



Tribunal do Comércio de Lisboa
3º Juízo
Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax 211545180 Mail lisboa.tecm@tribunais.org.pt

Proc. Nº 636/09.4TYLSB

1440382

CONCLUSÃO - 19-10-2009

(Termo electrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Nuno Cotta)

=CLS=

*

**I – Gertal – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, SA,
Itau – Instituto Técnico de Alimentação Humana, SA,
Trivalor – Sociedade Gestora de Participações Sociais, SA,
Carlos Alberto dos Santos Martins Moura,
Joaquim Augusto Freitas Fernandes Dias Cabaço e
José Luís Silvestre Cordeiro,**

todos ids. nos autos vieram interpor recurso da decisão da Autoridade da Concorrência de 19/03/09, que indeferiu a presença dos advogados constituídos pelos arguidos na audiência oral da co-arguida Eurest.

*

II – Tratando-se de um recurso de um despacho anterior à decisão final não está em causa um recurso previsto no art. 59º do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10 na redacção dada pelo Decreto Lei nº 244/95 de 14/09, mas sim um recurso previsto no art. 55º do mesmo decreto, *ex vi* art. 50º nº2 da Lei nº 18/03.

Assim, não cabem ao caso a aplicação das regras do art. 59º e ss. do RGCOOC, já que, especificamente, este tribunal conhece o presente recurso como “recurso” *proprio sensu*, em última instância, sem que haja sequer possibilidade de produção de prova¹, sendo certo que as questões a resolver são questões de direito.

*

III – A recorrente formulou as seguintes conclusões:

«I - Recorre-se do despacho de fls. que impediu a presença dos co-arguidos, representados pelos seus mandatários legalmente constituídos, na audiência oral requerida pela co-arguida EUREST a fls.

II - Tal audiência oral (prevista no artigo 26º nº 2 do RJC) faz, formal e materialmente, parte integrante da fase de instrução do processo contra

¹ Discorda-se, assim, de Simas Santos e Lopes de Sousa *in* Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 2ª edição, nota 3 ao art. 55º, pg. 328 – inexistindo indicação do regime destes recursos aplica-se o direito subsidiário, ou seja, o regime de recursos de processo penal.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, Nº 1 08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef 218360080 Fax: 211545180 Mail Lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 636/09,4TYLSB

ordenacional ajuizado e constitui acto processual que diz directamente respeito a todos os co-arguidos no processo 02/07,

III - O que decorre do conteúdo da própria diligência tal como exarado em auto a fls. 050388 e 050389.

IV - Porque as contra-ordenações imputadas aos arguidos são configuradas na nota de ilicitude como tendo sido executadas em conjunto e de forma concertada por todos os arguidos (cf. Nota de ilicitude de fls. 30293 a 30492).

V - O despacho recorrido violou o direito do arguido a estar presente e a fazer-se representar/assistir por advogado nos actos processuais que directamente lhe disserem respeito e de intervir nos actos de instrução e de inquérito, oferecendo provas e requerendo as diligências que forem necessárias.

VI - Violou, por isso, o art. 61º n.º 1 al. do CPP, aplicável aos processos de contra-ordenação (cf. art. 41º n.º 1 do RGCO) .

VII - E o art. 32º da Constituição da República Portuguesa, no qual o direito violado tem fundamento directo.

VIII - Com o despacho recorrido, foi impedida a presença dos Advogados legalmente constituídos pelos co-arguidos no processo numa diligência processual com relevância probatória e directa incidência na defesa de todos os arguidos;

IX - Violou o mesmo despacho a Liberdade de exercício da profissão de Advogados dos signatários, consagrada no art. 64º e 67º da Lei 15/2005 de 26 de Janeiro.

X - Violação essa que fere imediatamente de nulidade os actos assim praticados (art. 75º n.º 3 da Lei 15/2005)

XI- Por via do despacho recorrido, foi vedado aos arguidos o acesso aos mais elementares direitos de defesa, designadamente o de serem, nessa diligência, patrocinados e assistidos por Advogado.

XII - O que integra violação do artigo 61º n.º 1 do CPP, os Princípios do Estado de Direito, mediante violação das mais elementares garantias de defesa consagradas nos art.2º, 20º n.ºs 1 e 2 e 32º n.ºs 3 e 10 da CRP e o direito dos arguidos ao patrocínio através de advogado consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11º n.º 1) e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 6º n.º 3 c)).

XIII -O despacho recorrido carece de toda e qualquer fundamentação e é, também por essa razão, ilegal.

XIV - Porque não explicita a razão pela qual rejeita os fundamentos jurídicos invocados.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax 211545180 Mail lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 636/09.4TYLSB

XV - Porque não explica os fundamentos de facto que a terão levado a prever que a presença de todos os co-arguidos (ainda para mais representados pelos respectivos advogados) perturbaria a diligência.

XVI - E violou o dever de fundamentação plasmado nos artigos 97º n.º 5 do Código de Processo Penal ("CPP") aplicável *ex vi* do artigo 41º RGCO por remissão do artigo 22º da Lei 18/2003.

E mais,

XVII - O despacho recorrido determinou violação insanável do Princípio do Contraditório e gerou nulidade processual de insuficiência de instrução

XVIII - Já que, em consequência do aludido despacho teve lugar uma diligência processual de instrução com relevância probatória e directa incidência na defesa de todos os co-arguidos sem a presença dos respectivos mandatários legalmente constituídos.

XIX - Os co-arguidos ficaram irremediavelmente inibidos de verificar o teor das exposições orais dos peritos, das questões que lhes foram colocadas e das respostas dadas e de conhecer da correspondência entre a exposição oral e os quadros/slides cujo formato em papel foi junto aos autos, de contrariar o conteúdo das exposições, de solicitar esclarecimentos e de contrariar a fidedignidade dos quadros/slides juntos aos autos.

XX - Por essa razão o despacho recorrido violou, ainda, o artigo 61º n.º 1 f), 62º e 64º n.º 1 do CPP, e as garantias de defesa consagradas nos art. 20º n.ºs 1 e 2 e 32º n.ºs 3, 4, 5 e 10 da Constituição da República Portuguesa.

XXI - E gerou uma nulidade por insuficiência de instrução, nos termos dos artigos 120º n.º 2 alínea d) do CPP.

XXII - Não é verdade (contrariamente ao escrito na parte final do despacho recorrido) que o respeito pelo contraditório, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 4 do art. 26º a Lei 18/2003, tenha sido assegurado " ... pela disponibilização nos autos do processo do auto de transcrição da respectiva audição" (cf. fls. 050423).

XXIII - Porque o Auto de fls. 50387 e ss. não constitui transcrição da audição.

XXIV - E nem reproduz, total ou parcialmente, o teor da prova pericial produzida. Ao invés, limita-se a referir (cf. fls. 050392): " A fim de esclarecer estes aspectos em maior detalhe, os Doutores Abrantes-Metz e Padilla irão agora apresentar a análise que realizaram ... " e que " tomaram a palavra os peritos indicados pela arguida, que procederam à apresentação em formato powerpoint, que para todos os efeitos se junta ao presente auto, dele fazendo parte integrante, nas suas versões portuguesa e inglesa".



Tribunal do Comércio de Lisboa
3º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1 08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail :lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.Nº 636/09.4TYLSB

XXV - A apresentação powerpoint não se reconduz (ou reduz) aos quadros e textos projectados e juntos aos autos, antes integra uma explicação de viva voz efectuada pelos oradores ou apresentadores.

XXVI - Os quadros e textos projectados são apenas parte da apresentação.

XXVII - Se assim não fosse não teria certamente a co-arguida EUREST requerido uma audição oral e feito deslocar dos Estados Unidos da América os peritos Doutores Abrantes - Metz e Padilla.

XXVIII - Tais peritos procederam a uma exposição oral que não foi reproduzida em acta, nem sequer de forma parcial. (cf. fls. 05392 " ... tomaram a palavra os peritos indicados pela arguida, que procederam à apresentação ... ").

