



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*

DESCRITORES: DIREITO DA CONCORRÊNCIA; VIOLAÇÃO DAS REGRAS DA CONCORRÊNCIA; DEFESA DA CONCORRÊNCIA; CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS; OBRIGAÇÕES DE NOTIFICAÇÃO E IMOBILIZAÇÃO; AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA.

SUMÁRIO:

I. *O sistema nacional de controlo de concentrações assemelha-se ao do Direito da União Europeia, assentando num controlo por antecipação cruzado com um outro de imobilização pós-concretização, ou seja, numa obrigação de notificação prévia a realizar nas condições previstas nas diversas alíneas do n.º 1 do art. 37.º do Novo Regime da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (NRJC) e numa punição da «realização de operação de concentração de empresas antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição» nos termos do estabelecido na al. f) do art. 68.º do mesmo encadeado normativo;*

II. *Existem, a par de um sistema europeu de controlo das operações de concentração de empresas um regime e um sistema internos, criados no âmbito da margem da autonomia de produção normativa de que goza o Estado português no que tange às operações que «ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos» – cf. o n.º 2, «in fine», do art. 2.º do NRJC;*

III. *As autoridades de concorrência nacionais não têm jurisdição para aplicar o Regulamento das Concentrações Comunitárias – Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas – nem este tem vigência autónoma no nosso ordenamento jurídico;*

IV. *A obrigação de notificação e a de suspensão têm distintas finalidades e tempos, estando normativamente autonomizadas as duas obrigações;*

V. *Não resulta daí, necessariamente, que estejamos diante da prática de duas contra-ordenações;*

VI. *O legislador nacional não qualificou como contra-ordenação o incumprimento da obrigação de notificação prévia referida nos n.ºs 1 e 2 do art. 37.º do NRJC;*

VII. *Ao assim actuar, tal legislador não emulou (e não tinha que o fazer, por nenhuma norma ou obrigação de Direito da União Europeia lho impôr) o regime emergente das als. a) e b) do n.º 2 do art. 14.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004;*

VIII. *A divergência de regimes não permite a importação do afirmado nos arestos da jurisprudência da União, sobretudo do Tribunal de Justiça da União Europeia, já que é distinta a razão de decidir (num caso – o nacional – não se atribui à violação da obrigação de notificação a natureza de contra-ordenação punível com coima e, no outro – o europeu –, conferiu-se ao desrespeito da necessidade de notificar a natureza de ilícito administrativo da União, sancionável com coima);*

IX. *Os princípios da legalidade e seu afluente princípio da tipicidade e as suas vertentes «nullum crimen» e «nulla poena» «sine lege» não permitem extrapolar, estender ou integrar analogicamente as normas nacionais por forma a criar, por via jurisprudencial (à míngua de norma expressa), um regime contra-ordenacional que permita punir com coima o desrespeito da obrigação de notificação enunciada no art. 37.º do NRJC.*

X. *Há, entre a construção normativa vigente no Regulamento n.º 139/2004 e a Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio, uma clara divergência no que tange às soluções de reacção preventiva e repressiva às operações de ilícita concentração empresarial, o que ocorre sem prejuízo da sintonia dos criadores de normas nacionais e europeus no que concerne aos objectivos e concepções subjacentes;*



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

XI. *A necessidade de eficácia no controlo efetivo de determinadas operações de concentração é transversal e aplica-se tanto ao mercado de dimensão europeia como ao de dimensão nacional;*

XII. *A obrigação de suspensão não é redundante relativamente à de notificação;*

XIII. *No sistema normativo anterior (o da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho – Regime Jurídico da Concorrência), não era tão patente a autonomização das obrigações aqui analisadas mas essa realidade só confirma a bondade da leitura que se faz do novo regime, nele dividando, justamente, a autonomia e diversidade de respostas também ao nível das reacções;*

XIV. *A solução normativa é bem distinta, dedicando, antes, o legislador, a al. b) do art. 72.º à reacção específica à violação da obrigação de notificação;*

XV. *Não tem sentido e adequação convocar, aqui o «princípio do primado e da interpretação conforme com o Direito da União» porquanto o legislador nacional tinha autonomia regulatória, atendeu a interesses e finalidades comuns, realizou distinção simétrica mas encontrou solução repressiva não coincidente (como não o é, em sede geral, a opção, nesta área, pelo «músculo» «penal» do Direito de mera ordenação social que, como é consabido, não é convocado pelo legislador da União para atingir as suas finalidades no Direito da Concorrência sem que daí se extraia noção da violação do sentido e conteúdo do Direito da União – quer primário quer derivado);*

