

PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO:
CONSUMAÇÃO E PRESCRIÇÃO

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO
DE LISBOA DE 29 DE JANEIRO DE 2014

I — Relatório

L..., S.A. (...) interpôs recurso de impugnação da decisão contra si proferida pela Autoridade da Concorrência (de ora em diante designada por AdC), que lhe aplicou uma coima no valor de € 341.098,00, pela prática de uma contraordenação p. e p. pelos arts. 4.º, 43.º/1-a) e 44.º, da Lei 18/2003, de 11-6 (Lei da Concorrência, de ora em diante designada por LdC).

Efetuada julgamento pelo Tribunal recorrido, veio o recurso a ser julgado improcedente.

A arguida recorreu, de novo, concluindo as alegações nos termos que se transcrevem:

(...)

17. O Tribunal *a quo* considera irrelevante para efeitos de determinação da infração o facto de ter dado como provado que os contratos não foram implementados a partir de 2005 (cf. páginas 65, 71 e 72 da Sentença), desconsiderando o tipo subjetivo do artigo 4.º da Lei da Concorrência, aplicável às infrações permanentes pelo objeto.

18. Sucede que a infração terá de ser determinada atendendo ao concreto comportamento da arguida na relação comercial que estabeleceu com os seus distribuidores.

19. Como decorre da jurisprudência dos tribunais portugueses, a infração pelo objeto tem de ser necessariamente dolosa (cf., *inter alia*, Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 31-07-2007, Proc.

n.º 1050/06.TYLSB, pág. 31; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07-11-2007, Proc. n.º 7251/2007-3).

20. No caso concreto, tendo a conduta da L sido configurada pelo Tribunal recorrido como uma infração permanente pelo objeto, seria necessária a demonstração da existência continuada de dolo (cf. Acórdão da Relação de Lisboa de 28-03-2001, Proc. n.º 00112623; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21-09-1994, Proc. n.º 461823), o que é contrariado pelo facto dado como provado de que, a partir de 2005, as partes se afastaram do contrato, convergindo no entendimento de que os distribuidores eram livres de determinar os seus preços de revenda (cf. página 57 da Sentença).

21. Como refere Luís Morais, para determinar se existe convergência entre as partes quanto à conduta qualificada como ilícita, releva «o exame *in concreto* do comportamento continuado das empresas em causa e não qualquer acto de formalização de um suposto entendimento, pois o que releva para o direito da concorrência é a substância do comportamento das empresas».

22. Refere o mesmo Autor que o estado anticoncorrencial perdura enquanto as empresas não se dissociarem do encontro de vontades por si gerado.

23. Na exacta medida em que o próprio Tribunal recorrido dá como facto provado que o regime de fixação de preços previsto nos contratos deixou de ser implementado a partir de 2005 por vontade das partes (cf., desde logo, página 57 da Sentença), impõe-se concluir que o tipo subjetivo da infração deixou de estar preenchido (porque deixou de haver dolo).

24. Deixou de verificar-se a renovação contínua dos elementos do tipo e, conseqüentemente, a unicidade da infração entre 2003 e 2010.

25. A jurisprudência é clara no sentido de que, nas infrações permanentes, o agente está atuar com o propósito inicialmente formulado e nunca abandonado, mantendo em reiteração o *animus* (cf. Acórdão da Relação de Lisboa de 28-03-2001, Proc. n.º 00112623).

26. A infração tem assim de se renovar constantemente em todos os seus elementos constitutivos, devendo existir uma unidade do dolo (cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21-09-1994, Proc. n.º 461823; Acórdão de 07-12-1989, *BMJ* 400,1990, pág. 240).

27. A conduta dolosa e, por inerência, a infração por fixação de preços de revenda nas relações comerciais com os distribuidores, teria assim de ser circunscrita aos anos de 2003 e 2004.

28. Os factos ocorridos durante este período já prescreveram nos termos previstos na Lei da Concorrência (cf. alínea *b*) do n.º 1 do artigo 48.º da Lei da Concorrência).

(...)

Nestes termos e nos melhores de direito que V. Exas doutamente suprirão, requer-se:

- a) Seja a L absolvida da infração por que vem condenada, dando-se como provado que a mesma cessou em 2004 por falta de preenchimento do tipo subjetivo entre 2005 e 2010;
- b) Seja declarada prescrita a infração que se tenha por verificada entre 2003 e 2004.

(...)

*

Contra-alegou o Ministério Público, concluindo as respetivas alegações nos termos que se transcrevem:

«1 — O artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11/06 que tem a sua fonte no artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, proíbe os acordos entre empresas que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, delimitando tipos de mera atividade e perigo, na modalidade de aptidão e tipos de resultado e de dano.

2 — A arguida, entre 2003 e 2006, celebrou 59 contratos com os seus distribuidores em que estabeleceu restrições à livre fixação do preço.

3 — A fixação de preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respetivo cliente, devendo resultar tão só do livre jogo do mercado, com respeito pelas regras e princípios reguladores do mercado.

4 — No caso *sub judice* estamos perante um tipo de mera atividade e de perigo — art. 4.º, n.º 1, al. *a*) — no qual apenas se exige “que uma empresa celebre com outra um acordo que tenha por objeto o impedimento, o falseamento ou a restrição de forma sensível da concorrência no todo ou em parte do território nacional”.

5 — Pelo que independentemente dos concretos efeitos que se possam ter produzido, há por si só uma infração anticoncorrencial por objeto, pois que os contratos são aptos a restringir a concorrência.

6 — A Arguida sabia serem ilegais as cláusulas de fixação de preços, mas quis mantê-las e manter a vigência dos contratos, pelo menos até 2010, tendo agido sempre com dolo.

7 — Nos termos do disposto no artigo 48.º, n.º 1, al. b), Lei 18/2003 o prazo prescricional da contraordenação objeto dos autos é de 5 anos e estamos perante uma contraordenação de carácter permanente.

8 — Não tendo os contratos celebrados entre 2003 e 2006 sido revogados, pelo menos até 2010, não se mostra exaurido o prazo prescricional.

9 — A coima única aplicada mostra-se corretamente doseada e adequada.

10 — A douta sentença recorrida fez boa apreciação dos factos e do direito, não se mostrando violado qualquer preceito legal.

Em face do exposto, deverá ser negado provimento ao recurso e confirmada a douta decisão recorrida».

*

Contra-alegou a Autoridade da Concorrência, concluindo as respetivas alegações nos termos que se transcrevem:

«I. Não se concorda com o conceito de objeto restritivo da concorrência adotado pela L nem com a tese por esta sustentada sobre a verificação do dolo numa infração desta natureza, no sentido de que o mesmo cessou em 2005, com as seguintes consequências, invocadas pela L: (i) a infração verificada após 2005 não seria punível, uma vez que as infrações por objeto só são puníveis por dolo mas não por negligência, por exigência não da lei mas do próprio conceito de objeto restritivo da concorrência; (ii) a infração anterior a 2005 já estaria prescrita, pelo que também quanto a esta a L não poderia ser condenada.

II. O objeto restritivo da concorrência (previsto no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, norma violada pela conduta ora em apreço) e no artigo 101.º do TFUE (cuja interpretação constitui uma referência orientadora da interpretação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003) significa a adequação objetiva do acordo, considerado no seu contexto económico, e não a intenção das partes no acordo, sendo esta a orientação do TJUE e dos tribunais nacionais — e que, cremos, subjaz ao decidido na Sentença recorrida — e da doutrina.

III. A tese defendida pela L segundo a qual o objeto restritivo da concorrência só é punível por dolo e não por negligência, pressupõe que o conceito de objeto se reconduziria à intenção de lesar a concorrência. Não sendo esse o correto conceito de objeto restritivo da concorrência, falece a tese sustentada pela L, podendo uma conduta restritiva da concorrência pelo seu objeto ser punível tanto quando se verifique o dolo como quando se verifique a negligência, como, aliás, estipulado pelo legislador no artigo 43.º, n.º 6, da Lei n.º 18/2003.

IV. A imposição pelo fornecedor ao distribuidor de preços de revenda fixos ou mínimos e margens comerciais (doravante, de modo abrangente, na referência à fixação de preços incluiremos a fixação de margens) constitui um ato objetivamente adequado a restringir a concorrência, configurando uma infração pelo objeto (não sendo necessário, sequer, apurar os respetivos efeitos restritivos da concorrência).

V. Acresce que a fixação de preços é uma infração grave, preenchendo o requisito da “sensibilidade” da conduta exigido pelo artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 e pelo artigo 101.º do TFUE, como estabelecido pela jurisprudência do TJUE e nacional e pela Comissão Europeia no Regulamento n.º 330/2010 e nas Orientações Relativas às Restrições Verticais, entendimento este que nos parece ter sido corretamente seguido na Sentença.

VI. No caso dos autos, a infração foi cometida com dolo porquanto a L agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da infração que lhe é imputada, sabendo que a sua conduta é proibida por lei, mas tendo ainda assim querido realizar todos os atos necessários à sua verificação.

VII. Na apreciação do dolo, deve ainda ser tida em conta a circunstância de a L ter celebrado um elevado número de contratos (59), com 55 entidades diversas, em momentos diversos, com o mesmo clausulado de fixação de preços.

VIII. O dolo da infração não cessou em 2005: em 2006 ainda foram celebrados contratos com o mesmo clausulado e os contratos não foram revogados, mantendo-se em vigor na ordem jurídica, o que é, à luz dos conceitos jusconcorrenciais, suficiente para se entender que, mantendo-se as vontades alinhadas na manutenção dos contratos, o objeto restritivo da concorrência manteve-se até, pelo menos, 2010 (data em que a L declarou à AdC que aqueles eram os contratos em vigor), tendo também sido confirmada a não revogação dos contratos na audiência de julgamento que teve lugar em 2013.

IX. O cumprimento ou incumprimento dos contratos no que toca à fixação de preços, após 2005, não é relevante para a aferição da permanência de uma infração com objeto restritivo da concorrência (como entendido pela jurisprudência do TJUE, e seguido na Sentença); só o seria se estivesse em causa apurar se a infração produziria concretos efeitos restritivos da concorrência, aspeto irrelevante nos presentes autos uma vez que foi imputada uma infração apenas pelo objeto e não pelo efeito (ou também pelo efeito).

X. A manutenção dos contratos não pode ser imputável a uma alegada violação de um dever de cuidado, por parte da L, que celebrou, como acima mencionado, 59 contratos com 55 entidades em momentos diferentes; manifestou expressamente a consciência da vigência dos contratos ao indicar à AdC no decurso do processo contraordenacional, em 2010, que aqueles eram os contratos em vigor, sem nunca os revogar, não obstante ter sido notificada da nota de ilicitude e da Decisão e confirmando em 2013 que os contratos não foram revogados.

XI. Pelos mesmos motivos, não existiu qualquer revogação tácita dos contratos, nem se pode entender que a fixação de preços aí contida passasse a corresponder, materialmente, a uma recomendação de preços.

XII. Também pelos mesmos motivos, não se verificou a prescrição no presente processo contraordenacional relativamente às infrações de 2003 e 2004, sendo a infração permanente e não tendo ainda cessado, na medida em que as vontades das partes nos contratos permaneceram alinhadas quanto à manutenção dos contratos até, pelo menos, 2010, confirmando-se, aliás, a sua não revogação também em 2013.

XIII. Finalmente, não se vê qualquer fundamento para a dispensa ou redução da coima.

Termos em que se requer que seja negado provimento ao Recurso na totalidade, mantendo-se, na íntegra, a douta Sentença Recorrida, assim se fazendo justiça».

II — Questões a decidir

Do art. 412.º/1, do CPP resulta que são as conclusões da motivação que delimitam o objeto do recurso e conseqüentemente, definem as questões a decidir em cada caso, exceptuando aquelas questões que sejam de conhecimento officioso.

As questões colocadas pela recorrente, arguida, são:

- A cessação da infração, a partir de 2005, por falta de dolo;
- A prescrição da infração praticada anteriormente a 2005;
- A dispensa e redução da coima.

*

III — Fundamentação de facto

Na sentença recorrida foram considerados provados os seguintes os factos:

(...)

1.2 Contratos de distribuição no segmento H

25. A L possuía, em Setembro de 2010, 55 distribuidores em Portugal (...).

26. Para cada distribuidor referido infra, a Arguida apresentou os seguintes contratos de distribuição:

(...)

27. Nos termos dos referidos contratos de distribuição, o distribuidor compra à L os produtos listados no Anexo I do contrato para os revender aos seus próprios clientes e aos clientes transferidos pela L (e que anteriormente eram fornecidos diretamente pela L) em geral do canal H, referidos no Anexo II e localizados na zona indicada no Anexo III dos contratos (...).

28. Na cláusula 5.ª dos contratos, lê-se que (...):

“1. [...] o segundo outorgante [o distribuidor] fica obrigado a praticar e respeitar, como preços mínimos obrigatórios, os preços de venda pré-tabelados pela L, ficando desde já estabelecidos, a partir da data que antecede as assinaturas do presente contrato e até alterações futuras, os preços que constam da tabela que fica junta e a constituir o Anexo IV.

2. As margens de comercialização e as demais remunerações, diretas ou indiretas, do segundo outorgante por esta sua atividade de compra e venda, bem como o seu modo e forma de pagamento, vão definidas no Anexo V”.