XXIX - Que acabou por ser ouvida, apenas e tão só, pelas pessoas cuja presença foi admitida naquela audição oral de 19 de Março.

XXX - Não pode por isso ser aplicada ao caso ajuizado a doutrina do Acórdão 372/2000 do Tribunal Constitucional porque o depoimento dos peritos não foi reproduzido no auto nem reduzido a escrito.

XXXI - E porque inexistente qualquer outro acto instrutório em que os arguidos possam contraditar tais depoimentos. requerer diligências de prova suplementar ou sequer pedir esclarecimentos aos peritos relativamente a parte ou partes dos respectivos depoimentos susceptíveis de afectar a respectiva posição processual.

Acresce que,

XXXII - Foi permitida a presença na audiência oral da co-arguida EUREST dos Senhores Mark White, Director Jurídico do grupo Compass e Simmon Priddis, sócio da Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Advogado externo do grupo Compass (cf. página 2 da acta da audiência);

XXXIII - O que constitui discriminação com directa violação do Princípio da Igualdade consagrado no art. 13º nº 2 da Constituição da República Portuguesa.

XXXIV - Também a presença dos Senhores Instrutores do processo em tal audiência provoca acentuado desequilíbrio (de todo injustificado) entre a posição da defesa e a da acusação.

XXXV - E integra violação do direito ao processo equitativo e o princípio da igualdade de armas, que se encontram consagrados nos artigos 13º e 20º nº 4 da Constituição da República Portuguesa e vertidos expressamente no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 883/2005 com força obrigatória geral proferido em Plenário e publicado no Diário da República nº 45, I Série-A de 3 de Março de 2006.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, N.º 1 08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef 218360080 Fax: 211545180 Mail lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.Nº 636/09.4TYLSB

XXXVI - As múltiplas violações de direitos fundamentais perpetradas pelo despacho recorrido correspondem a outros tantos vícios de natureza substantiva que não podem deixar de ter como consequência a nulidade insanável dos actos subsequentes ao despacho recorrido.

XXXVII - Pelo que devem ser declarados nulos todos os actos subsequentes e, nomeada e concretamente, a audiência oral do dia 19 de Março de 2009, sob pena de violação do disposto nos artigos 2º, 13º n.º 2, 20º n.º 1, 2 e 4, 32º n.ºs 3, 4, 5 e 10 da Constituição da República Portuguesa, 11º n.º 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 6º n.º 3 c) do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, 64º, 67º e 75Q n.º 3 da Lei n.º 15/2005, 22º e 26º da Lei 18/2003, 26º e 41 n.º 1 do RGCO e 61º n.º 1 al. a) e f), 64º n.º 1 e 97º n.º 5 do C.P.P.»

*

A Autoridade da Concorrência (doravante AdC) respondeu, apresentando alegações ao abrigo do disposto no art. 51º n.º 1 da Lei n.º 18/2003 de 11/06 (doravante apenas Lei n.º 18/03 ou Lei da Concorrência) pedindo a rejeição do recurso por manifesta improcedência e a manutenção da decisão da AdC.

Formulou as seguintes conclusões:

«A) Não padece de falta de fundamentação a Decisão ora recorrida.

B) Da análise do teor das alegações de recurso evidencia que os Recorrentes apreenderam os fundamentos da Decisão recorrida.

C) A AdC explicitou na Decisão recorrida que a pretensão dos Recorrentes não tem esteio no do artigo 26.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003, pelo que os fundamentos constantes dos requerimentos apresentados pelos Recorrentes não consubstanciam o seu direito à presença na audiência oral.

D) É, pois, manifesto, que foram especificados os motivos de direito subjacentes à Decisão de indeferimento ora recorrida.

E) Os Recorrentes expressam a sua convicção quanto ao direito de questionar e contraditar a Arguida EUREST, exercício este a que a AdC toria que se opor, gerando incidentes, com a consequente perturbação do decurso da diligência, corroborando, assim, os fundamentos de facto Decisão recorrida, no que concerne à necessidade de assegurar o correcto desenrolar da mesma e evitar a sua perturbação.

F) Conclui-se, assim, que a Decisão recorrida explicitou de forma clara e com o detalhe adequado ao caso concreto os fundamentos, indicando as razões de facto e direito, que determinaram a sua prática.

G) A AdC, na Decisão recorrida, interpretou de forma correcta o disposto no artigo 26.º da Lei n.º 18/2003.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 636/09.4TYLSB

H) Da simples leitura de tal preceito, *maxime*, do respectivo n.º 2, retira-se que não se prevê o direito de os co-arguidos estarem presentes na audição oral de uma co-arguida, ou de serem notificados da sua realização.

I) O legislador, ao estabelecer a solução constante do artigo 26.º, n.º 2, quis conferir às empresas e associações de empresas a possibilidade de substituírem, ou complementarem, a sua defesa escrita (prevista no n.º 1 do mesmo preceito), não configurando a "audição oral" qualquer diligência probatória, o que resulta da letra e *ratio* da referida norma.

J) Trata-se de um efectivo direito de defesa, sendo a sua natureza a de instrumento adicional ou substitutivo, constituindo uma oportunidade de as arguidas exporem oralmente a sua defesa face às infracções que lhe são imputadas pela AdC na Nota de Ilícitude, em substituição ou em complemento da defesa escrita.

K) Caso assim não se configure a natureza da audição oral, sempre teria que se aceitar a conclusão de que também a resposta escrita das arguidas à Nota de Ilícitude assumiria a natureza de diligência probatória, o que, notoriamente, contraria a mais elementar distinção entre defesa e prova.

L) Também por outra via se verifica que a audição oral não pode configurar uma qualquer diligência probatória porquanto, como expressamente resulta do regime constante dos n.ºs 2, 3 e 4 do invocado artigo 26.º da Lei n.º 18/2003, e evidenciam as diferenças de natureza entre os instrumentos do n.º 2 e aqueles vertidos nos n.ºs 3 e 4, a AdC não poderá ordenar às arguidas a sua comparência para efeitos da audição oral prevista na aludido n.º 2, o que já poderá ocorrer quando se trate da realização de diligências complementares de prova (vide artigo 26.º, n.º 4, da Lei n.º 18/2003).

M) A AdC, nos termos do disposto no artigo 26.º, n.º 3, poderá recusar a realização de diligências complementares de prova requeridas pelas arguidas, estando, ao invés, impossibilitada legalmente de recusar a audição oral das mesmas no âmbito do n.º 2 do mesmo artigo, o que, novamente, demonstra a natureza não probatória da diligência em causa.

N) Afigura-se evidente a diferença - de natureza, bem como de regime - existente entre o instrumento de exercício dos direitos de defesa das arguidas que configura a audição oral e o instrumento de produção de prova a que se reconduzem as diligências complementares de prova requeridas pelas arguidas ou realizadas oficiosamente pela AdC.

O) A audição oral não é um instrumento análogo ao debate instrutório, previsto nos artigos 297.º e seguintes do CPP, porquanto o mesmo assume, reconhecidamente, um cariz de contraditório, com intervenção do arguido e do



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax. 211545180 Mail lisboa_tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 636/09.4TYLSB

Ministério Público, perante o juiz, não correspondendo, pois, a uma mera substituição ou extensão oral da resposta das arguidas à Nota de Ilicitude da AdC.

P) No presente caso, a AdC não teve qualquer intervenção activa - nem poderia ter, atento o escopo do artigo 26.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003 - na audição oral em apreço, tendo assumido mera posição passiva, de efectiva "audição" da exposição apresentada pela Arguida ouvida, cabendo-lhe, tão-somente, ouvir e registar em auto as declarações desta em sede de resposta oral à Nota de Ilicitude.

Q) Não há paralelismo entre a "audição oral" do artigo 26.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003 e o interrogatório de arguido em processo penal, porquanto, para além de ser o mesmo despoletado por iniciativa do Ministério Público, - o que não sucede com a audição oral que se realiza a requerimento das arguidas -, aquela Magistratura interroga, efectivamente, o arguido, assumindo posição activa, com vista ao esclarecimento da factualidade do processo, e no qual poderá obter elementos probatórios.