XVI. *Não existe, no regime efectivamente eleito pelo legislador, omissão de reacção ao fenómeno de «gun jumping» invocado pela Recorrente (leia-se, neste anglicismo do jargão sectorial: realização antecipada de uma operação de concentração sem cumprimento das regras de notificação prévia obrigatória) e, conseqüentemente, não existe erro em decisão judicial que não veja contra-ordenação onde ela não se materializa (não por razões ontológicas mas pela simples e muito relevante razão de o legislador não ter qualificado a violação da obrigação como contra-ordenação);*

XVII. *O que existe, isso sim, é diversidade de soluções repressivas;*

XVIII. *Num contexto em que o que relevava para a fixação da medida concreta da sanção era a duração do quadro de ilicitude e não a questão de saber se estamos perante um ilícito instantâneo com duração temporariamente estendida ou um ilícito permanente de igual extensão, introduzir apenas a questão da qualificação jurídica da conduta pedindo unicamente, a final, de forma vaga, a revogação da sentença por o Tribunal ter assumido uma solução e não a outra constitui introdução de questão inócua e pedido desfocado bem como reacção inepta à decisão judicial com a qual não se concordou, neste ponto, por razões meramente teóricas;*

XIX. *Quando o que se pretende no recurso é apenas a substituição de uma construção jurídica por outra, sem conseqüências ao nível da determinação da medida concreta das sanções e sem inclusão no pedido de algo mais do que a pretensão de revogação da sentença, estamos perante postura processual que não merece a tutela do Direito já que, nos Tribunais, não se discutem diletantemente questões jurídicas desacompanhadas da formulação de pedidos concretos que justifiquem o seu tratamento, desde logo porque esta academização dos processos violaria a exigência de interesse em agir e a regra da proscricção da prática de actos inúteis sempre associada ao princípio da economia processual enunciado, designadamente, no art. 130.º do Código de Processo Civil – aplicável ex vi do art. 4.º do Código de Processo Penal e este encadeado normativo por força do disposto no n.º 1 do art. 41.º do RGCO – descaracterizando a sua intervenção.*

*

Acordam na Secção de Propriedade Intelectual, Concorrência, Regulação e
Supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa:



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*

I. RELATÓRIO

A SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DE LISBOA, com os sinais identificativos constantes dos autos, impugnou judicialmente a decisão da AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA que lhe impôs sanções pela prática das infracções descritas nos autos.

O Tribunal «a quo» descreveu os contornos da acção e as suas principais ocorrências processuais até à sentença nos seguintes termos:

Pelo presente recurso de contra-ordenação, veio a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, com sede no Largo Trindade Coelho, 1200-470 Lisboa, pessoa colectiva n.º 500745471 (adiante, abreviadamente, Santa Casa, SCML, Recorrente ou Arguida), nos termos do disposto no artigo 84.º do RJC (Regime Jurídico da Concorrência), impugnar judicialmente a decisão da Autoridade da Concorrência (AdC), que decidiu nos seguintes moldes:

“Primeiro: Declarar que a Visada, ao realizar a operação de concentração que consistiu na aquisição da SG CVP, antes de uma Decisão de Não Oposição da AdC, praticou uma infração ao disposto no n.º 1 do artigo 37.º e uma infração ao n.º 1 do artigo 40.º, constituindo duas contraordenações, nos termos da alínea f) do n.º 1 do artigo 68.º, punidas nos termos do n.º 2 do artigo 69.º, todos da Lei da Concorrência.

“Segundo: Nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei da Concorrência, é aplicada à Visada uma coima de € 500.000,00 (quinhentos mil euros), pela infração ao disposto no n.º 2 do artigo 37.º da Lei da Concorrência e, em concreto, à alínea c) do n.º 1 do mesmo artigo; e uma coima de € 2.000.000,00 (dois milhões de euros) pela infração ao disposto no n.º 1 do artigo 40.º da Lei da Concorrência.

“Terceiro: Aplicar em cúmulo jurídico, uma coima única de € 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil euros).”

Para tanto, a Recorrente apresentou as seguintes conclusões:

“677. Como se reconhece na Decisão da AdC, a operação de concentração em causa não preenche os requisitos de obrigatoriedade de notificação de concentrações do artigo 37.º(1)(a) e (b) da Lei n.º 19/2012.

“678. A operação de concentração em causa não alcançou o limiar de volume de negócios agregado das empresas participantes de 100 milhões de EUR, nos termos dos artigos 37.º(1)(c) e 39.º(3) da Lei n.º 19/2012.