29. O distribuidor fica ainda obrigado, nos termos do n.º 1 da cláusula 8.ª dos referidos contratos, “b) a praticar preços de revenda aos clientes por si fornecidos no respeito pelas tabelas e pela facturação da L” (...).

30. Nos anexos IV e V dos referidos contratos, encontram-se definidos, entre outros, e para cada produto comercializado, o preço de revenda do distribuidor aos seus clientes (“P. Revenda Distribuidor”) e/ou a sua respetiva margem comercial (...).

31. Os anexos, com efeito, não têm todos o mesmo formato, sendo que alguns só indicam, para cada produto comercializado, o preço de venda da L ao distribuidor (“Net Price Distribuidor”) e o preço de revenda do distribuidor (“P. Revenda Distribuidor”).

32. Outros contratos contêm anexos mais completos, sendo a margem total do distribuidor fixada pela L, em geral, no anexo V dos referidos contratos.

33. Assim, em todos os contratos de distribuição assinados entre a Arguida e os seus distribuidores no canal H, o preço de revenda do distribuidor encontra-se expressamente fixado pela L nos contratos (diretamente ou indiretamente, sendo a própria margem de revenda fixada pela L).

34. Sublinha-se ainda que o “incumprimento pontual, pela outra parte, de qualquer das suas obrigações legais ou contratuais” é motivo para a outra parte de resolução do contrato (...).

(...)

1.7 Conclusões quanto à matéria de facto

70. Nos termos expostos, resulta assim em síntese provado, com fundamento na prova referenciada supra, que:

(i) A L dedica-se à produção e comercialização de laticínios (parágrafo 10), procurando estar presente nos diversos canais, nomeadamente no canal H;

(ii) A L celebrou aproximadamente 60 contratos de distribuição com distribuidores ativos no canal H entre 2003 e 2006 que, na sua grande maioria, não foram revogados, pelo que ainda se encontravam em vigor;

(iii) Estes contratos referem-se principalmente aos produtos infra listados, relativamente aos quais a L estima possuir a seguinte quota de mercado:

(...)

(iv) Nos termos da cláusula 5.ª dos referidos contratos, (a) o distribuidor fica obrigado a praticar e respeitar os preços de venda pré-tabelados pela L e (b) as suas margens direta e indireta, por esta atividade de compra e venda, encontram-se fixadas no próprio contrato.

(v) A obrigação de respeitar os preços e revenda fixados pela L ainda se encontra no n.º 1 alínea b) da cláusula 8.ª do contrato.

71. A arguida agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da infração que lhe é imputada, bem sabendo que a sua conduta era proibida por lei, mas tendo ainda assim querido realizar todos os actos necessários à sua verificação.

72. A arguida não controlava na prática os preços que os distribuidores cobravam aos seus clientes, nem nunca suscitou o incumprimento de algum contrato por tal motivo.

73. Pelo menos desde 2005, os distribuidores, na prática, fixavam livremente os seus preços de revenda, e a L considerava-os livres de fixarem tais preços, sem prejuízo de a L nunca ter formalmente cessado os contratos e de em 2006 ter celebrado contratos com idêntico clausulado.

74. A abertura da rede própria de distribuição da L a terceiros, com a consequente celebração dos contratos em causa, foi geradora de eficiências: permitiu a entrada no mercado de novos operadores, a melhoria da rede de distribuição, a redução de custos ineficientes, aumentou a liberdade de escolha dos consumidores, com vantagens concorrenciais.

75. Não se conhecem antecedentes contraordenacionais da arguida por idênticos factos.

(...)

V — Fundamentos de direito

Da qualificação do comportamento a partir de 2005, e da prescrição da infração praticada até 2005

Entende a recorrente que em face do provado em 72, 73 e 74 a infração restringiu-se aos anos de 2003 e 2004, porque deixou de haver comportamento doloso da sua parte e, nessa medida, está prescrita porque o procedimento contraordenacional se iniciou a 10 de Setembro de 2010. Constrói a sua tese

mediante o entendimento de que se verificou infração ao tipo do art. 4.º da LdC, quer quanto ao elemento objetivo quer quanto ao subjetivo.

Entende que se verificou infração ao tipo objetivo, do art. 4.º/LdC, porquanto a sentença equiparou execução dos contratos com a verificação de efeitos restritivos da prática proibida. Funda-se numa passagem da sentença que refere que *«a inclusão em contratos de cláusulas segundo as quais se fixam os preços, ou se estipulam preços mínimos obrigatórios, a praticar pelos distribuidores e/ ou as respetivas margens comerciais, integra por si só uma restrição sensível da concorrência, independentemente dos efeitos de tal contrato, os quais se prendem com a execução do mesmo e o seu cumprimento ou não cumprimento»*.

Claramente a recorrente não se deu conta do significado da transcrição, que literalmente não faz a equiparação que refere. Mas facilmente se percebe que a sentença distingue, e bem, efeitos restritivos, que diz que não ocorreram a partir de determinada data, com efeitos de execução. Antes dessa frase consta expressamente que: *«Ainda que pelo menos desde 2005 não se tenha apurado qualquer efeito restritivo da concorrência, mantêm-se na ordem jurídica, perfeitamente em vigor, e produzindo efeitos obrigacionais para ambas as partes, ainda que na prática não cumpridos, vários contratos com cláusulas que consubstanciam restrições da concorrência pelo seu objeto. Assim, ainda que não haja produção de efeitos anticoncorrenciais, a infração por objeto permanece»* e depois consta ainda que *«Assim, existiu uma restrição sensível da concorrência, em virtude do objeto do clausulado contratual, não tendo a AdC que empreender a prova dos efeitos anticoncorrenciais concretos derivados da execução contratual»*, o que não tem outro significado que não seja a precisão da distinção pela qual a recorrente pugna.

Aliás, a mesma sentença define com absoluta clareza aquilo que está em causa nos autos: *«A infração imputada consiste na violação do Direito da Concorrência em cláusulas de determinados contratos que, por si só, são restritivas da concorrência, independentemente da produção concreta de efeitos, os quais são à partida presumidos pelo legislador. Assim, o desvalor da infração permanecerá, em nosso entender, enquanto o contrato continuar em vigor. A infração deve qualificar-se, pois, de permanente e não de instantânea»*.

Entende, ainda, que se verificou infração ao tipo subjetivo do art. 4.º/LdC, porquanto a questão relevante não é a subsistência dos contratos com cláusulas restritivas mas a relação comercial concretamente estabelecida com os seus distribuidores. Defende a tese de que o preenchimento do tipo subjetivo em infrações permanentes sobre o objeto carece de ser doloso, pelo que *«é neces-*

sário que esteja preenchido o tipo subjetivo doloso, o que significa que os autores da prática que preenche o tipo objetivo têm de ter conhecimento e vontade de praticar a restrição pelo objeto que está em causa, no caso em apreço a fixação dos preços de revenda dos distribuidores da L».

E, a partir da confusão que estabelece entre a restrição que advém da manutenção em vigor dos vários contratos com cláusulas que consubstanciam restrições da concorrência pelo seu objeto e a restrição que adviria da concreta implementação prática dessas mesmas cláusulas, com efeitos restritivos, defende a tese de que a não implementação prática do clausulado anticoncorrencial, desde 2005, determinou a ausência do dolo da sua atuação.

A tese é improcedente, porque ainda que se pudesse dar por garantida a necessidade do dolo para o preenchimento do tipo subjetivo, a questão dos autos não se coloca a nível de efeitos dos acordos mas do objeto dos mesmos, contido nas cláusulas 5.ª e 8.ª, acima transcritas, que fizeram parte da contratação realizada até 2006 e que subsistiam em 2010, no óbvio interesse da recorrente. O facto ilícito consiste na inclusão nos contratos das cláusulas referenciadas e de mais nada. Por isso mesmo o dolo do tipo ocorre, porque a vontade determinante da inclusão dessas cláusulas nos contratos não sofreu alteração, sendo que conforme refere o MP na contra-motivação *«é forçoso concluir, não só pelo espírito mas desde logo pela letra do Regulamento e das respetivas Orientações que a conduta assumida pela L não está abrangida pela isenção conferida pelo Regulamento (CE) n.º 330/2010»*. Isto porque *«a fixação de preços de revenda pela L, nos moldes previstos nos contratos, não deixa margem de liberdade aos distribuidores que lhes permita determinar efetivamente o preço de revenda dos produtos e, assim, diminuir o preço de revenda fixado»; «desta forma, a fixação pela L de preços de revenda — nomeadamente através da proibição de descontos, na medida em que são fixadas também as margens de comercialização e outras remunerações — restringe a capacidade de os distribuidores poderem concorrer entre si, já que elimina a concorrência pelo preço dos produtos, em prejuízo dos consumidores finais que deixam de poder beneficiar de produtos a preços mais reduzidos»* e porque *«a restrição da liberdade de formação dos preços produz necessariamente uma distorção no mercado, como também expandido na Sentença do 2.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 11.3.2008, nos seguintes termos: “[A] fixação dos preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respetivo cliente, não havendo qualquer justificativo para que seja imposto (por uma entidade terceira que não está inserida no circuito prestador/comprador) ao primeiro e, conseqüentemente, também ao segundo. A fixação do preço deve resultar apenas e tão só do livre jogo*

do mercado, tendo embora que respeitar certas regras e princípios, regras essas que visam regular o funcionamento do mercado e não colocar-lhe entraves e introduzir-lhe distorções. Ora o acordo celebrado pelas arguidas [no caso, uma fixação horizontal de preços], pelo seu próprio objeto, interfere com o regular funcionamento do mercado na medida em que influencia necessariamente a formação da oferta e da procura (sendo o fator 'preço' decisivo neste binómio oferta/procura) e que elimina a incerteza do comportamento das empresas concorrentes [p. 61]».

Quanto à questão da caracterização do dolo nos tipos de mera atividade e de perigo, previstos no art. 4.º, da Lei 18/2003, o MP dilucida-a de forma bastante clara, na contra-motivação, quer na perspetiva daquilo que vem sendo a orientação da jurisprudência nacional, quer da jurisprudência comunitária, sendo suficiente à solução da questão a reprodução do entendimento exarado, acompanhado da nossa declaração de inteira concordância.

Tomando por referência a interpretação da norma feita pelo Ac. desta Relação de 7/11/2007, no proc. 7251/07-3, que diz que «O primeiro dos tipos descritos nesta disposição legal exige apenas que uma empresa celebre com outra um acordo que tenha por objeto o impedimento, o falseamento ou a restrição de forma sensível da concorrência no todo ou em parte do território nacional», defende que «Não há qualquer referência, neste aresto, à exigência de uma intenção de lesar a concorrência, como elemento integrador do conceito de "objeto", nem em qualquer outro aresto de tribunais nacionais proferidos em processos contraordenais por infração ao regime jurídico de defesa da concorrência».

Tomando por referência a doutrina e jurisprudência da UE, refere que «Considerando a origem da norma constante do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, é imprescindível, para a respetiva interpretação, atender (como faremos ao longo da presente Resposta) à prática das instituições da União Europeia e à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE"), também em observância do princípio da aplicação uniforme do direito da concorrência da União Europeia, consagrado no Regulamento n.º 1/2003, bem como à doutrina interpretativa dos arestos do TJUE» (RICHARD WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 6.ª edição, 2009, p. 116) apresenta uma definição do "objeto" anticoncorrencial, baseada nos desenvolvimentos da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que se traduz como «Há tipos de acordos cujo caráter anticoncorrencial pode ser determinado simplesmente pelo seu objeto; a expressão 'objeto' neste contexto não significa a intenção das partes aquando da celebração do acordo, mas sim o sentido e orientação objetivos do acordo considerado no contexto económico em que

deverá ser aplicada». «No mesmo sentido, encontram-se vários Acórdãos do TJUE, por exemplo, os proferidos nos processos *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA*, proc. C-29/83, *Sandoz Prodotti Farmaceutici*, proc. n.º 277/87, *Tréfilunion*, proc. T-148/89, e *General Motors*, proc. C-551/03. Assim, um acordo tem por objeto restringir a concorrência sempre que, considerado no seu contexto económico, esse seja o seu sentido e propósito objetivos e independentemente da intenção das partes».

«A tese defendida pela L segundo a qual o objeto restritivo da concorrência só é punível por dolo e não por negligência, pressupõe, na verdade, que o conceito de objeto se reconduziria à intenção de lesar a concorrência». «Não sendo esse, como demonstrado, o correto conceito de objeto restritivo da concorrência, falece a tese sustentada pela L, podendo uma conduta restritiva da concorrência pelo seu objeto ser punível tanto quando se verifique o dolo como quando se verifique a negligência». «Acresce que, independentemente da discussão conceitual, a tese da L esbarra num obstáculo inelutável: o legislador, no artigo 43.º, n.º 6, da Lei n.º 18/2003, estipulou que as infrações são puníveis também por negligência sem estabelecer qualquer distinção entre as infrações por objeto ou por efeito».

E acrescenta: «Sublinhe-se, ainda, que não existe qualquer aresto do TJUE que mencione a necessidade de intenção para que uma infração por objeto seja punível» «fixar preços é um ato objetivamente adequado a impedir, falsear ou restringir a concorrência»; «a imposição direta de preços de revenda fixos ou mínimos é um dos exemplos de restrição grave da concorrência, por objeto direto, apontados pela Comissão Europeia nas Orientações Relativas às Restrições Verticais».