R) Se aos co-arguidos e respectivos defensores, em processo penal, não assiste o direito de estar presentes (nem de intervir) no interrogatório de um seu co-arguido, conclui-se pela inexistência de tal direito dos ora Recorrentes, no processo contra-ordenacional em apreço, em sede de audição oral de uma das Arguidas.

S) Conclui-se que a audição oral, prevista no artigo 26.º, n.º 2 da Lei n.º 18/2003, não poderá confundir-se com qualquer diligência de cariz probatório, antes se impondo a sua configuração enquanto instrumento de exercício dos direitos de defesa das arguidas, cuja efectiva utilização, por imperativo lógico, nunca poderia dar origem a uma violação desses mesmos direitos de defesa.

T) Os Recorrentes tiveram acesso ao auto de transcrição da diligência e da apresentação dos peritos e à cópia da aludida apresentação, em formato powerpoint, nas suas versões portuguesa e inglesa, para, caso assim o entendessem, se pronunciarem, através da notificação efectuada ao seu Mandatário em 23 de Março de 2009 (vide fls. 50500 do processo de contra-ordenação).

U) Os elementos juntos aos autos e notificados aos Recorrentes são uma reprodução fiel e integral da audição oral.

V) Não assistia aos Recorrentes qualquer direito a serem notificados, bem como a estarem presentes, na audição oral da sua co-arguida Eurest. Contudo, os Recorrentes tiveram conhecimento da realização da diligência, pelo que, em



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João I I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 636/09.4TYLSB

caso algum, poderia proceder qualquer nulidade "por falta de notificação", a qual, a existir - o que não se concede -, se encontraria sanada.

W) Inexiste qualquer violação dos artigos 2.º, 13.º, n.º 2, 20.º, n.ºs 1, 2 e 4 e 32.º, n.ºs 3, 4, 5 e 10, da CRP, 11.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 6.º, n.º 3, alínea c), do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, 64.º, 67.º e 75.º, n.º 3, da Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, 22.º e 26.º da Lei n.º 18/2003, 26.º e 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contra-ordenações e, bem assim, dos artigos 61.º, n.º 1, alíneas a) e f), 64.º, n.º 1, e 97.º, n.º 5, do CPP, que possa imputar-se à Decisão Recorrida, o que necessariamente determinará a total improcedência do recurso.»

*

As questões a dilucidar na presente sede são:

- a natureza da audição oral prevista no art. 26.º n.º 2 da Lei n.º 18/2003 de 11/06 (doravante LdC);
- se nessa diligência devem ter a possibilidade de estar presentes e intervir, os co-arguidos;
- apreciação da fundamentação do despacho recorrido.

*

IV – Com relevância para a decisão da causa resultam dos autos os seguintes factos:

1 – Corre termos na AdC o processo de contra-ordenação n.º 2/07, no qual são arguidas, entre outras, Gertal – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, SA, Itau – Instituto Técnico de Alimentação Humana, SA, Trivalor – Sociedade Gestora de Participações Sociais, SA, Carlos Alberto dos Santos Martins Moura, Joaquim Augusto Freitas Fernandes Dias Cabaço, José Luís Silvestre Cordeiro e Eurest (Portugal) – Sociedade de Restauração, Lda.

2 – No âmbito do referido processo a arguida Eurest (Portugal) – Sociedade de Restauração, Lda, solicitou a realização de uma audição oral ao abrigo do disposto no art. 26.º n.º 2 da LdC para completar a sua audição por escrito.

3 – A realização de tal diligência foi designada pela AdC para o dia 19 de Março de 2009.

4 – Os recorrentes requereram à AdC, em 5 de Março de 2009, lhes fosse notificada a data e hora da audição oral da co-arguida Eurest (Portugal) – Sociedade de Restauração, Lda para que pudessem estar presentes nesse acto processual.

5 – Até 19 de Março de 2009 a AdC não respondeu a tal requerimento.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 636/09.4TYLSB

6 – No dia 19 de Março de 2009 os mandatários dos recorrentes compareceram nas instalações da AdC a fim de estarem presentes na audiência oral da co-arguida Eurest (Portugal) – Sociedade de Restauração, Lda.

7 – Apresentaram então o requerimento constante de fls. 246 a 248 dos autos, que aqui se dá por integralmente reproduzido e do qual consta, nomeadamente:

«Gertral, Itau, Trivalor (...) vêm requerer lhes seja concedido exercer o seu direito de estar presentes no acto processual de audiência oral da co-arguida Eurest Portugal, acto no qual se procederá à produção de prova.

Fazem-no nos termos já constantes dos autos a fls. 50330 a 50333 e de novo invocando a aplicação subsidiária ex vi do nº1 do art. 41º do Regime Geral das Contra-Ordenações, do art. 61º, nº1, alínea a) do Código de Processo Penal, com fundamento directo no nº 10 do art. 32º da Constituição da República.»

8 – Tal requerimento foi indeferido nos seguintes termos: "Aos 19 dias de Março de 2009, e tendo comparecido na audiência oral da arguida EUREST, requerida tempestivamente por esta nos termos e para os efeitos do nº 2 do art. 26.º da Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho, sem para o efeito ter sido deferida a sua presença na mesma diligência, conforme requerido a 05 de Março de 2009, deu entrada nos autos do processo contra-ordenacional n.º PRC 02/07, novo requerimento subscrito pelos Mandatários das arguidas GERTRAL, ITAU, TRIVALOR e outros, todos melhor identificados nos autos, pelo qual se requer, novamente, o deferimento da comparência dos mesmos em tal diligência.

Vistos os requerimentos e os fundamentos em termos de Direito apresentados em seu suporte, que não consubstanciam o direito dos de co-arguidos à presença na audiência oral prevista no n.º 2 do art. 26.º da lei 18/2003, de 11 de Junho, bem como a necessidade de assegurar o correcto desenrolar da diligência e evitar a perturbação da mesma, indefere-se a presença dos referidos mandatários na audiência oral da arguida EUREST, sem prejuízo de se garantir, pelos meios considerados adequados, o respeito pelo princípio do contraditório, nos termos e para os efeitos do n.º 4 do artigo 26.º da referida Lei, pela disponibilização nos autos do processo do auto de transcrição da respectiva audiência.", conforme teor de fls. 151 dos autos, que aqui se dá por integralmente reproduzido.

9 – No dia 19 de Março de 2009 realizou-se a requerida audiência oral da arguida Eurest (Portugal) – Sociedade de Restauração, Lda, tendo sido lavrado o auto cuja cópia se mostra certificada a fls. 135 a 141 destes autos, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido e do qual consta encontrarem-se presentes, em representação da Autoridade da Concorrência o Director-Adjunto do Departamento de Práticas Restritivas, Dr. Manuel Cabugueira, que tomou parte na diligência a partir das 12.30 horas, os instrutores do processo, Drs. João Pateira Ferreira e Luís Marques Bento e a escritã designada para o processo e, em representação da arguida Eurest (Portugal) – Sociedade de Restauração, Lda, o Sr. Mark White, Director Jurídico do Grupo Compass, Dr. Jorge Padilha,



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.98.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 636/09.4TYLSB

CEO da LECG Europe e Managing Director da Área de Política de Concorrência Europeia da LECG, a Dra. Rosa Abrantes-Metz, Principal da Área de Securities e Anti-Trust da LECG de Nova Iorque e Professora Adjunta na Leonard N. Stern Business School da NYU, o Sr. Simmon Priddis, sócio da Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, advogado externo do Grupo Compass e os mandatários da arguida, Drs. Ricardo Oliveira e Luís Miguel Romão.

10 – No decurso da referida diligência foi efectuada por Jorge Padilha e Rosa Abrantes-Metz uma apresentação em formato power point com o teor de fls. 164 a 227 dos autos e que aqui se dá por integralmente reproduzido.