“679. A Santa Casa não estava obrigada a notificar a operação de concentração em causa à AdC e não violou a obrigação constante do artigo 40.º(1) (ou qualquer outra obrigação) da LdC.

“680. A Santa Casa não agiu ilicitamente e a sua conduta não preenche o tipo objetivo do ilícito que lhe foi imputado.

“681. Cabe à AdC o ónus de alegação e de prova dos factos constitutivos dos requisitos da responsabilidade contraordenacional no presente caso, beneficiando a Santa Casa do princípio in dubio pro reo, e não tendo a AdC cumprido estes ónus na Decisão da AdC.

“682. A AdC interpretou erradamente o conceito da LdC de “volume de negócios”, para efeitos de controlo de operações de concentração.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

“683. As receitas dos Jogos Sociais do Estado, por força de lei, são receitas do Estado, especificamente impostos indiretos do Estado.

“684. As receitas dos Jogos Sociais do Estado não são receitas do Departamento de Jogos.

“685. As receitas dos Jogos Sociais do Estado não são receitas da Santa Casa.

“686. O Estado consigna à Santa Casa e às demais entidades beneficiárias previstas no Decreto-Lei n.º 56/2006 uma parte dos impostos indiretos que obteve a título de receitas dos Jogos Sociais do Estado, a título de subsídios ou impostos consignados para a prossecução de serviços de interesse geral, de natureza não económica, definidos e determinados pelo Estado (“Boas Causas”).

“687. O Estado é livre de alterar a qualquer momento, e tem alterado frequentemente ao longo dos anos, a distribuição das receitas dos Jogos Sociais do Estado, variando a seu entender o montante que entrega à Santa Casa (e demais entidades beneficiárias) para a prossecução por esta das Boas Causas determinadas pelo Estado.

“688. A AdC não alegou os factos necessários para cumprir o seu ónus da prova de que o Departamento de Jogos pertence à mesma empresa (unidade económica) que a Santa Casa, não tendo sequer alegado os factos necessários à aplicação dos critérios básicos da LdC relativos ao exercício de controlo.

“689. O Departamento de Jogos não pertence à mesma empresa (unidade económica) que a Santa Casa. É uma unidade independente com atividade própria, orçamento próprio e que, por força de lei, não pode ser consolidado com o da Santa Casa, sujeita ao controlo direto do Estado (e não um controlo exercido por este através da Santa Casa). A Santa Casa não tem suscetibilidade de exercer influência decisiva sobre os órgãos da Santa Casa, a qual é exercida pelo Estado, que detém diretamente sobre este todos os poderes tipicamente associados ao exercício de controlo no sentido da LdC.

“690. Não existe relação sinalagmática (ou de contrapartida) entre as funções desempenhadas pelo Departamento de Jogos e as receitas dos Jogos Sociais do Estado consignadas pelo Estado à Santa Casa.

“691. Ao atuar no âmbito da gestão e regulação dos Jogos Sociais do Estado, o Departamento de Jogos atua como agente do Estado, controlado diretamente por este, e sem remuneração.

“692. A atividade do Departamento de Jogos não é uma atividade económica, nem foi tal alegado, muito menos provado na Decisão da AdC.

“693. A atividade de oferta dos Jogos Sociais do Estado é uma atividade do Estado (comitente), atuando o Departamento de Jogos como seu agente, em situação de agência atípica, sob controlo direto do comitente, imposta por lei e não remunerada.

“694. O Departamento de Jogos estaria, quando muito (quod non), ativo na oferta de serviços de gestão / agência para oferta de jogos de fortuna e azar (pelo Estado), mas isso não foi alegado na Decisão da AdC.

“695. O Departamento de Jogos também não está ativo no mercado da oferta de serviços de gestão / agência para oferta de jogos de fortuna e azar porque a sua atividade não tem natureza económica: é estranha à esfera das trocas económicas, está associada ao exercício de prerrogativas de poder público, e os fins não económicos a que os recursos estão adstritos sempre determinariam a natureza não económica da atividade.

“696. A própria AdC não considerou que esta atividade fosse económica, senão não poderia ter limitado o volume de negócios gerado ao lucro da atividade, excluindo os custos da atividade.