Além do exposto, há ainda a considerar que, constituindo a própria celebração dos referidos contratos com os distribuidores uma infração pelo objeto, independente do resultado, inexistente fundamento para a conclusão recursiva de que deixou de haver dolo a partir do momento em que a arguida deixou de controlar os preços praticados pelos distribuidores. Inexistente fundamento, porque não houve desoneração contratual, tendo-se mantido em vigor pelo menos até 10 de Setembro de 2010 (data do início do procedimento) o clausulado dos preços tabelados, sendo que estava nas mãos da arguida reagir perante qualquer prática dos distribuidores contrária ao tabelamento, porquanto, por força da vigência dos contratos, ela manteve os direitos, de exigir aos distribuidores o cumprimento desse clausulado, e/ou de resolver os contratos. É claro que a manutenção do clausulado em apreço (28 do provado) só se pode dever ao reconhecimento pela arguida de que dali lhe podia advir qualquer vantagem,

pois de outra forma não se percebe o motivo pelo qual o manteve vigente, durante anos, pelo menos até 2010 (início do procedimento contraordenacional), bem sabendo que esse clausulado era subsumível a infração à Lei da Concorrência. Aliás, a recorrente justificou-se dizendo que isso se deveu a exigências da prática comercial e flexibilidade exigidas pelo mercado (ponto 38 do provado), donde se conclui pela possibilidade de se prevalecer ulteriormente desse mesmo clausulado. Não seria, necessariamente, uma questão de manter preços de referência mas de fazer operar as cláusulas *qua tale*.

Em face do exposto, entende-se que o dolo subsistiu inalterado por todo o período em que a recorrente manteve o clausulado vigente, quer tenha feito uso dos poderes que ele lhe atribuía, quer não.

Em resultado disto não se pode falar num novo acordo, implementado em 2005, porque pura e simplesmente ele não existiu. O que houve foi um hiato de tempo durante o qual a recorrente não fez uso dos seus poderes, *ex contractu*, que nunca se alteraram.

A recorrente extrapola nitidamente do provado na defesa da sua tese de cessação do dolo e da conseqüente infração. Mas o que se provou, com relevo para a questão que coloca, foi apenas o que consta dos pontos 27 a 34 e 70 a 73, sendo que o que consta dos pontos 35 a 39 se reporta à descrição da política de preços, na perspetiva da arguida, ou seja, é a explicação que ela deu, o que não se confunde com aquilo que se veio a provar. Ou seja: provou-se que a arguida explicou o que consta nos pontos 35 a 39, provou-se que essa é a sua versão, mas não se provou que essas explicações sejam verdadeiras, que tenham aderência à realidade. O mesmo vale por dizer que os factos desses pontos 35 a 39 são, em rigor, inócuos para qualquer solução plausível das questões jurídicas de fundo.

O que aconteceu foi que a arguida deixou de controlar os preços convencionalmente tabelados, o que fez por sua recreação e não por via de alteração dos clausulados restritivos neles contidos. Não tem cabimento falar em revogação tácita desse clausulado, porque não se provou qualquer facto concludente nesse sentido, sendo certo que nos termos do artigo 217.º/1, do CC, apenas pode ser havida como tácita a declaração negocial quando esta «se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revela». E muito menos se provou qualquer facto conducente à conclusão de que qualquer um dos outros contraentes tenha entendido que se tivesse operado uma revogação.

A revogação consiste na destruição voluntária da relação contratual pelos próprios autores do contrato. Ora, pura e simplesmente, o que se prova, é que a arguida deixou de fiscalizar o cumprimento desse clausulado, por sua conta e risco, sem que alguma vez isso tenha resultado de um encontro de

vontades entre ela e os seus distribuidores, ainda que não escrito, mas relativo à revogação das cláusulas 5.ª e 8.ª. Claro que se tem por assente que a ausência de funcionamento desse clausulado beneficiaria os distribuidores, mas isso não significa que eles tivessem qualquer meio de defesa, assente que fosse numa declaração tácita da recorrente, para se opor ao funcionamento do mesmo, assim que a recorrente o resolvesse assumir de novo. Aliás, ela própria manifesta o entendimento de que, afinal, o clausulado vigorava, se bem que na forma de recomendação. Resulta daqui que os efeitos restritivos ínsitos nos contratos jamais foram eliminados, pelo que a tese doutrinária de Luís de Moraes (*Os conceitos de objeto e efeito restritivos da concorrência e a prescrição das infrações de concorrência*, Almedina, Coimbra, 2009), convocada na motivação do recurso, não tem, neste processo, campo de aplicação.

Aliás, ainda em 2006 (ponto 26) foram celebrados contratos com o mesmo clausulado sendo que, «*nos termos da cláusula 5.ª dos referidos contratos, (a) o distribuidor fica obrigado a praticar e respeitar os preços de venda pré-tabelados pela L e (b) as suas margens direta e indireta, por esta atividade de compra e venda, encontram-se fixadas no próprio contrato*», sendo que «*(v) A obrigação de respeitar os preços e revenda fixados pela L ainda se encontra no n.º 1 alínea b) da cláusula 8.ª do contrato*» (ponto 70 do provado).

A solução de irrelevância jurídica contraordenacional do não cumprimento, pelos distribuidores, do clausulado de tabelamento dos preços de revenda, nestes contratos restritivos da concorrência pelo objeto, não é sequer novidade jurisprudencial. Já no acórdão Sandoz prodotti farmaceutici SpA, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) afirmou que: «*o facto de o fornecedor não ter tomado medidas para fazer respeitar pelos seus clientes uma cláusula de um contrato que tem por objetivo restringir a concorrência não basta para subtrair essa cláusula à proibição do artigo [101.º, n.º 1]*».

Em face da manifesta improcedência da argumentação do recorrente que se suporta na referida confusão, improcede a pretensa falta de dolo, a partir de 2005.

Toda a teoria que o recorrente exara acerca da figura do crime permanente (caso em que há um único crime que se mantém no tempo — o que não se confunde com o crime continuado!) aplica-se ao caso, com a particularidade que a factualidade ilícita não se alterou, quer no elemento objetivo quer no subjetivo. Ou seja, improcede a primeira das questões colocadas neste recurso e com ela o primeiro dos pedidos formulados.

E, improcedendo a pretensa falta de dolo a partir de 2005, daí decorre que tem solução negativa a questão que versa a prescrição — do procedimento contraordenacional e não da pena — pois que, conforme acertadamente refere a

sentença recorrida: «A inserção em contratos de cláusulas consideradas anticoncorrenciais pode ser entendida como uma infração permanente, relativamente à qual, nos termos do artigo 27.º do RGCO e do artigo 119.º do Código Penal, o prazo de prescrição conta-se a partir do momento em que cessar a consumação.

No caso concreto, não tendo havido uma revogação dos contratos celebrados pela L até pelo menos 2010, data em que a L os entregou à AdC como contratos em vigor com os seus distribuidores, independentemente dos efeitos dos contratos, a infração objetiva perdurou pelo menos até tal data, evitando o decurso do prazo da prescrição. (...)

Não é pois correto afirmar que existe uma conduta dolosa que cessou em 2005 e uma conduta negligente subsequente, pois que a conduta global imputada é dolosa. (...)

O prazo da prescrição não se conta antes de 2010 e apenas se poderá contar desde a data de cessação de cada um dos contratos. Assim, o prazo de prescrição ainda não decorreu».

Pelo exposto, também improcede a segunda questão e o segundo dos pedidos formulados.

(...)

VI — Decisão

Acorda-se, pois, negando provimento ao recurso, em manter a decisão recorrida nos seus precisos termos.

Lisboa, 29/01/2014

Maria da Graça M. P. dos Santos Silva
Ana Paula Grandvaux Barbosa (*)

Anotação

I — Introdução

O presente acórdão da Relação de Lisboa representa uma oportunidade para estabelecer um diálogo com a jurisprudência nacional

(*) Processo n.º 18/12.OYUSTR.E1 L1-3, disponível em www.dgsi.pt.

relativamente a variadas questões dogmáticas suscitadas pelo tipo contraordenacional de *Acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas restritivas da concorrência*, inscrito atualmente no art. 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio. Nele assomam problemas como a determinação do conteúdo típico dos acordos anticoncorrenciais, a caracterização das modalidades de infração que nele se abrigam e sua qualificação na perspetiva do bem jurídico tutelado, o esclarecimento do momento da respetiva consumação e seu reflexo sobre a contagem do prazo de prescrição do seu procedimento sancionatório ou a possibilidade da sua punição não apenas nos casos de dolo, como também ainda de negligência.

Considerando esta rica variedade de importantes tópicos dogmáticos que despontam no caso *sub judice*, mais do que propriamente discutir as concretas decisões sobre ele tomadas no acórdão, constitui nosso propósito apresentar uma visão integrada sobre esta fenomenologia, em ordem a poder apontar as linhas de enquadramento contraordenacional que para eles se nos afiguram devidas. Nessa medida, na nossa análise privilegiaremos as fontes normativas que atualmente se dirigem à regulação desta matéria das práticas restritivas da concorrência: a Lei n.º 19/2012, que revogou e substituiu a Lei n.º 18/2003; e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que, neste domínio, tomou o lugar do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

II — As relações entre o direito europeu da concorrência e o direito contraordenacional português da concorrência

A caracterização do tipo-de-ilícito contraordenacional de Acordo restritivo da concorrência pelo objeto⁽¹⁾ deve levar em decisiva linha de conta a teleologia própria do direito da concorrência e os termos em que as condutas anticoncorrenciais em apreço são perspetivadas no

(1) Ao longo da exposição usaremos indistintamente as expressões “objeto” e “objetivo” para caracterizar o acordo anticoncorrencial aqui em discussão, pretendendo sempre significar, como infra se explicitará, “acordo celebrado com *objetivo* restritivo da concorrência”.

plano jusconcorrencial, *maxime*, do incontornável *acquis* comunitário ⁽²⁾. Trata-se, de resto, de uma metodologia que, em boa verdade, está longe de ser exclusiva dos ilícitos contraordenacionais da concorrência. Tal como no domínio jusconcorrencial, também noutros importantes e complexos campos da juridicidade contraordenacional (como, por exemplo, o dos valores mobiliários, o do ambiente ou o do laboral) uma correta densificação do conteúdo dos seus tipos contraordenacionais pressupõe necessariamente uma exegese que integre a gramática geral contraordenacional no horizonte de compreensão próprio do domínio normativo em questão.

Isto assente, importa em todo o caso também, e no sentido inverso, sublinhar que, por maiores e mais relevantes que sejam as especificidades do direito da concorrência, não podem elas ser levadas ao ponto de subverter ou comprometer o cerne dos princípios e das estruturas típicas nucleares do direito sancionatório que é legalmente chamado a assegurar a sua tutela, no caso português, o direito de mera ordenação social. Deste modo, mesmo reconhecendo-se a enorme importância que a jurisprudência comunitária assume neste contexto, deve ter-se sempre presente que o que está aqui diretamente em causa não é a aplicação do direito europeu da concorrência, mas sim do direito contraordenacional português da concorrência. Ora, se é certo que os quadros normativos deste se mostram larga e profundamente influenciados pelos daquele, tal não significa que entre um e outro deva haver uma relação de total identidade ou sobreposição, de modo algum podendo aceitar-se que as soluções no âmbito nacional não sejam mais do que um decalque das do direito comunitário.

Será tanto mais assim quanto, como no caso em anotação, esteja em causa uma prática anticoncorrencial insuscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros e como tal inidónea a desencadear a aplicação do art. 101.º-1 do TFUE, caindo portanto sob a exclusiva alçada

⁽²⁾ Assim, Luís D. S. MORAIS, *Os Conceitos de Objecto e Efeito Restritivos da Concorrência e a Prescrição das Infrações de Concorrência*, Almedina, 2009, p. 11 e ss.

da legislação nacional ⁽³⁾. Mas mesmo na hipótese de simultânea violação daquele preceito do Tratado e do art. 9.º da Lei n.º 19/2012, sendo a sua perseguição sancionatória assegurada pela Autoridade da Concorrência e pelos tribunais portugueses (cf. art. 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho), caber-lhes-á aplicar tanto o direito europeu como o direito nacional (art. 3.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003). Caso em que a infração ao disposto no n.º 1 do art. 101.º do TFUE assumirá relevo sancionatório entre nós pela via da sua qualificação legal como contraordenação (arts. 67.º e 68.º, n.º 1, *b*), da Lei n.º 19/2012), punível — determina-o aquele art. 67.º — nos termos definidos pelos arts. 68.º a 74.º da nova Lei da Concorrência.

O espaço de relativa autonomia que assim sempre deve ser reconhecido ao direito sancionatório nacional da concorrência, levando a que possam acolher-se como válidas soluções normativas não inteiramente coincidentes com aquelas que fazem curso na jurisprudência comunitária, é tanto mais de salvaguardar quanto nos deparamos aqui com um quadro sancionatório de extraordinária severidade. Deve recordar-se que desde a primeira hora, e na senda da via contraordenacional encetada pela *Kartellgesetz* alemã de 1957 ⁽⁴⁾, o legislador português apontou o direito de mera ordenação social como o berço natural da tutela sancionatória das práticas restritivas da concorrência ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Cf. *LTM/MBU c. Comissão*, Acórdão do TJ de 30-06-1966 (Proc. 56/65): “na medida em que o acordo pode afetar o comércio entre Estados-membros é que a alteração da concorrência provocada por este acordo é abrangida pelas proibições de direito comunitário contidas no artigo 85.º, enquanto que, no caso contrário, essa alteração lhes escapa”. E na doutrina, por todos, ANDRÉ DECOCQ/GEORGES DECOCQ, *Doit de la Concurrence. Droit Interne et Droit de l'Union Européenne*, 4.ª ed., Lextenso, 2010, 314. e ss.