11 – Por escrito datado de 26/03/09, enviado por correio registado e recebido em 27/03/09, a AdC enviou à Ilustre Mandatária dos recorrentes cópia do auto de audição oral da arguida Eurest (Portugal) – Sociedade de Restauração, Lda e respectivos anexos, concedendo o prazo de 10 dias para, querendo, se pronunciar.

12 – As recorrentes apresentaram, em 02/04/09, o requerimento de fls. 268 a 271 dos autos, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido, dirigido aos membros do Conselho da Autoridade da Concorrência.

*

VI – A defesa da concorrência surge consagrada em Portugal logo após a adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia, com a publicação e entrada em vigor do Decreto Lei n.º 422/83 de 03/12, que veio a ser revogado pelo Decreto Lei n.º 371/93 de 29/10, por sua vez revogado pela Lei n.º 18/03 de 11/06, actualmente em vigor, no quadro de uma reforma global do direito da concorrência, quer nacional, quer a nível comunitário, no qual se criou a Autoridade da Concorrência (Decreto Lei n.º 10/03 de 18/01) e se teve em conta o denominado pacote de modernização e o Regulamento (CE) n.º 1/2003 de 16/12/02.

A defesa da concorrência, nas palavras de Alberto Xavier (*in* Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 136, pg. 87) é, conjuntamente com a propriedade privada e a livre iniciativa, uma das instituições em que assenta o sistema de livre economia de mercado, seu pressuposto e condição de funcionamento. Dai a sua consagração ao nível de Lei Fundamental, quer na Constituição da República Portuguesa [arts. 80º a) e 81º f)] quer no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (arts. 3º n.º1, al. g) e 4º n.º1), que encara a concorrência como um instrumento da própria construção europeia.

O direito de defesa da concorrência tem como função a preservação das estruturas concorrenciais do mercado contra o comportamento dos agentes



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João I, N.º 1 08 01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef 218360080 Fax 211545180 Mail lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 636/09.4TYLSB

económicos nesse mesmo mercado – José Mariano Pego *in* A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência, pg. 11). Surge como uma garantia de igualdade de oportunidades que a todo o homem assiste e de um sistema equilibrado de desconcentração de poderes, em que os particulares não possam, indevidamente, constringer, e o Estado permaneça imune ao domínio e influência de grupos de particulares – loc. e autor citados, pg. 12.

Arranca do próprio texto constitucional, resultando a necessidade de defesa da concorrência da protecção de um dos direitos fundamentais económicos, previsto no art. 61.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa².

A AdC, constituída como pessoa colectiva de direito público, foi criada precisamente para *assegurar a aplicação das regras da concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores* (art. 1.º dos Estatutos da AdC).

No âmbito do exercício das suas funções a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação (art. 7.º dos Estatutos).

No exercício dos primeiros cabe-lhe, designadamente, *«identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei»*, adoptando medidas cautelares, se necessário (art. 7.º, n.º 2, als. a) e b), dos Estatutos).

As infracções às normas previstas na LdC (bem como as infracções às normas comunitárias) constituem contra-ordenação, nos termos do seu art. 42.º, puníveis com coima (art. 43.º) e sanção acessória de publicitação da infracção (art. 45.º).

Seguem o regime geral das contra-ordenações, previsto no Decreto Lei n.º 433/82 de 27/10 (na sua redacção aplicável), com as especificidades previstas na Lei da Concorrência.

Prevê o art. 19.º da Lei da Concorrência que os procedimentos sancionatórios respeitam os princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código de Procedimento Administrativo bem como, se for caso disso o regime geral dos ilícitos de mcra ordenação social.

O art. 22.º, por sua vez prevê que os processos por infracção ao disposto nos artigos 4.º, 6.º e 7.º se regem pelo disposto na secção respectiva, na secção I

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



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, Nº 1 38 31 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telf: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.com@tribunais.org.pt

Proc. Nº 636/09.4TYLSB

do capítulo respectivo e, subsidiariamente, pelo regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.

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

Temos, portanto, em primeiro lugar que olhar ao regime da Lei da Concorrência, seguidamente à Lei Quadro das Contra-ordenações, após o que terá que se averiguar se é necessário e admissível, para regular determinada questão de direito contra-ordenacional, recorrer aos preceitos de direito processual penal. Se a resposta às duas questões (necessidade e admissibilidade) for positiva, terá ainda que se determinar se as regras processuais penais devem ser literalmente aplicadas ou se devem ser devidamente adaptadas à estrutura, funcionamento, valores e fins do processo de contra-ordenação – cfr. António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral *in* Notas ao Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas, pg. 105, 2ª edição, em anotação ao art. 41º.

Ainda em sede prévia, e tendo presente o disposto no art. 19º da LdC, importa dilucidar a aplicabilidade, em processo de contra-ordenação, das regras de procedimento administrativo.

As infracções às normas previstas na Lei nº 18/03 de 11/06 e às normas comunitárias constituem contra-ordenação, nos termos do art. 42º, puníveis com coima (art. 43º) e sanção acessória de publicitação da infracção (art. 45º).

Seguem, pois, o regime geral das contra-ordenações, previsto no Decreto Lei nº 433/82 de 27/10 (na sua redacção aplicável), com as especificidades previstas na Lei da Concorrência – cfr. art. 22º nº1, já citado.

Prevê, porém, o art. 19º da Lei da Concorrência que os procedimentos sancionatórios respeitam os princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código de Procedimento Administrativo bem como, se for caso disso o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.

Temos por certo que, no processamento de contra-ordenações, nomeadamente na fase administrativa, não é aplicável, por qualquer forma, o procedimento administrativo. O direito subsidiário é, expressamente o processo penal, nos termos do art. 41º nº1 do RGCOG, quer na fase administrativa, quer na fase judicial (impugnação) – neste sentido Lacerda Costa Pinto *in* O Ilícito de Mera Ordenação Social e a Erosão do Princípio da Subsidiariedade da Intervenção Penal, *in* RPCC, ano 7, Fasc. 1º, Jan-Março 1997, pg. 81); Simas Santos e Lopes de Sousa *in* Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 2ª



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 636/09.4TYLSB

ed., Vislis, pg. 267, António Beça Pereira, *in* Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas, Almedina 2001, pg. 88; Teresa Beleza, *in* Direito Penal, AAFDL, vol. I, 2.ª edição, pg. 131; José P. F. Cardoso da Costa, O Recurso para os Tribunais Judiciais da aplicação das Coimas pelas Autoridades Administrativas, 1991, pgs. 57 e segs. e José Gonçalves da Costa, Contra-Ordenações, CEJ, Set. 1995, pgs. 46 e segs.

Qual, então o significado desta norma? É que os princípios gerais do procedimento administrativo estão já acolhidos e defendidos no RGCOOC e no processo penal subsidiariamente aplicável – cfr. o art. 32º n.º10 da Constituição da República quanto aos direitos de audiência e defesa em processo contra-ordenacional, só para citar os mais importantes.

Sendo a definição da forma de processo dependente da natureza da infracção – cfr. art. 1º do RGCOOC – há que recordar que a AdC processa e aplica sanções diversas das coimas, nomeadamente as sanções pecuniárias compulsórias previstas no art. 46º e que podem surgir tanto no âmbito de um processo de contra-ordenação como num procedimento administrativo. Nesses casos, e surgindo a sua aplicação num procedimento administrativo são as regras do CPA que devem ser seguidas.

Mas como as condutas tipificadas no art. 46º constituem também, em grande medida, contra-ordenações e o preceito refere que é aplicável sem prejuízo do disposto no art. 43º³, continuamos a correr o risco de não ter campo de aplicação para a primeira parte do art. 19º sem distorcer, em grande medida, o regime resultante da lei quadro das contra-ordenações.