“697. O financiamento pelo Estado da prossecução de atividades de interesse geral pela Santa Casa não é um auxílio de Estado no sentido do artigo 107.º(1) do TFUE, como foi levemente alegado pela AdC, sem análise, fundamentação ou ponderação das implicações gravíssimas de tal alegação.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

“698. O montante de 226.056.462 EUR, correspondente à parte dos impostos indiretos provenientes das receitas dos Jogos Sociais do Estado consignada em 2019 pelo Estado à Santa Casa para prossecução de Boas Causas, não pode ser considerado uma remuneração da venda de bens e prestação de serviços pela Santa Casa na oferta de Jogos Sociais do Estado, como defende a AdC.

“699. Esse montante também não poderia, sequer, ser considerado uma contrapartida da prestação ao Estado de serviços de gestão/agência dos Jogos Sociais do Estado (o que não foi alegado pela AdC).

“700. Só porque um tipo de receitas é incluído no artigo estatutário que descreve os vários tipos de receitas de uma entidade, isso não pode ser utilizado – como fez a AdC – para concluir que esse tipo de receitas é a remuneração da venda de bens e serviços, caso contrário, todas as receitas o seriam, incluindo doações, heranças e subsídios. Pelo contrário, o facto de os estatutos da Santa Casa aprovados pelo legislador distinguirem um tipo de receitas de venda de bens e serviços e um tipo distinto de receitas provenientes da consignação de impostos indiretos do Estado (por via dos Jogos Sociais do Estado) demonstra que o legislador não considera que essa consignação de receita seja considerada o resultado da venda de bens e serviços.

“701. As incoerências lógicas e insustentabilidade da posição da AdC conduziram-na ao absurdo de só incluir no volume de negócios da oferta de Jogos Sociais do Estado o lucro dessa atividade – ou melhor, uma pequena parte desse lucro. Mesmo que se admitisse, ad arguendum, a inclusão do Departamento de Jogos na mesma empresa que a Santa Casa, a Decisão da AdC excluiu do “volume de negócios” da Santa Casa as receitas que cobrem os custos da oferta de Jogos Sociais do Estado e as receitas líquidas distribuídas a outras entidades beneficiárias. Seria uma ótima notícia para as empresas portuguesas se o Tribunal confirmasse esta mudança de posição da AdC segundo a qual as receitas utilizadas para cobrir custos da atividade não são “volume de negócios”, apenas devendo ser contabilizados para esse efeito os “lucros” (e nem todos os lucros). No presente caso, a AdC tropeçou neste resultado por querer chegar a uma conclusão inalcançável e estar disposta a desconsiderar os critérios legais de determinação de volume de negócios para aí chegar.

“702. Pela enviesada lógica da AdC, o Departamento de Jogos pertence à mesma empresa que a Santa Casa e oferece um serviço (Jogos Sociais do Estado), mas só 6,7% do valor total de vendas desse serviço (226 milhões EUR / 3.359,5 milhões EUR) é considerado pela AdC como “volume de negócios” da Santa Casa. Não só a AdC qualificou de volume de negócios apenas o lucro da atividade – o que é absurdo no direito da concorrência –, como atribuiu à Santa Casa apenas 29,5% do lucro da atividade (226 milhões EUR / 764,4 milhões EUR). Estas incoerências são o resultado da recusa fundamental da AdC de compreender que se está perante uma relação de agência atípica não remunerada e legalmente imposta, que a atividade de oferta dos Jogos Sociais do Estado é do Estado enquanto comitente, e que nem a atividade de gestão e regulação desses Jogos pelo Departamento de Jogos tem natureza económica.

“703. Tendo em conta os custos da atividade do Departamento de Jogos, aquela mesma lógica enviesada da AdC levaria a concluir-se que o Estado remunera os serviços de gestão e regulação dos Jogos Sociais do Estado por esta entidade com uma margem de lucro de mais de 215%. Seria um curioso exemplo de abuso de posição dominante por um monopsonista em seu próprio prejuízo, ainda por cima, exercendo poderes de autoridade pública para definir os termos da relação.

“704. As receitas dos Jogos Sociais do Estado consignados por este à Santa Casa enquadram-se numa relação sem lógica de mercado, em que aquele impõe – com jus imperii – e financia a prossecução de serviços de interesse geral (não económicos) por esta (à semelhança do que faz com as demais entidades beneficiárias).