⁽⁴⁾ HANS-HEINRICH JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, *Juristen-zeitung*, 1959, p. 458, e JOCHEN-MICHAEL BOLENIUS, *Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Wettweberbs — und Kartellrecht*, Eberhard-Karls-Universität, 1965.

⁽⁵⁾ Cf. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27/10: “Mas são, sobretudo, as necessárias reformas em domínios como as práticas restritivas da concorrência, as infrações contra a economia nacional e o ambiente, bem como a proteção dos consumidores, que tornam o regime das contra-ordenações verdadeiramente imprescindível”.

Fruto da crescente importância que entre nós, essencialmente em virtude do processo de integração europeia, foi sendo adquirida pelos bens jurídicos do domínio da concorrência, com o correr do tempo tornou-se ele um exemplo paradigmático da rutura legislativa ⁽⁶⁾ em relação ao modelo de moderação sancionatória que o nosso direito de mera ordenação social começou por conhecer, assente numa conceção de neutralidade ética das condutas por si tuteladas e das suas sanções ⁽⁷⁾.

Independentemente da posição de princípio em relação à natureza do ilícito contraordenacional ⁽⁸⁾, o certo é que as infrações do setor da concorrência são hoje o protótipo das chamadas “grandes contraordenações”, atenta a pesadíssima carga sancionatória das coimas para elas cominadas ⁽⁹⁾. Correspondendo o limite máximo da coima aplicável às práticas restritivas da concorrência a 10% do volume de negócios da empresa condenada, não raro os ilícitos contraordenacionais anticoncorrenciais praticados por pessoas coletivas poderão ser ameaçados com coimas superiores à pena de multa máxima que lhes seria abstratamente

⁽⁶⁾ Criticamente, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal português”, in: *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, Lisboa, CEJ, 1996, p. 31, e FREDERICO COSTA PINTO, “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, *RPCC*, 1997, Fasc. 1.º, p. 14 e ss. Noutra direção, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, 2013 (dissertação de doutoramento apresentada à FDUC, no prelo), § 23.

⁽⁷⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, *RLJ*, 116.º ano, 1983-1984, n.º 3716 e s., pp. 330 e ss. e 364 e ss., e “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in: *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I*, Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 321 e ss.

⁽⁸⁾ No nosso caso, na linha da sua autonomia substancial, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, I*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, 7.º Cap., § 9 e ss., e na linha da sua integração no direito penal considerado em sentido amplo, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, § 37 e *passim*.

⁽⁹⁾ Cf. KLAUS TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3.ª ed., Carl Heymanns Verlag, 2010, n.º m. 51, e ainda, em tom fortemente crítico, HANS ACHENBACH, “Ordnungswidrigkeiten — ein Phänomen im Dunkelfeld der kritischen Strafrechtstheorie”, in: *Beulke et. al., Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts*, BWV, 2009, p. 101 e ss.

aplicável pelo cometimento de crimes, mesmo em caso de concurso de infrações criminais ⁽¹⁰⁾. Uma severidade sancionatória que deve impor rigor máximo na observância dos princípios e regras gerais do direito de mera ordenação social, vários deles com relevância constitucional, nomeadamente, o princípio da legalidade na sua vertente de tipicidade (art. 29.º-1 da CRP) ⁽¹¹⁾.

Desta consideração dos ilícitos anticoncorrenciais numa perspetiva integrada nos quadros de validade geral do direito contraordenacional deve, além do mais, resultar um relacionamento entre a qualificação dos tipos contraordenacionais e o esforço probatório necessário para a sua demonstração processual distinto daquele que é timbre da jurisprudência comunitária. Nesta assoma uma clara tendência para conceber os ilícitos restritivos da concorrência em função da carga probatória exigível à acusação e à defesa, numa lógica de ónus da prova e de definição dos pressupostos da punição em boa medida moldada pela maior ou menor dificuldade de demonstração probatória de certas realidades. Trata-se, no entanto, de uma lógica que é inconciliável com o princípio de prevalência do direito substantivo sobre o direito processual, entendido no sentido de que é este que é instrumental daquele e não o contrário ⁽¹²⁾.

Em nosso modo de ver, as exigências de prova devem ser estabelecidas em função dos elementos que compõem o tipo legal e não o inverso.

⁽¹⁰⁾ Devendo considerar-se que, em função da aplicação conjugada dos arts. 77.º-2 e 90.º-B do Código Penal, o limite máximo da moldura penal conjunta da pena de multa aplicável em caso de concurso de crimes praticados por pessoas coletivas não pode exceder os 3000 dias, a punição penal de um ente coletivo não poderá nunca ultrapassar os 30 milhões de euros — cf. NUNO BRANDÃO, “O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal”, *Revista do CEJ, n.º 8 (especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, 2008, p. 49 e s.

⁽¹¹⁾ Pela extensão da aplicação do princípio da legalidade criminal consagrado no n.º 1 do art. 29.º da CRP ao direito de mera ordenação social, FIGUEIREDO DIAS, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 330, J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 498, e NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, § 39.

⁽¹²⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1974, p. 9 e s.

Não se põe em causa que a avaliação das dificuldades probatórias deva ser levada pelo legislador ao momento da criação e definição de conteúdo dos tipos legais, sendo isso mesmo que, aliás, em boa parte explica uma tendência generalizada para a amplitude crescente que os tipos de perigo, em especial de perigo abstrato, vêm conhecendo por toda a parte. Mas uma vez definido o conteúdo do tipo legal, é este, repetimos, que deve comandar o esforço probatório exigível para a determinação da responsabilidade contraordenacional e não o contrário ⁽¹³⁾.

III — O tipo objetivo de ilícito da contraordenação de “acordo pelo objeto”

1. Infração pelo objeto vs. infração pelos efeitos

Será tendo em devida conta o enquadramento traçado quanto às relações que, do nosso ponto de vista, devem interceder entre a dogmática jusconcorrencial e as dimensões de validade geral do direito de mera ordenação social, que nos propomos agora abordar o momento essencial para a resolução do problema com que a Relação de Lisboa se confrontou, a caracterização do *tipo objetivo de ilícito* da contraordenação de Acordos restritivos da concorrência pelo objeto. Dentre os vários elementos típicos que, como é comumente reconhecido, compõem esta infração — *i*) a existência de uma pluralidade de empresas; *ii*) a formação de um acordo entre elas; *iii*) a restrição da concorrência como seu objeto; e *iv*) o respetivo relevo sobre o mercado nacional —, a nossa atenção dirigir-se-á fundamentalmente aos momentos típicos do acordo propriamente dito e do objetivo anticoncorrencial a ele associado, dada a sua direta relevância para a questão *sub judice*.

Atualmente, este ilícito anticoncorrencial encontra-se tipificado no art. 9.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, tendo a seguinte redação: “São proi-

⁽¹³⁾ Na direção criticada em texto, todavia, FERNANDO PEREIRA RICARDO, “As infrações pelo objecto do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia na jurisprudência da União Europeia”, *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 6, 2011, p. 277 e s.

bidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham *por objeto* ou *como efeito* impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional (...)”.

Este preceituado converge substancialmente com o teor do n.º 1 do art. 101.º do TFUE: “São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham *por objetivo* ou *efeito* impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno (...)”.

A clara e direta filiação do art. 9.º da nossa Lei da Concorrência no art. 101.º do TFUE — este, por sua vez, dando continuidade ao disposto no art. 81.º do Tratado CE e no art. 85.º do Tratado de Roma de 1957 — implica pois, como se referiu, um particular e determinante relevo da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia na densificação do seu conteúdo.

A influência da jurisprudência comunitária começa logo por fazer-se notar na decantação dos tipos legais que se abrigam dentro do texto legal enunciado. Com efeito, tendo em conta a referência alternativa do texto do Tratado a práticas que sejam restritivas pelo seu *objetivo* ou pelo seu *efeito*, desde muito cedo que o Tribunal de Justiça procedeu a uma nítida separação de águas entre as infrações anticoncorrenciais pelo objetivo e infrações anticoncorrenciais pelo efeito. Uma jurisprudência que se mantém ainda hoje atual e remonta já aos acórdãos do Tribunal de Justiça de 1966 tirados nos *casos Consten e Grundig c. Comissão* e *LTM/MBU c. Comissão* ⁽¹⁴⁾:

“Finalmente, para ser abrangido pela proibição do artigo 85.º, n.º 1, o acordo em litígio deve ter «por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum».

⁽¹⁴⁾ Cf. *Consten e Grundig c. Comissão*, Acórdão do TJ de 13-07-1966 (Procs. 56/64 e 58/64), e *LTM/MBU c. Comissão*, Acórdão do TJ de 30-06-1966 (Proc. 56/65).

O caráter não cumulativo mas alternativo deste requisito, indicado pela conjunção «ou», conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objecto do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico no qual se integra.

As alterações da concorrência referidas no artigo 85.º, n.º 1, devem resultar do próprio acordo ou de algumas das suas cláusulas.

Porém, se a análise das cláusulas não revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, há que examinar então os efeitos do acordo e, para que o mesmo possa ser objeto da proibição, exigir a reunião dos fatores que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma apreciável.

A concorrência deve, neste caso, ser apreciada no quadro real em que se produziria se não existisse o acordo controvertido” (15).

Esta conceção que distingue entre objetivos e efeitos anticoncorrenciais, provinda do Tribunal de Justiça, é inteiramente acolhida pela doutrina nacional jusconcorrencial na leitura interpretativa do art. 4.º do RJC de 2003 e do atual art. 9.º da Lei n.º 19/2012 (16), merecendo também a nossa adesão. Daqui resulta portanto que a cobertura sancionatória garantida pelo direito contraordenacional nacional da concorrência em relação a acordos restritivos da concorrência se reveste de uma larga abrangência, indo desde aqueles acordos que *tenham por objeto* impedir, falsear ou restringir a concorrência até aos acordos que *tenham como efeito* impedir, falsear ou restringir a concorrência.

Não obstante a cisão que desde sempre vem sendo sublinhada pela jurisprudência e pela doutrina jusconcorrenciais entre práticas restritivas

(15) LTM/MBU c. Comissão.

(16) Cf. LUÍS MORAIS, *Os Conceitos de Objecto e Efeito*, *passim*; MIGUEL MENDES PEREIRA, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009, p. 102 e ss.; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, *in: Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, Almedina, 2013, Art. 9.º, p. 94 e ss.; e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/FLÁVIA LOUREIRO, *in: Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, Almedina, 2013, Art. 68.º, p. 687.

pelo objeto e pelo efeito, julgamos que umas e outras devem ser vistas como partes complementares de um todo, de um complexo normativo global dirigido à proteção do bem jurídico *concorrência*. Nessa medida, afiguram-se-nos injustificados os receios manifestados em relação a conceções restritivas da amplitude sancionatória do tipo contraordenacional de acordos com objetivos anticoncorrenciais (17). Tais receios derivam de uma propensão para concentrar nesta modalidade típica todos os esforços de proteção da concorrência, como que esquecendo que o legislador adotou uma dupla via de tutela que abrange não só a celebração de acordos com propósitos restritivos da concorrência, como ainda também a produção de efeitos restritivos resultante dos acordos. Queremos com isto significar que não é pelo facto de se entender que certa realidade não cabe já no âmbito normativo da contraordenação pelo objeto que terá necessariamente de concluir-se que assim cairemos numa inadmissível desproteção do bem jurídico *concorrência*. E isto porque subsiste ainda um amplo campo de tutela salvaguardado pela contraordenação de acordos proibidos pelos seus efeitos restritivos da concorrência. A carga probatória será porventura em regra mais pesada aqui do que ali, mas de modo algum tal pode ser assimilado a uma impossibilidade de prova que degenera numa impunidade comprometedora do bem jurídico.

A técnica de tutela neste contexto adotada pelo nosso legislador é afinal similar àquela que se divisa em tantos outros domínios, a saber: conjugar um *tipo de dano* — como é notoriamente o que corresponde à infração pelos efeitos, que entre os seus pressupostos típicos conta com uma *lesão do bem jurídico concorrência* manifestada num efetivo impedimento, falseamento ou restrição da concorrência (18) — com uma guarda avançada para tutela antecipada desse mesmo bem jurídico

(17) LUÍS MORAIS, *Os Conceitos de Objecto e Efeito*, p. 69 e ss.

(18) Neste exato sentido da qualificação desta modalidade típica como infração de dano, Acórdão do TRL de 07-11-2007 (Proc. n.º 7251/2007-3, www.dgsi.pt), FIGUEIREDO DIAS/FLÁVIA LOUREIRO, *in: Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, Art. 68.º, p. 687, e DANNECKER/BIERMANN, *in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 5.ª ed., 2014, § 81, n.º m. 51 e 70.

formada por um *tipo de perigo*, como o é também claramente o tipo contraordenacional de acordos restritivos da concorrência pelo objetivo⁽¹⁹⁾. Compreende-se assim que o instrumentário sancionatório não tenha de aguardar pela real afetação da concorrência para entrar em ação, mas também, em sentido inverso, que não veja esgotadas todas as suas virtualidades logo quando se depara com um cenário de perigosidade típica para o bem jurídico.