O Dr. Leones Dantas, em intervenções proferidas em Seminários promovidos pela Procuradoria Geral da República e pela Autoridade em Junho de 2005 e Outubro de 2007 propôs, quanto a esta mesma questão, a solução, limitada à fase administrativa, de aplicação do regime constante dos arts. 22º a 29º da Lei da Concorrência (correspondente e moldado no processamento geral das contra-ordenações) às contra-ordenações “puras” (passe a expressão) de práticas restritivas por violação dos arts. 4º, 6º e 7º da Lei da Concorrência, 81º e 82º do Tratado e a aplicação às demais contra-ordenações do regime dos processos em que a infracção é constatada. Esta posição, com a qual se concorda em princípio, tem a vantagem de dar campo de aplicação útil ao art. 19º sem retirar ao processado das contra-ordenações a sua sujeição ao regime geral e parte da constatação da natureza das próprias infracções sendo as segundas,

³ Veja-se, para a conduta prevista no art. 46º, al. a) o art. 43º, n.º1, al. d), para a alínea b) do 46º o art. 43º n.º3, al. a) e para a alínea c) o art. 46º n.º3, al. b).



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, Nº 1, 3E.º C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax. 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 636/09.4TYLSB

genericamente, incumprimento de medidas tomadas pela Autoridade no âmbito dos seus poderes de supervisão.

Estabelecida esta delimitação clarifica-se que, sendo aplicável o regime das contra-ordenações, este o é na sua plenitude, ou seja, sem qualquer intervenção do CPA e tendo por direito subsidiário o Código de Processo Penal, nos termos do art. 41º nº1 do RGCOC.

Este então o regime legal a aplicar, por que se rege o procedimento em que foi interposto o presente recurso de impugnação e em que está em causa um acto de instrução previsto no art. 26º nnº2 da LdC.

*

a) A natureza e regime da audição oral prevista no art. 26º nº2 da LdC

Os recorrentes começam por caracterizar a diligência na qual foram impedidos de estar presentes como parte integrante da instrução do processo e, apoiando-se no teor do auto (do qual constam as finalidades visadas pela Eurest com a referida audição, nomeadamente a produção de prova adicional), concluem que tal diligência se tratou de acto processual que diz directamente respeito a todos os co-arguidos no processo, nomeadamente por as infracções ali imputadas terem sido configuradas, na nota de ilicitude, como executadas em conjunto e de forma concertada por todos os arguidos.

A AdC, por sua vez, defende diversa natureza jurídica da diligência, apoiando-se na letra dos nºs 2 e 4 do art. 26º da LdC e configurando-a como um efectivo exercício do direito de defesa da arguida ouvida e negando-lhe a natureza de diligência probatória.

Refere que, diferentemente do que sucede com as diligências complementares de prova, a audição oral não pode ser ordenada pela AdC e, se requerida, não pode ser recusada.

Refere ainda que não estando prevista na LdC a presença dos co-arguidos em tal diligência, tal também não resulta, caso se entenda aplicável, quer do RGCOC, quer do CPP, não sendo, a referida audição por escrito, equiparável, nem ao debate instrutório nem a interrogatório de arguido em processo penal.

Apreciando:

Concretizando o direito consagrado no art. 50º do RGCOC a LdC, no seu artigo 25º, nº 1, al. b), dispõe que terminado o inquérito, a Autoridade decidirá dar início à instrução do processo, através de notificação dirigida às empresas, sempre que conclua, com base nas investigações levadas a cabo, que existem indícios suficientes de infracção às regras de concorrência.

Por sua vez o art. 26 do mesmo diploma estabelece:



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João 51, N.º 1 08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa_tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 636/09.4TYLSB

«1 - Na notificação a que se refere a alínea b) do n.º 1 do artigo precedente, a Autoridade fixa às arguidas um prazo razoável para que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas, e para que requeriam as diligências complementares de prova que considerem convenientes.

2 - A audiência por escrito a que se refere o número anterior pode, a solicitação das empresas ou associações de empresas arguidas, apresentada à Autoridade no prazo de cinco dias a contar da notificação, ser completada ou substituída por uma audiência oral, a realizar na data fixada para o efeito pela Autoridade, a qual não pode, em todo o caso, ter lugar antes do termo do prazo inicialmente fixado para a audiência por escrito.

3 - A Autoridade pode recusar a realização de diligências complementares de prova sempre que for manifesta a irrelevância das provas requeridas ou o seu intuito meramente dilatatório.

4 - A Autoridade pode ordenar oficiosamente a realização de diligências complementares de prova, mesmo após a audiência a que se referem os n.º 1 e 2, desde que assegure às arguidas o respeito pelo princípio do contraditório.»

Da leitura das disposições citadas resulta claramente que a audiência oral corresponde ao exercício do direito de defesa mediante uma concretização do direito dos arguidos a serem ouvidos. Com efeito, a audiência oral é um meio que o legislador dá às arguidas de substituir ou complementar a sua defesa escrita, ou seja, de apresentar os argumentos que entenderem relativamente à imputação que lhe é feita na nota de ilicitude

Assim, notificadas as arguidas da nota de ilicitude, no prazo que lhe for fixado pela AdC podem responder por escrito ou solicitar que essa resposta seja oral ou, ainda, responder por escrito e requerer o complemento dessa resposta escrita através de uma audiência oral, como sucedeu com a arguida Eurest no caso dos autos.

Esta audiência oral é, pois, distinta de um interrogatório de arguido ou de um debate instrutório, tal como referido pela AdC, revestindo uma natureza radicalmente diversa de qualquer uma desta diligências. Requerida a audiência oral a mesma é agendada pela AdC e no decurso da diligência a arguida expõe os seus pontos de vista do modo que entender mais adequado. Não há lugar à inquirição da arguida nem são colocadas quaisquer perguntas perante a sua exposição. E, no caso dos autos, foi este o procedimento adoptado pela AdC conforme se pode ver do auto lavrado de onde resulta que a AdC não colocou qualquer questão, tendo-se limitado a ouvir a exposição da arguida.

302
J



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax. 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 636/09.4TYLSB

É certo que, tal como sucede com a resposta escrita, juntamente com a resposta oral pode a arguida juntar ao processo documentos, e, nessa medida, apresentar meios de prova. Mas daqui não resulta que a audição seja, em si mesmo, uma diligência probatória tal como não o é a resposta escrita apresentada pela arguida.

Tendo presente esta ideia fica desde logo afastada a pretensão principal dos ora recorrentes: aos mesmos não assiste o direito a estar presente na audição de uma qualquer co-arguida.

E, de facto, esta conclusão em nada prejudica os seus direitos. Efectivamente, tendo em consideração a natureza da diligência em causa, é manifesto que em nada ficam as recorrentes prejudicadas. Não se trata de acto no qual sejam discutidos quaisquer aspectos da contra-ordenação que lhes é imputada: a diligência não tem em vista a discussão do que quer que seja mas tão só uma exposição da posição de uma arguida que tem o direito de se defender como entender. De igual modo não se trata de diligência na qual as recorrentes pudessem intervir de qualquer modo, isto é, nunca as recorrentes poderiam colocar questões, solicitar esclarecimentos ou fazer qualquer tipo de apreciações, tal como não o pode fazer a AdC (e não fez, como resulta do auto).

Caracterizada a diligência de audição oral prevista no art. 26º nº2 da LdC, passemos agora à análise dos argumentos da impugnação.

*

b) violação do direito do co-arguido de estar presente e a fazer-se representar/assistir por advogado e violação do princípio do contraditório

Alegam os arguidos que, por via da aplicação do disposto no art. 61º nº1, als. a) e f) do CPP, aplicáveis *ex vi* art. 41º do RGCO, o arguido tem o direito a estar presente nos actos processuais que directamente lhe digam respeito e de aí se fazer representar pelo seu advogado, oferecendo provas e requerendo as diligências necessárias, direito ancorado no disposto no art. 32º da Constituição da República Portuguesa.

Entendem que, tendo sido produzida prova adicional na referida diligência, na forma de prova pericial, tinham o direito – que lhes foi negado – de, patrocinados pelos seus advogados, assistir, intervir, requerer esclarecimentos aos peritos e solicitar as diligências que entendesse convenientes.

