ou cliente, por não dispôr de alternativa equivalente, nomeadamente quando se traduz na adopção de qualquer dos comportamentos previstos no nº 1 do art. 2º daquele Dec. Lei. Os índices a adoptar para caracterização do estado de dependência respeitam à notoriedade da marca, quota de mercado do fornecedor, peso dos produtos do fornecedor nas vendas do distribuidor e ausência de solução equivalente. VIII - Nos termos do art. 5º do RGCO, o facto considera-se praticado no momento em que o agente actuou ou, no caso de omissão, deveria ter actuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido.

Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente, previstos na Lei, com negligência - art. 8º nº 1, Dec. Lei nº 433/82.

Crimes permanentes, na definição corrente na doutrina, são aqueles cuja execução se prolonga no tempo, como por exº o sequestro, a deserção, a omissão do cumprimento do dever de alimentos, a condução sob influência do álcool e sem licença e a perturbação rodoviária.

Nos crimes permanentes a execução persiste no tempo porque há uma voluntária manutenção da situação anti-jurídica, até que ela cesse, por isso o início do prazo de prescrição se inicia com a cessação do facto executivo - cfr. Maia Gonçalves, CP, Anotado, Ed. 1995, 496.

Aqui o facto punível, segundo Jescheck, Tratado, II, 999, cria um estado anti-jurídico mantido pelo autor, cuja permanência gera a realização ininterrupta do tipo.

Para este autor, nos delitos permanentes a manutenção de estado anti-jurídico criado pela acção punível, depende da vontade do autor, de modo que o facto se renova continuamente - op. cit., I, 357.

Na estrutura do crime permanente, alguns autores, distinguem duas fases: uma que se analisa na produção de um estado anti-jurídico, que nada tem de característico em relação a qualquer outro crime; outra, e esta de natureza verdadeiramente típica, que corresponde à permanência, ou vistas as coisas de outro lado, à manutenção desse evento, e que para alguns autores consiste no não cumprimento do comando que impõe a remoção pelo agente dessa compressão de bens ou interesses jurídicos em que a lesão traduzida pela primeira conduta se reconduz - cfr. Unidade e Pluralidade de Infracções - Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz, pág. 23, nota 1, Prof. Eduardo Correia e deste autor, ainda, Direito Criminal, I, 310.

Dos crimes permanentes se devem distinguir os crimes de estado em que o agente cria um estado anti-jurídico, do qual seguidamente se desprende, sem que esteja permanentemente e a todo o momento a persistir na sua resolução criminosa. É o que o Exmº Conselheiro Maia Gonçalves, no seu CP, Anotado, loc. cit., seguindo de perto Jeschek, nos elucida.

Não deixa de se salientar, na linha do entendimento supra, que no crime permanente, denominado também, de execução permanente, o agente está a actuar com o propósito inicialmente formulado e nunca abandonado, ou seja mantendo em reiteração o "animus" criminoso, decidiu o STJ no seu Ac. de 07/12/89, BMJ 400, 1990,240.

Nos crimes permanentes a infracção renova-se constantemente em todos os seus elementos constitutivos, afirmou-se com inteira justeza no Ac. da Rel. do Porto, de 18/10/2000, C.J., Ano XXV, IV; 2000, 233.

Alimena, in Principii do Diritto Penale, Nápoles, 1910, 399, citado pelo Prof. Germano Marques da Silva, Direito Penal Português, UCP, 231.2, ao comparar o crime permanente com o crime instantâneo utilizava uma expressiva linguagem gráfica: o crime instantâneo é comparado a um ponto, enquanto o permanente a uma ininterrupta linha de pontos.

Nos crimes permanentes a consumação do tipo legal de crime estende-se durante um certo lapso de tempo, teoriza o Prof. Figueiredo Dias, in Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime, Ed. Aequitas, 707.

A essência do crime permanente está em que estes , depois de se realizar não se exaure, mas tende a protrair-se ininterruptamente no tempo: a cessação da permanência constitui o seu exaurimento, a sua consumação - Enciclopédia Del Diritto, XXXVIII, Giuffrè Editore, 856.

Importa considerar que o figurino do crime permanente não é incompatível, como se nos afigura evidente, com a contraordenação permanente.

De atentar, ainda, que o sistema contratual ajustado entre a arguida e a rede de distribuidores basicamente assentou num contrato-modelo celebrado em 1985, havido já por limitativo das regras de concorrência, em ofensa ao preceituado no nº 13 do Dec. Lei nº 422/83, de 03/12, contrato que foi reformulado pelo de 1995.