2. O conceito de acordo

A ideia de que a infração de acordo pelo objeto constitui um tipo de perigo vai ao encontro e é, no fundo, expressão das linhas fundamentais que o Tribunal de Justiça tem seguido na densificação do art. 101.º, n.º 1, do TFUE. Na realidade, como logo intuiu a Advogada-Geral J. Kokott nas suas conclusões no caso T-Mobile, “em última instância, a proibição da «infração da concorrência pelo objetivo» resultante do artigo 81.º, n.º 1, do Tratado CE assemelha-se portanto aos chamados *delitos de perigo* do direito penal”⁽²⁰⁾.

Dirigindo-se o tipo legal que temos em vista aos “acordos entre empresas (...) que tenham por objeto impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência”, importa antes de mais clarificar o que, para este efeito, deva entender-se por *acordo*.

Sobre este específico e decisivo elemento da factualidade típica, encontra-se estabilizada na jurisprudência comunitária a ideia de que o acordo tipicamente relevante corresponde a uma *convergência de vontades* das empresas para que a sua atuação no mercado passe a processar-se de uma determinada maneira. À semelhança do que sucedeu em muitos outros acórdãos, entendeu o Tribunal de Primeira Instância (TPI) no caso *Hercules Chemicals c. Comissão* que para que de um acordo possa falar-se é suficiente que as empresas em questão hajam manifes-

⁽¹⁹⁾ Cf. infra, sob 2.

⁽²⁰⁾ *T-Mobile Netherlands BV e o.* (Proc. C-8/08), Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, n.º 47.

tado a sua vontade comum de se comportarem no mercado de um determinado modo⁽²¹⁾.

No específico âmbito da infração pelo objeto, o acordo que possui relevância típica é assim aquele que se exprime num *encontro de vontades* entre duas ou mais empresas, independentemente de tudo o mais que se lhe haja ou pudesse ter seguido. Trata-se afinal de uma conceitualização que no essencial corresponde ao sentido mais comum e corrente da ideia de acordo como pacto de vontades, seja ele plastificado numa expressa formalização de resoluções, ou apenas só numa implícita convergência espiritual na prossecução de um programa comum.

Significa isto que para que o acordo se considere perfeccionado não se mostra necessário atender nem à sua *eventual concreta implementação*, nem menos ainda à *produção de efeitos* que desta possam ter decorrido. Uma e outra circunstância são, desta forma, dados sem relevância típica para a consumação do tipo contraordenacional de acordo firmado com objetivo anticoncorrencial. Isso mesmo foi já várias vezes expressamente sustentado pelo Tribunal de Justiça, em conformidade com o conceito de acordo adotado, e mostra-se ainda em linha com a prática sancionatória da própria Comissão Europeia.

A ideia corrente do Tribunal de Justiça de que nesta sede não há razão para fazer depender a imputação de responsabilidade da averiguação dos efeitos concretos de um acordo, desde que se verifique que o seu objetivo é o de restringir, impedir ou falsear a concorrên-

⁽²¹⁾ *Hercules Chemicals N. V. c. Comissão* (Proc. T-7/89), Acórdão do TPI de 17-12-1991, n.º 256: “it is clear from the case-law of the Court of Justice that in order for there to be an agreement within the meaning of Article 85(1) of the EEC Treaty it is sufficient that the undertakings in question should have expressed their joint intention to conduct themselves on the market in a specific way” (versão original inglesa). Ainda neste sentido, além da jurisprudência citada naquele ponto 256. (casos *ACF Chemiefarma N. V. c. Comissão* e *Heintz van Landewyck Sàrl c. Comissão*), cf. em data mais recente o caso *Adriatica di Navigazione c. Comissão*, Acórdão do TPI de 11-12-2003, n.º 88: “para que haja acordo, na aceção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, basta que as empresas em causa tenham manifestado a sua vontade comum de se comportar no mercado de um modo determinado”.

cia ⁽²²⁾, entronca na referida tese de fundo de que o art. 101.º, n.º 1, do TFUE, congrega duas modalidades típicas distintas: a infração pelo objeto e a infração pelos efeitos.

Mas, em bom rigor, a jurisprudência comunitária não se tem ficado por esta desconsideração dos reais efeitos restritivos da concorrência no âmbito da violação da proibição de acordo com objetivo anticoncorrencial, tendo tido já oportunidade de acrescentar que, além dessa irrelevância dos efeitos, deve entender-se que é, ainda aqui, também *irrelevante a eventual concreta execução do plano acordado*, nomeadamente, para efeitos de preenchimento do tipo: “um acordo pode infringir o artigo 81.º, n.º 1, CE ou o artigo 2.º do Regulamento n.º 1017/68, mesmo que os seus termos não tenham, na prática, sido respeitados” ⁽²³⁾.

Este mesmo entendimento no sentido da *desconsideração da execução* do acordo anticoncorrencial pelo objetivo foi já igualmente sufragado pela Comissão Europeia em ordem a fundamentar uma condenação por violação do art. 81.º, n.º 1, do Tratado da CE [101.º, n.º 1, do TFUE], num caso em que, além de não ter apurado quaisquer efeitos perniciosos para a concorrência, a Comissão não logrou sequer comprovar que o plano engendrado pelas infratoras foi posto em execução. Com efeito, na sua Decisão de 29 de Setembro de 2004 no processo instaurado contra as Brasseries Kronenbourg e Brasseries Heineken, a Comissão considerou que, apesar de um acordo de tréguas entre estas firmado nunca ter sido implementado, o propósito restritivo da concorrência que animou o pacto que ambas demonstradamente celebraram deveria ter-se por si só como suficiente para lhes imputar uma violação do n.º 1 do art. 81.º do Tratado CE e puni-las em conformidade ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ *Verband der Sachversicherer c. Comissão*, Acórdão do TJ de 27-01-1987 (Proc. 45/85), n.º 39.

⁽²³⁾ *CMA CGM c. Comissão*, Acórdão do TPI de 19-03-2003 (Proc. T-213/00), n.º 183. Já neste sentido, *Belasco c. Comissão*, Acórdão do TJ de 11-07-1989 (Proc. 246/86), n.º 15.

⁽²⁴⁾ Decisão da Comissão de 29 de Setembro de 2004 relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE (Processo COMP/C.37.750/B2 — Brasseries Kronenbourg — Brasseries Heineken), *JO*, L 184/57, de 15-07-2005.

Entre nós, vem sendo também esta a posição assumida pela Autoridade da Concorrência quanto ao eventual *relevo da execução do acordo* com objetivo restritivo da concorrência em sede de imputação de responsabilidade contraordenacional por infração ao art. 9.º-1 da Lei n.º 19/2012. Caraterizando de igual modo o acordo como um concurso de vontades de empresas concorrentes com vista à definição de um comportamento ou conduta no mesmo mercado em que operam ⁽²⁵⁾, a Autoridade da Concorrência faz sua a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual “um acordo pode infringir o artigo 81.º, n.º 1, CE ou o artigo 2.º do Regulamento n.º 1017/68, mesmo que os seus termos não tenham sido na prática respeitados” ⁽²⁶⁾. E na nossa jurisprudência, nesta mesma linha, entendeu também o presente acórdão da Relação de Lisboa que “o facto ilícito consiste na inclusão nos contratos das cláusulas referenciadas e de mais nada”.

Atenta a jurisprudência comunitária e nacional e a prática decisória tanto da Comissão Europeia, como da Autoridade da Concorrência, parece-nos, em suma, clara a existência de um consenso quanto à definição de acordo como uma *congregação convergente de vontades dirigida a um específico comportamento futuro*. Uma definição, pois, que não chega a integrar nem a concretização do plano delineado pelas empresas intervenientes, nem ainda os efeitos restritivos da concorrência que efetivamente se lhe sigam. Donde, a esta luz, na medida em que não são necessárias para dar corpo ao conteúdo do tipo-de-ilícito objetivo da contraordenação de acordo com objetivo restritivo da concorrência, tanto a execução do acordo como os seus efeitos serão, nesta sede, de considerar como circunstâncias *tipicamente irrelevantes*.

3. A aptidão do plano convencionado para restringir a concorrência

3.1. A aquisição de relevância típica do acordo anticoncorrencial pelo objeto no âmbito do art. 9.º-1 da Lei n.º 19/2012 carece ainda

⁽²⁵⁾ Decisão da AdC de 31-07-2012, 979. (Proc. 2007/02, www.concorrencia.pt).

⁽²⁶⁾ Decisão da AdC de 31-07-2012, 1006.

da verificação de uma concreta *aptidão* do programa acordado para impedir, falsear ou restringir a concorrência. Embora se trate de exigência hoje indiscutida, questão é saber se a mesma decorre diretamente do segmento da norma de proibição de práticas restritivas da concorrência que alude aos acordos que tenham por *objeto* a restrição da concorrência e ainda, em caso afirmativo, se tal aptidão absorve por completo o sentido desse segmento normativo.

Na doutrina da concorrência está longe de ser unívoco o conteúdo a atribuir ao objeto restritivo da concorrência ⁽²⁷⁾, divisando-se tanto concepções marcadamente objetivas ⁽²⁸⁾, como preponderantemente subjetivas ⁽²⁹⁾, como ainda modelos mistos que lhe adscrevem uma dupla dimensão subjetiva e objetiva ⁽³⁰⁾.

Da nossa parte, julgamos haver boas razões para seguir esta última tendência.

Considerando-se os textos dos sucessivos Tratados — o art. 85.º-1 do Tratado de Roma, o art. 81.º-1 do Tratado CE e agora o art. 101.º-1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia — e reconhecendo-se a sua mais do que óbvia influência sobre o teor dos sucessivos regimes legais nacionais proibitivos de práticas restritivas da concorrência, não vemos, contra o que entendeu a Relação de Lisboa, como possa subtrair-se a estes a irredutível marca subjetiva que naqueles se expressa. Pois se é verdade que, v. g., o n.º 1 do art. 4.º do RJC se referia a acordos entre empresas que “tenham por *objeto*” uma restrição da concorrência, não é menos certo que o n.º 1 do art. 81.º do Tratado CE se dirigia a acordos que “tenham por *objetivo*” semelhante restrição. Esta tonalidade claramente subjetiva divisa-se igualmente na versão alemã dos Tratados e na lei alemã da concor-

⁽²⁷⁾ Assim, DANIEL ZIMMER, *in*: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, Band 2, 4.ª ed., C. H. Beck, 2007, § 1, n.º m. 156.

⁽²⁸⁾ LUÍS MORAIS, *Os Conceitos de Objecto e Efeito*, p. 30 e ss., com mais referências bibliográficas nesta direção (nota 44).

⁽²⁹⁾ OKEOGHENE ODUDU, “Interpreting Article 81 (1): object as subjective intention”, *European Law Review*, 2001, p. 60 e ss.

⁽³⁰⁾ DANNECKER/BIERMANN, *GW^B*, § 81, n.º m. 69.

rência, que em uníssono usam o termo “*bezwecken*” (com o fim de...).

Visto o n.º 1 do art. 4.º do RJC sob o prisma do n.º 1 do art. 81.º do Tratado CE — e agora o n.º 1 do art. 9.º da Lei n.º 19/2012 à luz do n.º 1 do art. 101.º do TFUE —, parece-nos pois que onde ali se diz “tenham por objeto” quis o legislador significar “tenham por *objetivo*”, o que acaba por implicar necessariamente uma deslocação deste segmento normativo para o tipo *subjetivo* de ilícito da infração, dada a incontornável feição subjetiva de que o mesmo passa assim a revestir-se. É no fundo esta também a ideia imanente a todas aquelas posições jurisprudenciais ⁽³¹⁾ e doutrinárias ⁽³²⁾ que sustentam uma — a nosso ver exata — incompatibilidade de princípio entre esta infração de acordo pelo objeto e uma imputação sob a forma negligente.

O que vai dito não tem, no entanto, de significar uma apologia de uma total subjetivização dos pactos anticoncorrenciais que possa ir ao ponto de implicar que sob a alçada da proibição das práticas restritivas da concorrência devam cair quaisquer acordos firmados com o fito de restringir a concorrência, mesmo que à partida se revelem de todo em todo inidóneos para alcançar tal propósito; sob pena de, por definição, se assimilar a conduta típica a uma manifestação de tentativa impossível ⁽³³⁾.

Assiste, por isso, razão ao Tribunal de Justiça e à Comissão Europeia quando acentuam a necessidade de aqui se contar com uma consideração sobre a objetiva *idoneidade* da prática acordada para efetivamente restringir a concorrência. Sem embargo, para tanto não nos parece que seja de reconduzir esta exigência ao elemento típico “tenham por objetivo”, designadamente, se, como é pretendido tanto pelo Tri-

⁽³¹⁾ Ac. do TRL de 07-11-2007, cit.

⁽³²⁾ HANS ACHENBACH, “Die Bußgeldtatbestände des GWB”, *in*: Achenbach/Ransiek, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, C. F. Müller Verlag, 2004, n.º m. 12 e 14, DANNECKER/BIERMANN, *GW^B*, § 81, n.º m. 83, e PETER CRAMER/PANOS PANANIS, *in*: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Kartellrecht Kommentar*, 2.ª ed., C. H. Beck, 2009, § 81, n.º m. 14.