Os arguidos alegam ainda, subordinando-o à epígrafe violação do princípio do contraditório (que por se reconduzir à mesma questão de direito se trata conjuntamente) que em consequência do despacho recorrido teve lugar uma diligência com relevância probatória directa na defesa de todos os arguidos sem



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, Nº 1 08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Tel: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 636/09.4TYLSB

a presença/representação dos co-arguidos que assim ficaram inibidos de verificar o teor das exposições orais dos peritos e de os contrariar ou solicitar esclarecimentos, resultando comprometido o direito de exercício de contraditório e apontando como disposições violadas os arts. 61º, nº2, al. f), 62º e 64º do CPP, e 20º nºs 1 e 2 e 32º, nºs 3, 4, 5 e 10 da CRP.

Referem, finalmente, que a notificação que lhes foi efectuada pela disponibilização do auto de transcrição da audição oral não assegura o respeito pelo contraditório, porquanto não reproduz a exposição oral, e não reproduz a prova pericial, sendo o texto apenas parte da exposição.

Mais alegam a inaplicabilidade aos autos da doutrina do Ac. TC nº 372/2000, uma vez que a exposição dos peritos não foi reduzida a escrito e não existe qualquer outro acto instrutório que possibilite contraditar depoimentos e requerer prova suplementar.

A AdC respondeu, neste particular que facultou aos recorrentes não só o auto de diligência como a transcrição exacta da apresentação nela efectuada e ainda cópia da mesma em formato powerpoint, pelo que foi integralmente observado o devido contraditório.

Como já referido anteriormente, a diligência prevista no art. 26º nº2 da LdC não é uma diligência de prova. É, diferentemente, o exercício de um direito de audição por parte dos arguidos, a bem da sua defesa, a qual podem exercer, no tocante ao conteúdo, como entenderem.

Há nesta sede que precisar que existe uma clara diferença entre obter prova e oferecer prova.

Uma diligência complementar de prova destina-se a obter prova, independentemente do seu êxito.

Um arguido, quando se defende, pode oferecer prova que será, no momento próprio, objecto de valoração. É, aliás, um dos seus direitos fundamentais em processos sancionatórios, directamente reportado ao art. 32º nº10 da CRP e concretizado por este artigo 26º da LdC.

Levantando a hipótese de aplicação, como direito subsidiário, do art. 61º do CPP, e tendo como certo que nem todos os direitos e deveres ali previstos se aplicam em direito sancionatório da concorrência⁴, verificamos que o direito de estar presente nos actos que directamente lhe digam respeito encontram

⁴ Exemplificando: no direito contra-ordenacional não há lugar à aplicação de medidas de coacção, designadamente de TIR, a realização de audiência de julgamento na ausência do arguido não depende da sua constituição formal como tal, sendo, aliás, a regra a realização de audiência na sua ausência, não existe o dever de comparecer sempre que convocado, enquanto tal constitui uma contra-ordenação autónoma – art. 43º nº4 da LdC) e não tem o dever de se sujeitar às medidas de coacção e garantia patrimonial – inexistentes em processo de contra-ordenação.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 636/09.4TYLSB

acolhimento no próprio art. 26º, tal como o direito a oferecer prova e requerer diligências.

Assim, a sua presença é juridicamente assegurada pela notificação prevista no art. 26º nº1 da LdC – equivalente ao disposto no art. 50º do RGCOG – preceito no qual se prevê que se pode pronunciar, naturalmente oferecer prova e requerer diligências complementares de prova.

E, relativamente às verdadeiras diligências complementares de prova, sejam as requeridas pelos arguidos, sejam as ordenadas officiosamente, é que a AdC tem que assegurar o contraditório.

Tendo então presente a natureza da audição oral prevista no art. 26º, nº2 da LdC, podemos concluir que, tratando-se do estrito exercício do direito de audição e de defesa, não se trata de acto que diga respeito a qualquer outro arguido que não aquele que requereu a audição, mesmo no caso de imputação de infracções sob uma das formas de participação a outros arguidos.

Segue que, mesmo aplicando o disposto no art. 61º nº1, al. a) do CPP, os demais arguidos não têm o direito a estar presentes e, logo, a intervir na referida audição.

Se nessa audição oral forem oferecidas provas ou requeridas diligências complementares de prova, relativamente a esses meios de prova e às diligências é que a AdC terá, necessariamente *a posteriori* que actuar, fazendo respeitar o devido contraditório.

Importa, neste particular esclarecer que pelo facto de no auto que lhes foi notificado constar que se tencionava produzir prova pericial, não quer dizer que tenha sido produzida prova pericial.

A prova pericial está regulada nos arts. 151º e segs. do CPP e é, verdadeiramente, um meio de prova. O que se passou na diligência foi que a arguida que a requereu se fez nela representar por quem entendeu e esses seus representantes fizeram a exposição que entenderam conveniente, com recurso a uma apresentação em power point. Tratou-se do exercício do direito de defesa e não de uma diligência de produção de prova. Logo, nunca os ora recorrentes poderiam fazer-se assistir por qualquer técnico nem poderiam colocar questões ou pedir esclarecimentos.

Face a todo o exposto, não houve qualquer violação dos direitos dos arguidos: não só os mesmos não têm o direito a estar presentes nas audições prévias das co-arguidas como estas audições não são uma diligência de obtenção de prova mas tão o exercício do direito de resposta. Logo, e adiantando, também não tinham os recorrentes de ser notificados da data designada para a audição da EUREST.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, Nº 1 08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 636/09.4TYLSB

Também em consequência o exercício de contraditório ficou satisfeito pela notificação do auto e respectiva exposição, tal como alegado pela AdC – cfr. facto nº 14.

Não é despidendo, finalmente, referir nesta sede o brocardo: o que não está no processo não está no mundo. Ou seja, o que consta nos autos é o que foi notificado. Caso, por hipótese, tenha sido produzida prova que não conste no auto e não resulte dos seus anexos, não pode ser usada nem contra, nem a favor de nenhum dos arguidos.

No tocante ao Acórdão do Tribunal Constitucional citado não tem, efectivamente, aplicação ao caso dos autos, nem pela positiva, nem pela negativa – a sua doutrina aplica-se ao debate instrutório em processo penal, fase aqui inexistente e não equiparável à diligência que teve lugar, como anteriormente caracterizada.

*

c) Violação do livre exercício do mandato por parte dos advogados constituídos

Os recorrentes vêm arguir a nulidade do acto (audição oral da co-arguida Euresf) alegando que, com a decisão recorrida, foram os advogados seus representantes impedidos de exercer livremente o seu mandato, perturbando a liberdade de exercício da profissão de advogado prevista nos arts. 64º e 67º do Estatuto da Ordem dos Advogados e que fere de nulidade os actos praticados nos termos do art. 75º nº3 dos referidos Estatutos.

Os preceitos invocados como violados prevêem que os advogados não podem ser impedidos, por qualquer autoridade pública de praticar actos próprios da advocacia e que, no que ao caso concerne, compete aos agentes da autoridade e funcionários públicos assegurar tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas ao cabal desempenho do mandato aos advogados aquando do exercício da sua profissão.

O art. 75º nº3 regula os efeitos do exercício do protesto, tendo-o como arguição de nulidade.

Estabelece ainda o art. 61º nº3 do EOA que *«o mandato judicial, a representação e a assistência por advogados são sempre admissíveis e não podem ser impedidos perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada, nomeadamente para defesa de direitos, patrocínio de relações jurídicas controvertidas, composição de interesses ou em processos de mera averiguação, ainda que administrativa, oficiosa ou de qualquer natureza.»*

Estamos, no caso, a discutir representação para o exercício de direitos ante uma autoridade administrativa independente.



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, N.º 1 08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 636/09.4TYLSB

Para que se possa considerar que houve violação dos preceitos citados teríamos que estar perante um acto ao qual os representados dos Ilustres Mandatários tivessem o direito de estar presentes e no qual tivesse sido impedida a representação ou assistência pelos seus advogados.

Não é o caso presente.

Os próprios representados, ora recorrentes, não tinham o direito de estar presentes na audição oral da Eurest ou de ali, por qualquer forma, intervir. Logo não houve qualquer violação do livre exercício da profissão de advogado.