Nos contratos mais antigos, segundo o clausulado, a área concessionada em exclusivo não era acompanhada de uma ressalva, como no de 1995 consta, prevendo-se aqui a possibilidade de clientes directos, naqueles se incluindo, além do mais, as grandes superfícies comerciais, reiteradas àquela exclusividade, em benefício da arguida, que com elas podia comercializar, além de que se inscreveu no contrato a restrição de venda de produtos correntes - fls. 2339 e 2340.

Esta última cláusula foi eliminada por aditamento ao contrato de 1995, estabelecendo-se a possibilidade de se introduzir uma cláusula pela qual o distribuidor se obriga a não negociar cervejas, refrigerantes e águas, se tal vier a ser lícito.

IX - A Unicer Cervejeira, SA, celebrou contratos com os seus distribuidores, e neles terá inserido cláusulas de eventual contrariedade à Lei, surtindo resultados "contra-legal"; criou um estado anti-jurídico, isto é em obediência a um modelo contratual pré-definido.

De sublinhar que os ilícitos permanentes se não confundem com ilícitos de efeitos duradouros ou permanentes - cfr. op. e loc. cit., do Prof. Eduardo Correia.

Este o entendimento, também, de Bettiol, in Diritto Penale, Parte Geral, III, 210, para quem não se deve confundir o crime instantâneo com o crime permanente quando de um crime instantâneo derivam efeitos que se podem considerar permanentes, dado que se prolongam no tempo. Os efeitos dizem respeito às consequências nocivas que podem derivar do crime, mas não podem alterar-lhe a estrutura pelo que se refere à instantaneidade da consumação.

A arguida ao reger-se por modelos contratuais pré-estabelecidos, de cujos termos de cumprimento pontual, ponto por ponto, não abdicou ou distanciou, em reiterada e constante vinculação às estipulações negociais insertas, impondo-as e querendo-as, fiscalizando-as a todo o momento, até cessação da sua vigência, tipifica uma conduta contraordenacional permanente e não instantânea, mesmo de efeitos permanentes, a pressupor o desprendimento de tais efeitos, o que se não verificou, pelo que estaremos em presença de uma contraordenação a pautar como permanente.

Até cessação dos efeitos dos contratos a arguida manteve, por intermédio dos seus responsáveis, uma permanente resolução ilícita, que reiterou e da qual não se absteve. E portanto o início do prazo de prescrição só começa a contar-se após a cessação do facto censurável.

X - Chegados a este momento é altura de dedicarmos atenção ao facto de a autoridade administrativa, antes de o Mº Juiz se decidir pelo arquivamento do processo por prescrição, ao abrigo do art. 70º nº 2, com referência ao art. 64º nº 3, ambos do Dec. Lei nº 433/82, não ter sido ouvida.

Essa conduta omissiva não catalogada como nulidade, envolve simples irregularidade que devia ter sido arguida, segundo o modelo legal desenhado no art. 123º, nº 1, do CPP, a saber: dentro do prazo de 3 dias a contar da data em que aquela foi notificada de acto praticado no processo e por ela, visto ser a própria interessada, falecendo ao Mº Pº legitimidade para, substituindo-se àquela, a invocar.

O tribunal pode ordenar oficiosamente a reparação de qualquer irregularidade desde que ela possa afectar ao valor do acto praticado - nº 2, do art. 123, do CPP - , em nada saindo afectada a validade do acto decisório consequentemente àquela omissão. Onde a inocuidade da arguição em causa.

XI - Do posto já é possível responder à questão colocada no recurso, ligada à prescrição.

Aqui releva de sobremodo a distinção nele introduzida, a partir das conclusões respectivas, tal como o Mº Pº as subscreve, balizando o objecto do recurso, o poder cognitivo deste Tribunal.

Na verdade, o Mº Pº na sua 22ª conclusão circunscreve o momento temporal da prática do ilícito contraordenacional configurante da violação ao art. 4º do Dec. Lei nº 371/93, de 29/10, a data anterior a 11/09/96, ao afirmar que "Para as condutas da arguida que consubstanciam a prática da contraordenação tipificada no art. 4º do Decreto-Lei nº 371/93, de 29 de Outubro (Lei de Defesa de Concorrência) é possível sustentar que o prazo terá começado a correr em 11/09/1996". O prazo em alusão é, sem dúvida, o prazo de prescrição do procedimento por contraordenação.