⁽³³⁾ Alertando para este risco, DANNECKER/BIERMANN, *GW^B*, § 81, n.º m. 69.

bunal de Justiça como pela Comissão, tal tiver de redundar numa vinculada objetivização desse elemento que dele erradique aquela que é para nós a sua ineliminável dimensão subjetiva.

Esta indesejável consequência não será, porém, inevitável se aquela imprescindível avaliação da aptidão da restrição da concorrência se dirigir não ao acordo propriamente dito e aos fins que o animam, mas às condutas dele objeto, isto é, ao programa anticoncorrencial pactuado entre as empresas, consubstanciado num ou vários dos comportamentos como aqueles que se descrevem nas alíneas do n.º 1 do art. 9.º da Lei n.º 19/2012 ou do n.º 1 do art. 101.º do TFUE. Uma vez que não é o acordo que por si só poderá, sem mais, produzir efeitos nocivos para a concorrência, estando estes sempre dependentes da concreta implementação subsequente do plano nele traçado, é sobre este plano e não sobre o acordo enquanto pura convergência de vontades que o juízo de aptidão deverá incidir.

3.2. Feita esta precisão, vejamos então mais de espaço em que deva consistir essa exigência de aptidão. Uma exigência que se liga intimamente à *ratio* desta específica proibição de práticas restritivas pelo objeto e contribui assim decisivamente para a caracterização do respetivo tipo objetivo de ilícito.

Em consonância com as orientações emanadas da Comissão Europeia, será de entender que “acordos entre empresas são abrangidos pela regra de proibição do n.º 1 do artigo 81.º [agora, do n.º 1 do art. 101.º do TFUE; e no âmbito nacional, do n.º 1 do art. 9.º da Lei n.º 19/2012], quando são *suscetíveis* de ter um impacto negativo apreciável nos parâmetros da concorrência no mercado, como o preço, produção, qualidade do produto, variedade do produto e inovação”⁽³⁴⁾. Em ordem a averiguar se o acordo se mostra realmente apto a ter um influxo negativo sobre a concorrência impõe-se uma análise da materialidade dos factos acordados devidamente contextualizada nas condições de mercado em

⁽³⁴⁾ Comunicação da Comissão: Orientações Relativas à Aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, in: *JO C 101/97*, de 27-04-2004, 16. — it. nosso.

que o plano deverá operar, sendo portanto de repudiar abordagens puramente formalistas⁽³⁵⁾. Destarte, recomenda ainda a Comissão, “para determinar se um acordo tem por objetivo restringir a concorrência, toma-se em consideração uma série de fatores. Estes fatores incluem, em especial, o teor do acordo e os seus objetivos concretos. Poderá também revelar-se necessário apreciar o contexto em que é (ou irá ser) aplicado e a conduta e comportamento efetivos das partes no mercado. Por outras palavras, pode ser necessário examinar os factos subjacentes ao acordo e as circunstâncias específicas do seu funcionamento antes de concluir se uma determinada restrição constitui uma restrição da concorrência por objetivo”⁽³⁶⁾.

Esta orientação advogada pela Comissão em 2004 foi pouco anos depois acolhida pelo Tribunal de Justiça no processo T-Mobile, um caso em que, segundo a Advogada-Geral, o Tribunal se deparou com “a oportunidade de tornar claro quais os requisitos necessários para se constatar a existência de uma prática concertada com objetivos anti-concorrenciais, na aceção do n.º 1 do art. 81.º CE”⁽³⁷⁾.

Aproveitando o ensejo, o Tribunal de Justiça sustentou, tal como antes havia proposto a Comissão, que para este efeito “deve tomar-se em conta o contexto económico no qual o acordo se insere”⁽³⁸⁾, sendo que “basta que a prática concertada seja suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência. Por outras palavras, a prática em causa apenas *tem de ser concretamente apta*, atendendo ao contexto jurídico e económico em que se insere, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum”⁽³⁹⁾.

⁽³⁵⁾ LUÍS MORAIS, *Os Conceitos de Objecto e Efeito*, p. 32 e s., e GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, in: *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, Art. 9.º, p. 94 e ss.

⁽³⁶⁾ Comunicação da Comissão, cit., 22.

⁽³⁷⁾ *T-Mobile*, cit., Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, n.º 1.

⁽³⁸⁾ *T-Mobile Netherlands BV e o.* (Proc. C-8/08), Acórdão do TJ de 04-06-2009, n.º 28. Para uma análise detida sobre este aresto, JOÃO PATEIRA FERREIRA, “Práticas concertadas entre empresas, troca de informações e infrações concorrenciais pelo seu objecto e/ou efeito”, *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 2, 2010, p. 355 e ss.

⁽³⁹⁾ *T-Mobile*, cit., Ac. do TJ de 04-06-2009, n.º 31 — it. nosso.

4. O acordo com objetivo restritivo da concorrência como contraordenação de perigo abstrato sob a forma de tipo de aptidão

Numa transposição das posições expostas para o nosso reduto contraordenacional, ao associar-se *i)* esta posição de princípio no sentido de que para a infração de acordo com objetivo restritivo da concorrência é necessário, mas também suficiente apenas que se apure a concreta aptidão da prática pactuada para afetar a concorrência à *ii)* ideia, também sufragada pela jurisprudência comunitária, de que a celebração do acordo é por si só suficiente para o perfeccionamento da infração, independentemente da sua efetiva execução e dos seus eventuais efeitos, somos inapelavelmente conduzidos para o domínio das *contraordenações de perigo*.

Uma conclusão que, como vimos, foi antecipada pela Advogada-Geral J. Kokott precisamente no caso T-Mobile e é ainda confirmada pelas razões aduzidas pela Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça, com a concordância da doutrina jusconcorrencial maioritária, para justificar a amplitude sancionatória que atribuem ao preceito comunitário que proíbe as práticas restritivas da concorrência, homólogo do n.º 1 do art. 9.º da Lei n.º 19/2012. Para o Tribunal de Justiça, “a distinção entre «infrações pelo objetivo» e «infrações pelo efeito» tem a ver com o facto de determinadas formas de conluio entre empresas poderem ser consideradas, *pela sua própria natureza*, prejudiciais ao funcionamento correto e normal da concorrência” (40).

De um ponto de vista jusconcorrencial, do que se trata, pois, na síntese da Comissão, é de “de restrições que, à luz dos objetivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um *elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência* e relativamente às quais não é necessário, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, demonstrar os seus efeitos concretos no mercado. *Esta*

(40) *Caso Beef Industry e o.*, Acórdão do TJ de 20-11-2008 (Proc. C-209/07), n.º 17, e depois de novo *T-Mobile*, cit., Ac. de 04-06-2009, n.º 29.

presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que *demonstra ser provável* que as restrições da concorrência por objetivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objetivos das regras comunitárias da concorrência” (41).

A invocação do elevado potencial de risco para a concorrência inerente à realização de acordos com aptidão anticoncorrencial como justificação para a sua proibição sob ameaça de coima representa o exemplo acabado de um discurso próprio da caracterização de uma infração de perigo, designadamente, de *perigo abstrato*. Como é sabido, nestas o perigo de ofensa ao bem jurídico constitui motivo da proibição determinada pelo legislador, atenta a elevada perigosidade para o bem jurídico de que o comportamento proibido regra geral se reveste (42). Por isso que tradicionalmente se apela neste contexto a uma ideia de *presunção inilidível de perigo* — a mesma exata ideia que, como acabamos de ver, assoma igualmente nas orientações da Comissão e é bem recebida pela doutrina jusconcorrencial — que, porventura com maior rigor conceitual, poderá condensar-se, numa expressão pedida a Wolfgang Wohlers, na *perigosidade geral imanente* ao comportamento proibido (43).

Temos assim que todos os dados convergem no sentido de que o tipo contraordenacional de acordo com objetivo anticoncorrencial se

(41) Comunicação da Comissão, cit., 21. Nesta linha de que nas infrações que tenham por objetivo a restrição da concorrência vai coenvolvida uma *presunção juris et de jure* de efeitos anticoncorrenciais, cf., pela doutrina maioritária, OKEOGHENE ODUDU, “Restrictions of competition by object — what’s the beef?”, *Competition Law Journal*, 2008, p. 11 e ss., LUÍS MORAIS, *Os Conceitos de Objecto e Efeito*, p. 28 e ss., e JOÃO PATEIRA FERREIRA, “Práticas concertadas entre empresas...”, p. 365.

(42) FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, I, 11.º Cap., § 45.

(43) WOLFGANG WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts — zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, 2000, p. 305 e s., que, pelo que vai dito em texto, prefere falar em delitos de perigosidade antes que de delitos de perigo abstrato. Nesta direção, já HANS JOACHIM HIRSCH, “Gefahr und Gefährlichkeit”, in: Haft et. al. (org.), *Strafgerichtsbarkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller Verlag, 1993, p. 557 e ss.

reconduz a um *tipo de perigo abstrato* ⁽⁴⁴⁾. Dentro da grande categoria que é a dos delitos de perigo abstrato ⁽⁴⁵⁾, julgamos, em todo o caso, que deverá esta infração ser configurada como um *tipo de aptidão* ⁽⁴⁶⁾. Com efeito, ao contrário do que sucede nos clássicos delitos de perigo abstrato, em que a idoneidade da conduta para colocar em perigo o bem jurídico se mostra já rigidamente caucionada pelo legislador, encontrando-se assim subtraída ao juízo do aplicador, nos delitos de aptidão cumpre ao aplicador apurar a concreta perigosidade da conduta para o bem jurídico ⁽⁴⁷⁾. Daí que neles só deva concluir-se pela realização do tipo se numa avaliação *ex ante* se demonstrar que o facto se apresentou como concretamente idóneo a contender com o estado de tranquilidade do bem jurídico. Isto sem necessidade de, num juízo *ex post*, se comprovar que essa perigosidade se materializou na efetiva criação de um perigo concreto ou de um dano para o bem jurídico.

Pelo que vimos já, torna-se agora nítido que não é outro senão este o quadro dogmático para que somos remetidos quando nos confrontamos

⁽⁴⁴⁾ Assim, DANNECKER/BIERMANN, *GWB*⁵, § 81, n.º m. 51. Referindo-se ainda também aqui a estas infrações como “infrações de perigo que visam punir o risco que determinadas condutas no mercado causam à concorrência, enquanto bem juridicamente tutelado”, JOÃO PATEIRA FERREIRA, “Práticas concertadas entre empresas...”, p. 365; e ainda GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, in: *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, Art. 9.º, p. 96.

⁽⁴⁵⁾ Referindo-se ao grupo dos delitos de perigo abstrato como uma “massa amorfa” onde a doutrina faz convergir distintos tipos delituais, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 306. E pela inclusão dos delitos de aptidão no âmbito da categoria dos delitos de perigo abstrato, LOTHAR KUHLEN, “Rechtsgüter und neuartiger Deliktstypen”, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlens (org.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, p. 149, CLAUD ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 4.ª ed., C. H. Beck, § 11, n.º m. 162, e FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*², I, 11.º Cap., § 47.

⁽⁴⁶⁾ Deste mesmo modo, o Ac. do TRL de 07-11-2007; e em termos próximos, qualificando a presente contraordenação como uma infração de perigo abstrato-concreto, a Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 27-02-2012 no caso “SMTZ — Ensino da Condução Automóvel, Lda. e Manuel Rodrigues, Lda.” (Proc. n.º 659/11.3 TYLSB), disponível em www.concorrencia.pt, p. 24.

⁽⁴⁷⁾ KUHLEN, “Rechtsgüter und neuartiger Deliktstypen”, p. 149, e ROXIN, *AT*⁴, § 11, n.º m. 162.

com os termos com que a jurisprudência comunitária e as autoridades da concorrência, europeia e portuguesa, estabelecem a responsabilização das empresas pela realização de acordos com objetivos restritivos da concorrência. Como é próprio dos tipos de perigo abstrato, na sua perspetiva o momento determinante para a imputação de responsabilidade é logo o da celebração do acordo, sendo irrelevantes todas as possíveis vicissitudes subseqüentes, como a sua concreta execução ou a produção de reais efeitos danosos para a concorrência, dada a *presunção de perigo* logo suscitada pelo acordo. Como a afirmação dessa presunção é feita depender do apuramento de uma concreta suscetibilidade do acordo, *rectius*, do programa acordado, para restringir a concorrência, a infração em apreço deve, em bom rigor, qualificar-se como um *tipo de aptidão*.

IV — A prescrição do procedimento contraordenacional relativo à infração de “acordo com objetivo anticoncorrencial”

Densificado que está o conteúdo do tipo-de-ilícito objetivo da contraordenação de acordo com objetivo restritivo da concorrência e feito o correspondente enquadramento dogmático nos tipos de tipicidade em que o ilícito contraordenacional pode regra geral desdobrar-se, importa avaliar a sua repercussão sobre a questão da prescrição do respetivo procedimento contraordenacional.

1. A prescrição do procedimento contraordenacional por infrações anticoncorrenciais

O regime jurídico da prescrição do procedimento por contraordenações restritivas da concorrência previstas no 68.º da Lei n.º 19/2012 consta do seu art. 74.º do mesmo diploma, que, no seu n.º 1, remete para o 119.º do CP no que respeita aos termos em que se deve proceder à contagem do prazo prescricional.