Tanto é assim que, relativamente aos actos relativamente aos quais tinha que ser exercido o contraditório pelos recorrentes, ou seja, relativamente aos elementos de prova oferecidos ou diligências complementares eventualmente requeridas, a Adc garantiu esse direito mediante notificação aos mandatários – cfr. n.º 14 da matéria de facto provada.

Improcede, assim, a arguida nulidade.

*

d) Falta de fundamentação

Os recorrentes alegam que o despacho recorrido carece integralmente de fundamentação legal.

Alinham que não é referida a razão pela qual a AdC não respondeu ao requerimento que haviam apresentado previamente (n.ºs 4 e 5 da matéria de facto provada), não explica porque rejeita os fundamentos jurídicos invocados e não explica os fundamentos de facto que levaram a prever que a presença dos co-arguidos perturbaria a diligência.

Concluem pela existência de violação do dever de fundamentação, previsto no art. 97.º n.º5 do Código de Processo penal.

A AdC contrapôs que a decisão está fundamentada sempre que o destinatário fique esclarecido e possa, querendo, impugnar a mesma e que clarificou devidamente os fundamentos da sua decisão de que não tinham o direito de estar presentes.

Cumpre, em primeiro lugar assinalar que o que foi requerido pelos ora recorrentes e objecto de decisão de indeferimento pela decisão recorrida foi que lhes fosse concedido o direito de «estarem presentes no acto processual de audição oral da co-arguida Eurest Portugal ...» - n.º 7 da matéria de facto provada.

Não se requereu fosse esclarecido porque razão não tinha havido qualquer resposta ao requerimento anterior.

Tal questão não foi, pois, objecto da decisão ora recorrida, pelo que a não explicitação de tal questão no despacho recorrido nunca poderia acarretar



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 636/09.4TYLSB

qualquer vício do mesmo, nomeadamente a sua consideração como não fundamentação.

O art. 97º nº5 do CPP dispõe que "*Os actos decisórios são sempre fundamentados, devendo ser especificados os motivos de facto e de direito da decisão*".

No caso dos autos está em causa o despacho da AdC que indeferiu o requerimento das arguidas de estar presentes, na pessoa do respectivo mandatário, na audição oral solicitada pela co-arguida no processo, a sociedade EUREST.

Trata-se, pois, de um acto decisório, na medida em que conhece de uma questão interlocutória (art. 97º, nº 1, al. b) do CPP), e que, por conseguinte, tem de estar fundamentado de facto e de direito.

A propósito da fundamentação das decisões judiciais diz Germano Marques da Silva, "é hoje entendimento generalizado que um sistema de processo penal inspirado nos valores democráticos não se compadece com decisões que hajam de impor-se apenas em razão da autoridade de quem as profere, mas antes pela razão que lhes subjaz. (...) A fundamentação dos actos é imposta pelos sistemas democráticos com finalidades várias. Permite o controle da legalidade do acto, por uma parte, e serve para convencer os interessados e os cidadãos em geral acerca da sua correcção e justiça, por outra parte, mas é ainda um importante meio para obrigar a autoridade decidente a ponderar os motivos de facto e de direito da sua decisão, actuando por isso como meio de autocontrole. A ratio da exigência de fundamentação é a de submeter a decisão judicial a um maior controle por parte da colectividade e é também consequência da importância que assume no novo processo o direito à prova e à contraprova, nomeadamente o direito de defender-se, provando" (*in* "Curso de Processo Penal", III Vol.).

Sendo indiscutível que todos os actos decisórios têm que ser fundamentados, é também indiscutível que o grau de fundamentação há-de depender do tipo de acto decisório.

Conforme consta no Ac. da Relação de Lisboa de 9 de Janeiro de 2007 "Não sendo naturalmente uniformes as exigências constitucionais de fundamentação relativamente a todo o tipo de decisões judiciais, como já se referiu, algumas destas, nomeadamente as condenatórias ou aquelas que afectem ou possam afectar direitos, liberdades e garantia dos cidadãos, hão-de ser objecto de um dever de fundamentar de especial intensidade." (5ª secção, proc. 2621/2006-5).



Tribunal do Comércio de Lisboa

3.º Juízo

Av. D. João I L. N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 636/09.4TYLSB

Da decisão recorrida que nega aos recorrentes o direito de participar na diligência de audição oral da EUREST consta que: "Vistos os requerimentos e os fundamentos em termos de Direito apresentados em seu suporte, que não consubstanciam o direito dos de co-arguidos à presença na audição oral prevista no n.º 2 do art. 26.º da lei 18/2003, de 11 de Junho, bem como a necessidade de assegurar o correcto desenrolar da diligência e evitar a perturbação da mesma, indefere-se a presença dos referidos mandatários na audição oral da arguida EUREST, sem prejuízo de se garantir, pelos meios considerados adequados, o respeito pelo princípio do contraditório, nos termos e para os efeitos do n.º 4 do artigo 26.º da referida Lei, pela disponibilização nos autos do processo do auto de transcrição da respectiva audição."

Ora se é certo que o despacho não é extenso nem se pode considerar rico em fundamentação, não é menos certo que o mesmo permite aos seus destinatários, os ora recorrentes, a compreensão do decidido e da razão da decisão. Com efeito, do referido despacho resulta claro que a AdC entende que às arguidas do processo de contra-ordenação não assiste o direito de participar nas diligências de audição prévia a que alude o art. 26.º n.º 2 da Lei n.º 18/2003, acrescentando a AdC que tal participação poderia pôr em causa o correcto desenrolar do processo e poderia perturbar a diligência.

Não há, pois, dúvida que o despacho tem a respectiva fundamentação de facto e de direito: a participação não é permitida porque as ora recorrentes não têm o direito de participar na audição oral prevista no art. 26.º, n.º 2. Com esta justificação a AdC deu a conhecer às ora recorrentes a razão pela qual não lhes permitia a presença na diligência e fê-lo de forma perfeitamente claro e unívoco, como aliás o prova o recurso interposto em que os recorrentes demonstram ter percebido perfeitamente o argumento invocado pela AdC que refutam de modo expresso.

Assim, tendo em conta o tipo de decisão em causam, que a mesma permite às arguidas perceber as razões de facto e de direito que a justificam assim como permite ao tribunal proceder à sua sindicância, é forçoso concluir inexistir qualquer falta de fundamentação na decisão recorrida.

Face ao exposto, julgo improcedente a arguida falta de fundamentação.

*

e) Nullidade por insuficiência da instrução

Os arguidos alegaram que em consequência do despacho recorrido teve lugar uma diligência com relevância probatória directa na defesa de todos os arguidos sem a presença/representação dos co-arguidos que assim ficaram inibidos de verificar o teor das exposições orais dos peritos e de os contrariar ou solicitar esclarecimentos, resultando comprometido o direito de exercício de



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 636/09.4TYLSB

contraditório e apontando como disposições violadas os arts. 61º, nº2, al. f), 62º e 64º do CPP, e 20º nºs 1 e 2 e 32º, nºs 3, 4, 5 e 10 da CRP.

Entendem que tal gerou nulidade por insuficiência de instrução, nos termos previstos no art. 120º, nº2, al. d) do CPP por falta de notificação do arguido para actos de instrução e impossibilidade de presença/representação em acto de instrução que directamente lhe diz respeito.

Estabelece o art. 120º nº2 al. d) do CPP que constitui nulidade dependente de arguição a insuficiência do inquérito ou da instrução, por não terem sido praticados actos legalmente obrigatórios e a omissão posterior de diligências que pudessem reputar-se essenciais para a descoberta da verdade.