No que às presumíveis infracções restantes concerne é imperativo observar-se o que consta a fls. 2432, da extensíssima decisão administrativa; que se transcreve:

"i) - A rescisão dos contratos com os distribuidores acima identificados, que ocorreu nas datas constantes dos autos (1994/1995 e 1996);

ii) - A modificação unilateral do âmbito do exclusivo contratualmente atribuído aos seus distribuidores acima identificados relevando para a determinação da coima na medida em que foram continuados após 1 de Janeiro de 1994, só tendo sido regularizados após a entrada em vigor do contrato-tipo de 1995, cuja data pode ser fixada no segundo semestre de 1995 (fls. 770 e segs.)".

No que em relação às infracções presumivelmente integrantes do art. 4º, do Dec. Lei nº 371/93, respeitando ao aproveitamento da arguida da condição económica débil dos seus distribuidores, levando-os à ruína, o Mº Pº, retira-lhes natureza permanente, porém no que tange às infracções ao art. 2º nº 2, do Dec. Lei nº 371/93, expressamente retira a ilação, na 26ª conclusão, de que se trata de contraordenações permanentes, dado que se traduzem na inserção de cláusulas ainda hoje em vigor, pelo que a restrição concorrencial começou a produzir-se no momento em que os contratos entraram em vigor e, até hoje, ainda não cessou.

Ora os autos fornecem elementos, como a própria entidade administrativa salienta, diversamente que o Mº Pº sustenta, que os contratos celebrados e condições marginais à Lei cessaram os seus efeitos pois foram objecto de cessação por rescisão, por resolução unilateral ou revogação, esta por acordo entre as partes, como a seguir demonstrará.

Assim com os distribuidores (B), a rescisão operou em 31/12/95 - fls. 86, 2347 e 2349; (C), em 01/03/95, - fls. 3271 e 24 da decisão administrativa; (D), em 31/12/95 - fls. 2348, 3265 e 3284; (E), em 31/12/95 - fls. 750 a 753, 3290 e 2349; (G), em 1994 - fls. 2349 e 3309; (F), em 1995 - fls. 3293, 3296 e 2349; (I), em 26/08/96 - fls. 232; (H), em 13/05/96 - fls. 3328 e 3329; (J), em 12/07/96 - fls. 106; (M), em 1995 - fls. 669; (L), em 09/12/97 - fls. 1690 e 1745.

Desta enumeração dos factos, para efeitos prescricionais temos que situar-nos entre 1994 e 09/12/97, datas entre as quais vigoram os contratos em condição marginal à Lei a partir dessa cessação se contará o início do prazo da prescrição e 30/09/96, com relação ao abuso de direito na contratação com os distribuidores, atento o estágio de fragilidade económica em que se achavam, como o Mº Pº defende.

XII - De frisar que, em data recente, o Supremo Tribunal de Justiça, com força uniformizadora da jurisprudência, proferiu o acórdão, ainda inédito, no processo nº 1205/98, em 08 de Março do corrente, fixando a seguinte jurisprudência:

"A regra do nº 3 do art. 121º do C. penal, que estatui a verificação da prescrição do procedimento quando, descontado o tempo de suspensão tiver decorrido o prazo normal da prescrição, acrescido de metade, é aplicável, subsidiariamente, nos termos do art. 32º do Regime Geral das Contra-Ordenações (Decreto-Lei 433/82, de 27 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei nº 244/95, de 14 de Setembro), ao regime prescricional do procedimento contra-ordenacional".

XIII - Nestes termos, considerando a aplicação, em forma subsidiária, do art. 121º, nº 3 do C. Penal, em obediência àquele aresto uniformizador, e na sequência do exposto, que o prazo prescricional de procedimento é de dois anos, acrescendo metade, sem ressalva pois, de qualquer prazo de suspensão da prescrição (forma de contagem que o Mº Pº não aplica correctamente) - frisamos que os actos suspensivos são apenas os previstos

no art. 27-A, do R.G.C.O. ou em Lei avulsa - a prescrição já se havia consumado em 1999 (1996 + 2 + 1), antes mesmo de os autos serem remetidos a este Tribunal pela autoridade administrativa; em 28/09/2000 já havia prescrito o procedimento por contra-ordenação, exceção feita quanto a (L), efeito que, entretanto, terá ocorrido em 09/12/2000 (09/12/97 + 2 + 1).

XIV - Decisão

Resta declarar extinto o procedimento contra-ordenacional por prescrição.

Confirma-se a decisão recorrida, negando-se provimento ao recurso.

Sem tributação.

Lisboa 28/03/2001.