Quanto ao momento de início da contagem daquele prazo prescricional, decorre do art. n.º 1 do art. 119.º do CP que, em geral, o termo inicial é o do dia em que o facto se tiver consumado. Não obstante,

tratando-se de uma infração permanente, dita a alínea *a*) do n.º 2 do art. 119.º do CP que o prazo de prescrição só corre desde o dia em que cessar a consumação.

Foi na base do entendimento de que os acordos restritivos da concorrência pelo objeto constituem uma infração permanente e assim reclamam a aplicação daquele art. 119.º-2, *a*), do CP, que o acórdão sob anotação enquadró o problema da prescrição do procedimento contraordenacional com que foi confrontado.

Trata-se, a nosso ver, de uma posição inconciliável com o entendimento de que a contraordenação em apreço deve considerar-se consumada no momento em que as empresas pactuam um plano que deva considerar-se suscetível de impedir, falsear ou restringir a concorrência. Sendo esse o momento da consumação do facto, temos para nós que será a partir daí, isto é, do ato de celebração do acordo anticoncorrencial que deverá considerar-se iniciada a contagem do prazo de prescrição do respetivo procedimento contraordenacional, tal como estabelece o referido n.º 1 do art. 119.º do CP.

2. Rejeição da tese da infração permanente

A tese da infração permanente sustentada pelo Tribunal da Relação de Lisboa surge na linha da jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa ⁽⁴⁸⁾ e é igualmente sufragada pela doutrina do direito da concorrência, com destaque para Luís Morais ⁽⁴⁹⁾. Como se referiu, essa posição consiste essencialmente em qualificar a contraordenação em análise como uma infração permanente, para assim considerar que a respetiva consumação perdura enquanto as empresas pactuantes não romperem o acordo anticoncorrencial e de modo a que o prazo de

⁽⁴⁸⁾ Cf., por outras, a Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 02-05-2007 no caso “SAHS — Sociedade Aveirense de Higienização de Sal, Lda.; SALEXPOR — Companhia Portuguesa de Sal Higienizado, S.A.; SALMEX — Sociedade Refinadora de Sal, Lda.; VATEL — Companhia de Produtos Alimentares, S.A.” (Proc. n.º 965/06.9 TYLSB), disponível em www.concorrencia.pt, p. 78 e s.

⁽⁴⁹⁾ LUÍS MORAIS, *Os Conceitos de Objecto e Efeito*, p. 59 e ss.

prescrição só comece a correr no momento em que o acordo houver sido desfeito, mediante aplicação do art. 119.º-2, *a*), do CP.

Cremos, porém, que esta posição radica numa equivocada caracterização do conceito de infração permanente e acaba por isso por representar uma abusiva e ilegal forma de aplicação da alínea *a*) do n.º 2 do art. 119.º do CP.

2.1. Deve reconhecer-se que a exata compreensão do conceito de crime permanente a que aquele preceito se refere não é isenta de dúvidas ⁽⁵⁰⁾. Em todo o caso, as incertezas residem na determinação das espécies delituais que sob esse conceito se podem abrigar — os crimes duradouros e eventualmente ainda os crimes de estado — e não propriamente na concretização do conteúdo de cada uma delas.

De acordo com o cânone da doutrina penal, crimes duradouros são aqueles cuja consumação se prolonga no tempo por vontade do agente: “assim, se um estado antijurídico *típico* tiver uma certa duração e se protrair no tempo enquanto tal for vontade do agente, que tem a faculdade de pôr termo a esse estado de coisas, o crime será duradouro” ⁽⁵¹⁾. Entre os exemplos clássicos de delitos duradouros contam-se os crimes de sequestro, de violação de domicílio ou de condução em estado de embriaguez. Com a chamada destes tipos de crime à colação fica claro que nesta espécie de delitos a consumação é iniciada logo quando o tipo-de-ílicito começa por ser preenchido e perdura até que o agente decida pôr termo à conduta típica, sendo que entre um momento e outro subsiste um estado antijurídico *consubstanciado num preenchimento do tipo* mantido sem descontinuidades. O que neste ponto pretendemos sublinhar, atento o seu relevo determinante para o problema que temos

⁽⁵⁰⁾ Sobre essas dificuldades interpretativas, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, Áequitas/Editorial Notícias, 1993, § 1140.

⁽⁵¹⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*², I, 11.º Cap., § 54 — it. nesso. Nestes mesmos termos, na doutrina alemã, por todos, WALTER STREE/DETLEV STERNBERG-LIEBEN, *in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 27.ª ed., Munique, C. H. Beck, 2006, antes do § 52, n.º m. 81, e ROXIN, *AT*⁴, § 10, n.º m. 105.

em mãos, é que o estado antijurídico que compõe o conteúdo do crime duradouro não é um qualquer estado contrário à ordem jurídica, mas sim apenas, como não poderia deixar de ser, um estado que se expresse numa ofensa *típica* duradoura no tempo ⁽⁵²⁾.

Só se for observada esta estrita conexão típica poderá aceitar-se ainda como válida uma construção como aquela que em seu tempo propunha Eduardo Correia para os chamados — a nosso ver, impropriamente ⁽⁵³⁾ — crimes permanentes ⁽⁵⁴⁾, que conhece ainda hoje grande adesão na jurisprudência nacional ⁽⁵⁵⁾ e se vê de certo modo refletida na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa em matéria de concorrência ⁽⁵⁶⁾. Para Eduardo Correia, os crimes permanentes seriam compostos por duas fases, a primeira composta por “todos os actos praticados pelo agente até ao aparecimento do evento, isto é, até à consumação inicial da infração” e a segunda constituída por uma “omissão, que ininterruptamente se escoia no tempo, de cumprir o dever, que o preceito impõe ao agente, de fazer cessar o estado antijurídico cau-

⁽⁵²⁾ Circunscrevendo expressamente o estado antijurídico próprio do crime duradouro ao estado antijurídico *típico*, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*², I, 11.º Cap., § 54, ROXIN, *AT*⁴, § 10, n.º m. 105, e GÜNTER STRATENWERTH/LOTHAR KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 6.ª ed., Carl Heymanns Verlag, 2011, § 12, n.º m., 131. Assim, ainda o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 54/1998 (relator: Henriques Gaspar), *DR, II Série*, de 28-04-1999, p. 6352: “Nos crimes permanentes, a manutenção do estado antijurídico criado pela acção punível depende da vontade do seu autor, de maneira que, em certo modo, o facto se renova continuamente. Há lugar a uma *unidade de acção típica* (em sentido *estrito*) no crime permanente. Aqui o facto punível cria um estado antijurídico mantido pelo autor, mediante cuja permanência se vai realizando ininterruptamente o tipo” (it. nosso).

⁽⁵³⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*², I, 11.º Cap., § 54.

⁽⁵⁴⁾ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, Almedina, 1963, (com a colaboração de Figueiredo Dias), p. 311. Em linha convergente, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português. Parte Geral*, I, 4.ª ed., Verbo, 1992, p. 139.

⁽⁵⁵⁾ Cf. Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 54/1998, cit., p. 6352.

⁽⁵⁶⁾ Cf., v. g., a referida Sentença de 02-05-2007 no caso *SAHS e outras*, p. 78 e s. Aderindo igualmente a esta formulação, LUIS MORAIS, *Os Conceitos de Objecto e Efeito*, p. 66 e ss.

sado” ⁽⁵⁷⁾. Parece-nos existir um certo artificialismo nesta conceção do crime permanente como figura híbrida, misto de ação e de omissão, dado que a parte em que identifica e autonomiza um momento omissivo traduzido na violação do dever de abstenção de ofensa do bem jurídico não é mais, afinal, do que a consequência inerente à dimensão imperativa ou de determinação que dá corpo a todas as normas de proibição ⁽⁵⁸⁾. Como quer que seja, porém, também nesta construção de Eduardo Correia se mostra suficientemente clara uma *exigência de tipicidade* do estado antijurídico duradouro, conatural ao por si chamado crime permanente. É que, na sua tese, a fonte jurídica do dever de abstenção inerente ao sobredito momento omissivo é nem mais nem menos do que o preceito *típico*, que continua a ser violado enquanto perdura a execução, dele emanando por isso, durante todo esse tempo, um “comando que impõe a remoção” ⁽⁵⁹⁾ de tal estado antijurídico.

Ao lado dos delitos duradouros, e por contraposição a eles, a doutrina penal, sobretudo alemã, identifica ainda os chamados delitos de estado (*Zustandsdelikten*) ou, como Eduardo Correia lhes chamava, delitos de efeitos permanentes ⁽⁶⁰⁾. Nestes também se constata que ao momento (do início) da consumação típica sobrevém um estado antijurídico, só que neles é somente a produção do facto típico propriamente dita que é objeto de desvalor penal ⁽⁶¹⁾. É o que sucede, paradigmaticamente, em delitos de resultado e de dano como o furto ou a ofensa à integridade física ⁽⁶²⁾. De um e de outro resultam consequências juridicamente desaprovadas que podem perdurar no tempo, sem que todavia, como é evidente, se deva considerar que a consumação não

⁽⁵⁷⁾ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 310.

⁽⁵⁸⁾ Cf. NUNO BRANDÃO, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2006, p. 98 e ss.

⁽⁵⁹⁾ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 310.

⁽⁶⁰⁾ EDUARDO CORREIA, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Almedina, 1996 (reimp.), p. 23, nota 1, e na jurisprudência mais recente o Ac. do TRC de 09-02-2011 (Proc. 53/10.3TBTCS.C1, www.dgsi.pt).

⁽⁶¹⁾ S/S/STREE/STERNBERG-LIEBEN, *StGB*²⁷, antes do § 52, n.º m. 82.

⁽⁶²⁾ ROXIN, *AT*⁴, § 10, n.º m. 106, aponta mesmo os crimes de resultado como o domínio por excelência dos delitos de estado.

cessa enquanto tal estado não desaparecer. A figura de delito de estado abarca ainda crimes de mera atividade como a bigamia ou a falsificação do estado civil, já que também nestes deve considerar-se que a consumação “termina logo com a criação do estado ilícito”⁽⁶³⁾. Como compreende ainda, no direito contraordenacional, infrações como a edificação de uma obra sem licença de construção⁽⁶⁴⁾ ou a realização não autorizada de um aterro⁽⁶⁵⁾.

Como neste contexto começámos por referir, eventuais dúvidas que possam suscitar-se em relação à amplitude do conceito de crime permanente constante da alínea *a)* do n.º 2 do art. 119.º do CP residem na questão de saber se o mesmo congrega só os delitos duradouros ou ainda também os delitos de estado. Considerando os fundamentos que justificam o instituto da prescrição⁽⁶⁶⁾ e atendendo a que o desvalor que fundamenta a punição dos delitos de estado se esgota no momento da sua consumação, não acompanhando os efeitos que eventualmente lhe sobrevivam, em nosso entender só os delitos duradouros podem entrar no âmbito da definição da figura de crime permanente inscrita no art. 119.º-2, *a)*, do CP, dela devendo ficar portanto arredados os delitos de estado. Posição que de há muito vindo sendo sustentada pelo primeiro subscritor desta anotação⁽⁶⁷⁾ e é, além disso, sufragada pela generalidade da nossa jurisprudência através da tradicional distinção entre crimes permanentes e crimes de consumação instantânea com efeitos permanentes⁽⁶⁸⁾.

2.2. Precizado o conteúdo de infração permanente a que se reporta a alínea *a)* do n.º 2 do art. 119.º do CP, no fundo inteiramente sobre-

⁽⁶³⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, II*, § 1140. Ainda nesta direção, referindo-se igualmente aos exemplos elencados em texto, ROXIN, *AT*⁴, § 10, n.º m. 106.

⁽⁶⁴⁾ Acs. do TRC de 04-06-2008 (Proc. n.º 2631/07.9 TBPBL), de 13-01-2010 (Proc. n.º 1180/09.5TBFIC.C1), de 05-01-2011 (Proc. n.º 604/10.3TALRA.C1), de 19-01-2011 (Proc. n.º 849/10.6 TBCBR.C1), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁽⁶⁵⁾ Ac. do TRG de 17-01-2011 (Proc. n.º 731/10.7BBCL.G1, www.dgsi.pt).

⁽⁶⁶⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, II*, § 1124 e ss.

⁽⁶⁷⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, II*, § 1140.

⁽⁶⁸⁾ Cf. Acórdãos citados nas notas 64 e 65.

ponível ao de infração duradoura, importa então verificar se nela se integra a contraordenação de acordo com objetivo anticoncorrencial. Perante o exposto, cremos que dúvidas não poderão subsistir de que a resposta deverá ser negativa.