No tocante aos actos processuais obrigatórios temos a falta de interrogatório a pedido do arguido (art. 292º nº2 do CPP), inaplicável em processo contra-ordenacional; a falta de notificação do despacho de abertura de instrução ao Ministério Público, ao arguido, ao defensor e ao representante do assistente (art. 287º nº6 do CPP); mais uma vez inaplicável em processo contra-ordenacional, a falta de notificação dos sujeitos processuais para os actos de instrução (art. 289º nº2 do CPP) – sendo um dos casos enquadrável hipoteticamente e relativamente ao qual já se esclareceu que, dada a natureza da diligência de audição oral não há obrigatoriedade de notificação nem direito a estar presente por parte dos co-arguidos; não sujeição ao contraditório na produção de prova durante a instrução (art. 301º nº2) – como também já se explicitou, o princípio do contraditório foi devida e correctamente observado; e a omissão da faculdade de o arguido ou o seu defensor se pronunciarem em último lugar (art. 301º nº2), caso não aplicável aos autos.

A omissão posterior de diligências que pudessem reputar-se essenciais à descoberta da verdade reporta-se à omissão de actos processuais na fase de julgamento e recurso – cfr. neste sentido Paulo Pinto de Albuquerque *in* Comentário do Código de Processo Penal, UCP, 2007, pg. 314, ou seja, mais uma vez não aplicável ao caso dos autos.

Não foi, assim, omitido qualquer acto processual obrigatório ou omitida qualquer diligência posterior que pudessem configurar nulidade por insuficiência de instrução, pelo que improcede a arguida nulidade.

*

f) Violação do princípio da igualdade

Entendem os arguidos que tendo sido permitida a presença na diligência dos Srs. Mark White e Simmon Priddis advogados de pessoa não arguida nos autos, sem junção de qualquer instrumento de mandato é uma clara



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 636/09.4TYLSB

discriminação e violação do princípio da igualdade plasmado no art. 13º nº2 da CRP.

O princípio da igualdade, encontra-se consagrado na CRP nos seguintes termos: *Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei* (art. 13º, nº 1, concretizando o nº 2 do preceito este princípio geral).

A protecção conferida por este direito abrange a proibição do arbítrio (proíbe diferenciações de tratamento sem justificação objectiva razoável ou identidade de tratamento em situações objectivamente desiguais) e da discriminação (não permite diferenciações baseadas em categorias subjectivas ou em razão dessas categorias).

Na sua vertente de proibição de arbítrio constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo de controlo: nem aquilo que é fundamentalmente igual deve ser tratado arbitrariamente como desigual, nem aquilo que é essencialmente desigual deve ser arbitrariamente tratado como tal. – cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *in* CRP Anotada, I vol. 4ª edição, pg. 339.

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

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

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



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 636/09.4TYLSB

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

A argumentação dos arguidos nesta sede carece em absoluto de fundamento. Num caso como o dos autos só haveria violação do princípio da igualdade se a AdC tivesse impedido os ora recorrentes de exercer o seu direito de apresentar defesa oral ou se na sua audição oral não permitissem a apresentação de um power point ou não permitissem a sua representação por pessoas que não estivessem devidamente mandatadas. De facto, só numa situação assim configurada haveria um tratamento desigual de uma situação igual e, nesse medida haveria um tratamento discriminatório arbitrário.

Não é, porém, esta a situação dos autos. O que se passa é que só a arguida EUREST solicitou a audição oral e, por conseguinte, só quanto a esta tal audição teve lugar. Não tendo os ora recorrentes feito requerimento semelhante não há qualquer violação do princípio da igualdade.

Improcede, pois, a arguida violação do princípio da igualdade.

*

g) Violação do direito ao processo equitativo

Argumentam os arguidos que a decisão recorrida, ao impedir os mandatários de assistir à audição oral da co-arguida Eurest, permitindo-o à acusação, provocou um acentuado desequilíbrio entre a defesa e a acusação, já que permitiu que a acusação presenciasse directamente diligências probatórias, exercendo o contraditório no seu exclusivo interesse, concluindo pela violação do direito ao processo equitativo e de igualdade de armas consagrados nos arts. 13º e 20º n.º4 da CRP.

Nos termos do art. 20º da Constituição da República todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

Este direito constitucionalmente consagrado pretende garantir a todos que o direito de agir em juízo se efective através de um processo equitativo. Gomes Canotilho e Vital Moreira a propósito deste direito referem: "O *due process* positivado na Constituição portuguesa deve entender-se num sentido amplo, não só como um processo justo na sua conformação legislativa ... mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais (...) O significado básico da exigência de um processo equitativo é o da conformação do processo de forma materialmente adequada a uma tutela judicial efectiva. (...) A doutrina e a jurisprudência têm procurado densificar o princípio do processo equitativo através de outros princípios: 1) direito à igualdade de armas ou direito à



Tribunal do Comércio de Lisboa

3º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 636/09.4TYLSB

igualdade de posições no processo, com proibição de todas as discriminações ou diferenças de tratamento arbitrárias; (2) o direito de defesa e o direito do contraditório traduzido fundamentalmente na possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e de direito, oferecer provas, controlar as provas da outra parte, pronunciar-se sobre o valor e resultado dessas provas; (...) (4) direito à fundamentação das decisões; (5) direito à decisão em tempo razoável; (6) direito ao conhecimento dos dados processuais; (7) direito à prova, isto é, à apresentação de provas destinadas a demonstrar e provar os factos alegados em juízo; (8) direito a um processo orientado para a justiça material sem demasiadas peias formalísticas." (loc. cit., pgs. 415 e 416).

Ora, de todo o supra exposto resulta que se encontra assegurado o direito ao processo equitativo. Com efeito, não houve por parte da AdC, no que à decisão recorrida e ao acto que lhe está subjacente respeita, qualquer violação dos direitos à igualdade de armas, de defesa, de fundamentação da decisão, ao conhecimento dos actos processuais ou à prova. Não tendo as recorrentes logrado provar qualquer uma das referidas violações, não há qualquer dado nos autos que permita ao tribunal concluir que a AdC não conduza o processo de forma equitativa, orientada para a procura da verdade material. Significa isto que não há qualquer dado que permita concluir que a AdC não esteja a conformar o processo de forma materialmente adequada a uma tutela judicial efectiva.

Por outro lado, cumpre recordar que a diligência em causa foi a concretização do exercício do direito de defesa de uma das arguidas pelo que teria que decorrer, pela natureza das coisas, ante a acusação, por ser perante esta que se exerce este concreto direito tal como está conformado na lei.

Assim não há qualquer violação ao princípio do direito ao processo equitativo, nomeadamente na sua vertente de igualdade de armas.

*

b) Nulidade dos actos subsequentes ao despacho recorrido

Finalmente os recorrentes baseando-se na ilegalidade e nulidade da decisão recorrida pedem não só a sua revogação como a declaração de nulidade de todos os actos subsequentes.

Não existindo qualquer nulidade ou ilegalidade do despacho recorrido conforme explanado supra, não há qualquer nulidade de actos subsequentes a conhecer.

*

VII - Pelo exposto, julgando integralmente improcedente o recurso apresentado por **Gertal - Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação**,



Tribunal do Comércio de Lisboa
3º Juízo
Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 836/09.4TYLSB

SA, Itau – Instituto Técnico de Alimentação Humana, SA, Trivalor – Sociedade Gestora de Participações Sociais, SA, Carlos Alberto dos Santos Martins Moura, Joaquim Augusto Freitas Fernandes Dias Cabaço e José Luís Silvestre Cordeiro o tribunal decide:

- a) manter a decisão da Autoridade da Concorrência de 19/03/09 que indeferiu a presença dos advogados constituídos pelos arguidos na audiência oral da co-arguida Euresit;
- b) não declarar a nulidade dos actos subsequente ao despacho recorrido.

*

Custas pelos arguidos, fixando-se a taxa de justiça em 4 UCs - (arts. 92º n.º 3, 93º n.º 3 e 94º n.º 3, ambos do RGCOE e 12º n.º 4 e Tabela III do RCP).

Notifique e proceda ao depósito.

Comunique nos termos do disposto no art. 70º n.º 4 do Decreto Lei n.º 433/82 de 27/10.

*

Lisboa, 04/01/10 (23/11/09 a 04/12/09 dispensa de serviço; ac. serv.)
Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo(a) signatário(a).

*

O/A Juiz de Direito,

Dr(a). Maria de Fátima dos Reis Silva