Constitui entendimento indisputado no âmbito jusconcorrencial que à imputação desta infração acordo pelo objetivo são alheias quaisquer considerações atinentes à produção de efeitos anticoncorrenciais, não sendo ainda sequer necessário comprovar a concreta implementação da prática anticoncorrencial pactuada. Sendo, aliás, justamente por isto que todas as opiniões convergem no sentido de que a infração se consuma no momento em que o acordo é fechado, sem mais⁽⁶⁹⁾, isto é, nas palavras da Autoridade da Concorrência, “sem necessidade de qualquer tipo de constatação ulterior”⁽⁷⁰⁾. Ou, como aqui afirma a Relação de Lisboa: “O facto ilícito consiste na inclusão nos contratos das cláusulas referenciadas e de mais nada”. Assim é, não porque se entenda que o acordo criou já um estado antijurídico, mas *porque se presume* que do acordo virá a resultar uma situação nociva para a concorrência de duração mais ou menos longa no tempo. Significa isto que aquando da consumação *o estado antijurídico é tido como presumido* — uma presunção que, como vimos supra, confere fundamento à proibição e à punição, justificando a qualificação da infração como

⁽⁶⁹⁾ Recorde-se só a Decisão da Comissão Europeia de 29-09-2004 no caso *Brasseries Kronenbourg* e os acórdãos nos casos *Belasco c. Comissão*, n.º 15, e *CMA CGM c. Comissão*, n.º 183. Por isso se não compreende a advertência de LUÍS MORAIS, *Os Conceitos de Objecto e Efeito*, p. 72 e s., de que “seria completamente artificioso e incompatível com uma lógica eficaz de proteção de *bens jurídicos* imateriais subjacentes à regra de proibição do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, qualquer ideia de separação entre, por um lado, uma *suposta consumação que se verificasse com a realização de actos jurídicos originários de formalização das bases de um acordo entre empresas* e, por outro lado, *supostas consequências jurídicas de tais actos, ao nível do funcionamento do mercado, mas que já não integrassem a própria infração e respectiva consumação*”. E não se compreende porque essa separação corresponde, sem tirar nem pôr, a toda a construção comunitária assente na cisão entre infrações anticoncorrenciais pelo objeto e pelo efeito!

⁽⁷⁰⁾ Decisão da AdC de 31-07-2012, 1008.

tipo de perigo abstrato — e não propriamente como comprovado ou dado como realmente verificado.

Deste modo, se à consumação desta específica contraordenação é estranha a produção de efeitos restritivos da concorrência, é estranha a execução do plano acordado e destarte é até estranha a real criação de um qualquer estado antijurídico perturbador da concorrência, não há razão alguma para a qualificar como infração duradoura ou permanente.

A tese contrária, defendida por Luís Morais, seguida pela jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa e agora acolhida pelo Tribunal da Relação de Lisboa, reconduz este tipo contraordenacional à figura da infração permanente com base no argumento da presunção da criação, através do acordo, de um estado antijurídico adverso para a concorrência. Procurando acolher-se na conceção de Eduardo Correia das infrações permanentes como delitos que dão unidade à combinação de uma ação e de uma omissão, entende Luís Morais que no objeto restritivo da concorrência inerente a determinados acordos entre empresas “avulta de forma clara a criação de um estado em si mesmo adverso ao funcionamento concorrencial dos mercados, *cujá verificação se presume* em função de factores respeitantes ao próprio acordo e de factores relativos ao contexto económico em que o mesmo se insere” (71). Nesta linha, considera ainda que se trata “tipicamente de um estado antijurídico — nos moldes em que o mesmo é concebido no quadro das infrações permanentes — o qual perdura enquanto as partes não cumprirem o dever de sua remoção, mediante a sua concreta dissociação das bases de entendimento e comportamentos convergentes que configuram o acordo entre empresas” (72).

Estas afirmações de Luís Morais indiciam já o vício dogmático que impregna a sua posição e compromete a sua validade. Esse vício está em dar como verificado um estado antijurídico nocivo para a concorrência que a lei, quando muito, se limita a presumir em ordem a justificar a proibição do acordo.

(71) LUÍS MORAIS, *Os Conceitos de Objecto e Efeito*, p. 70 — it. nosso.

(72) LUÍS MORAIS, *Os Conceitos de Objecto e Efeito*, p. 70.

Esta suspeita acaba por ser confirmada quando Luís Morais, tentando levar mais longe o seu raciocínio, deixa cair a seguinte afirmação, na qual sustenta que esse estado antijurídico se traduz numa consumada e continuada *lesão* do bem jurídico: “*a lesão do bem* mantém-se enquanto subsiste o estado substantivo de afectação do funcionamento concorrencial do mercado, impondo-se ao agente um específico dever de fazer cessar tal estado — típico das infrações permanentes — cuja comissão por parte deste origina, em si mesma, uma forma de consumação protraída no tempo ou duradoura (*lesão continuada do bem* intrinsecamente associada aos contornos substantivos da infração de concorrência (...))” (73).

Em resumidas contas, aquilo que Luís Morais substancialmente preconiza é que uma infração de perigo abstrato seja dogmaticamente encarada e tratada como se de uma infração de *lesão* se tratasse. Com efeito, só através de uma total distorção de quadros dogmáticos relativos aos tipos de tipicidade perfeitamente estabilizados da doutrina penal (e, *mutatis mutandis*, contraordenacional), será possível converter a presunção de perigo que pode eventualmente considerar-se como inerente à fundamentação da punição, enquanto motivo da proibição, num efetivo estado antijurídico que comprime duradouramente o bem jurídico. Estado esse que não é senão aquele que seria característico, isso sim, de um tipo de *lesão*, como o é, por exemplo, a contraordenação de acordo que tenha *como efeito* impedir, falsear ou restringir a concorrência.

Como julgamos ter deixado bem claro supra, os delitos duradouros caracterizam-se pelo facto de o estado antijurídico que se protraí no tempo — e assim justifica que possa dizer-se que a consumação material perdura enquanto esse estado se mantiver — ser ele próprio elemento do tipo-de-ilícito, configurando um autêntico *estado antijurídico típico*. Sucede que no momento da consumação da contraordenação em apreço esse estado antijurídico de afetação do bem jurídico não é mais do que presumido, como mero motivo da proibição, não chegando a sua materialização sequer a figurar como circunstância de que depende

(73) LUÍS MORAIS, *Os Conceitos de Objecto e Efeito*, p. 73 e s.

o preenchimento do tipo. Salta assim à vista que não estamos perante uma infração duradoura ou permanente, nos termos e para os efeitos do art. 119.º-2, a), do CP. Na realidade, se a formação do conteúdo de ilicitude ocorre com a celebração do acordo e prescinde assim da concreta criação de um estado anticoncorrencial, não se vê como possa enquadrar-se num tipo delitual como é o das infrações duradouras, que pressupõe um estado antijurídico típico que perdure no tempo, uma infração em que a produção efetiva desse estado nem sequer é levada ao desenho da factualidade típica.

Assim é que, tal como os demais tipos de perigo abstrato⁽⁷⁴⁾, nomeadamente, daqueles construídos tipicamente numa base de convergência de vontades que é por si só suficiente para o perfeccionamento do ilícito-típico, também o tipo contraordenacional de acordo com objetivo restritivo da concorrência deve considerar-se imediata, total e definitivamente consumado no momento em que entre as partes é fechado o pacto anticoncorrencial, começando portanto logo aí a correr o prazo prescricional (art. 119.º-1 do CP).

2.3. Contra esta nossa posição não se afigurará procedente a invocação do *acquis* comunitário, tal como se mostrarão ainda infundados possíveis anátemas que se lhe pretendam dirigir sob pretexto de que dela resultaria uma insuportável desproteção da concorrência⁽⁷⁵⁾.

A chamada à discussão da jurisprudência comunitária para contrariar a nossa perspetiva revelar-se-á destituída de sentido não só e nem tanto porque, como começámos por advertir, a autonomia que ao sistema contraordenacional nacional da concorrência deve ser reconhecida abre espaço para a rejeição de mimetismos que façam das soluções de direito interno meros decalques da experiência comunitária, como ainda, também e sobretudo, porque se mostra ela, afinal, em linha convergente

⁽⁷⁴⁾ Nesta direção, em matéria de prescrição do procedimento criminal por delitos de perigo abstrato, S/S/STREE/STERNBERG-LIEBEN, *StGB*²⁷, § 78a, n.º m. 11.

⁽⁷⁵⁾ Assim porém, ao que parece, LUÍS MORAIS, *Os Conceitos de Objecto e Efeito*, p. 69 e ss.

com a prática jurisprudencial comunitária em matéria de determinação da duração das infrações restritivas da concorrência.

O que a jurisprudência comunitária vem revelando é uma necessidade de apelo aos *efeitos restritivos* da concorrência para fixar o tempo de duração da violação da proibição constante do n.º 1 do art. 101.º do TFUE para lá do momento da celebração do acordo ou do seu rompimento pelas partes⁽⁷⁶⁾.

Esta tendência assomou nitidamente na decisão proferida pelo Tribunal de Primeira Instância no caso *Acerinox*. O TPI deparou-se aí com a alegação da *Acerinox* de que à infração anticoncorrencial a si imputada deveria ser atribuído um carácter pontual⁽⁷⁷⁾ e com uma resposta da Comissão composta por dois argumentos: o *primeiro* de que quando “a infração consiste num acordo, ou numa prática concertada, celebrada numa data precisa, mas destinando-se a ser aplicado durante certo tempo, todo o período de aplicação deve ser considerado incluído na duração da infração. Diferente entendimento implicaria que a maior parte das infrações ao artigo 65.º do Tratado CECA e ao artigo 85.º do Tratado CE apenas durassem um dia, isto é, o dia em que o acordo ou a prática concertada foram celebrados ou decididos”; e o *segundo*, invocado a título subsidiário, de que de “acordo com a jurisprudência, num caso de acordos que cessaram de estar em vigor, basta, para que o artigo 85.º do Tratado CE seja aplicável, que continuem a produzir efeitos depois da sua cessação formal”⁽⁷⁸⁾.

Nesta controvérsia, o TPI concluiu que a infração perdurou para lá do ato de celebração do acordo. Porém, os termos em que tal decisão foi fundamentada revelam um distanciamento da tese, sustentada pela Comissão, de que tratando-se de uma infração pelo objeto deveria a sua duração corresponder a todo o período de aplicação do acordo. Neste sentido, determinante para a conclusão do Tribunal foi não o período de implementação do acordo, mas sim a produção de efeitos

⁽⁷⁶⁾ *Hercules c. Comissão*, cit., n.º 256 e s., *SCA Holding, Ltd.* (Proc. T-327/94), Acórdão do TPI de 14-05-1998, n.º 95 e ss., e *Acerinox c. Comissão* (Proc. T-48/98), Acórdão do TPI de 13-01-2001, n.º 55 e ss.

⁽⁷⁷⁾ *Acerinox c. Comissão*, n.º 47 e ss.

⁽⁷⁸⁾ *Acerinox c. Comissão*, n.º 54.

advenientes da sua execução: “num caso de acordos que cessaram de estar em vigor, basta, para que o artigo 85.º seja aplicável (...) que continuem a produzir efeitos depois da sua cessação formal (...). Isto é tanto mais assim quanto, como no caso presente, os efeitos do acordo se mantiveram até à adopção da decisão [da Comissão] sem que tivesse sido formalmente posto fim ao acordo”⁽⁷⁹⁾.

O que esta decisão revela é a necessidade sentida pela própria jurisprudência comunitária de *recorrer aos efeitos anticoncorrenciais* para numa discussão quanto à duração da infração fixá-la em período subsequente ao da realização do acordo propriamente dito. Donde, é na figura da *infração pelos efeitos*, também coberta pelo âmbito normativo do art. 101.º-1 TFUE, e não na da infração pelo objeto que, nesta controvérsia, o Tribunal de Justiça se louva para decidir sobre a duração da prática restritiva da concorrência.

Esta postura vem afinal confirmar a nossa intuição inicial de que a tutela da concorrência não se esgota entre nós na contraordenação que proíbe os acordos firmados com objetivos restritivos da concorrência, sendo ainda complementada pela contraordenação relativa aos acordos com efeitos anticoncorrenciais. Com o que se percebe que a circunstância de se interpretar a infração pelo objeto como um tipo de consumação instantânea, cujo prazo de prescrição se inicia com a celebração do acordo, de modo algum pode ser levada à conta de criação de um risco de abertura de uma intolerável brecha na defesa da concorrência. Com efeito, em tese, subsistirá sempre a possibilidade de garantir a proteção da concorrência mediante funcionamento da contraordenação pelos efeitos, o que por si só significa que a tutela do bem jurídico estará longe de ficar desguarnecida.

V — Conclusão

Em suma, e concluindo, correspondendo os acordos anticoncorrenciais pelo objeto a uma infração de perigo de abstrato, sob a forma de

⁽⁷⁹⁾ *Acerinox c. Comissão*, n.º 63.

tipo de aptidão, a sua consumação ocorre (e esgota-se) aquando da formação do pacto proibido pela legislação da concorrência. Tratando-se assim de uma infração de consumação instantânea, o prazo de prescrição do seu procedimento sancionatório começa a correr no momento em que o acordo proibido é formado entre as empresas infratoras, independentemente de todas as vicissitudes ulteriores. Mostrando-se prescrito um eventual procedimento relativo a uma prática restritiva da concorrência pelo objeto, poderá, em todo o caso, ficar em aberto uma punição do programa anticoncorrencial eventualmente levado a cabo no quadro da modalidade típica da infração pelos efeitos, designadamente, se se apurar e comprovar um efetivo impedimento, falseamento ou restrição do processo concorrencial.

Jorge de Figueiredo Dias

Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

Nuno Brandão

Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

f

REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 24 • N.º 3 • julho-setembro 2014 • DIRETOR: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

Instituto de Direito Penal Económico e Europeu
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