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

"705. Uma interpretação sistemática da lei, que atenda à unidade do sistema jurídico e parta do pressuposto que o legislador se expressou adequadamente, conduz, necessariamente, à conclusão de que as receitas dos Jogos Sociais do Estado consignados por este à Santa Casa não são receitas da venda de bens ou prestação de serviços, mas sim receitas provenientes de uma atividade que o Estado reservou exclusivamente para si, que encarregou uma entidade sem fins lucrativos e controlada diretamente por si de prosseguir em seu nome e por sua conta (enquanto seu agente) sem remuneração, receitas essas que o legislador sistemática e repetidamente qualifica de impostos indiretos do Estado, atribuídos à Santa Casa e às demais entidades beneficiárias como benefícios ou subsídios para a prossecução vinculada de serviços de interesse geral.

"706. As receitas dos Jogos Sociais do Estado atribuídas por este à Santa Casa não se enquadram no conceito de "atividades normais".

"707. A conclusão de que as receitas dos Jogos Sociais do Estado atribuídas por este à Santa Casa não são volume de negócios, no sentido da LdC, para efeitos de controlo de concentrações, é também imposta pela interpretação teleológica das normas de controlo de concentrações.

"708. Essas receitas não são o resultado da prestação de serviços a "empresas e consumidores", e esta questão não foi discutida, muito menos provada pela Decisão da AdC.

"709. Essas receitas não são inteiramente resultado da prestação de serviços no território português, e esta questão não foi discutida, muito menos provada pela Decisão da AdC.

"710. A Decisão da AdC não incluiu factos dos quais possam resultar o dolo ou negligência da Santa Casa.

"711. A Santa Casa atuou no presente caso sem dolo.

"712. A Santa Casa atuou no presente caso sem negligência, procedendo com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, estava obrigada.

"713. Inexiste qualquer precedente judicial ou administrativo, nacional ou europeu, que pudesse fazer prever a surpreendente interpretação do conceito de volume de negócios pela AdC no presente caso. A AdC não conseguiu identificar um único tal precedente.

"714. Verifica-se no presente caso uma causa de exclusão da ilicitude, tendo a Santa Casa atuado sem consciência da ilicitude do facto e não sendo esse erro censurável.

"715. Estão preenchidos, no presente caso, os requisitos para a aplicação apenas da sanção de admoestação.

"716. A AdC interpretou e aplicou erroneamente os critérios legais para a determinação da medida da coima, aplicando uma coima inadequada, desnecessária e desproporcional, contrariando a letra e espírito da lei.

"717. Como decorre da jurisprudência do TCRS, e ao contrário do que se identificou na Decisão da AdC, o ilícito imputado pela AdC à Santa Casa constituiria uma contraordenação, e não duas em concurso efetivo.

"718. O presente caso tem características e circunstâncias que conduzem à conclusão de muito reduzida gravidade e da ausência ou muito reduzidas preocupações de prevenção geral e especial, não tendo aquelas sido devidamente consideradas na determinação da coima na Decisão da AdC.

"719. O presente caso afetou um mercado de âmbito geográfico muito reduzido, não tendo este fator sido valorizado na determinação da coima na Decisão da AdC.

"720. O ilícito em causa imputado à Santa Casa durou apenas 2 meses, e não 7 meses como foi considerado na Decisão da AdC, devendo esta diferença de duração ser ponderada na determinação da coima.

"721. A Santa Casa não beneficiou de modo algum do ilícito que lhe é imputado, não tendo este facto sido considerado na determinação do montante da coima na Decisão da AdC.

"722. O ilícito imputado à Santa Casa em causa não causou qualquer prejuízo à concorrência (nem foi tal alegado pela AdC), e a Santa Casa adotou,



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

desde o início, uma atitude plenamente colaborante com a AdC e destinada a minimizar a duração da infração e repor a legalidade, tomando mesmo a iniciativa de suspender o exercício dos direitos de voto por cautela, não tendo todos estes fatores sido devidamente ponderados na determinação do montante da coima da Decisão da AdC.

“723. Ao determinar o montante da coima, deve ter-se em conta a especial situação económica da Santa Casa, uma entidade que maioritariamente prossegue obras sociais e caritárias, sem fins lucrativos, que seriam diretamente prejudicados pela redução de verbas disponíveis no orçamento da Santa Casa para esse efeito. Esta especialidade da situação económica da Santa Casa não foi devidamente ponderada na determinação do montante da coima da Decisão da AdC.

“724. A completa ausência de antecedentes contraordenacionais da Santa Casa não foi devidamente valorada na determinação do montante da coima da Decisão da AdC.

“725. Ainda que a Santa Casa tivesse praticado o ilícito que lhe é imputado pela AdC, tê-lo-ia feito com negligência inconsciente, não tendo o muito reduzido grau de culpa na sua atuação sido devidamente ponderado na determinação do montante da coima da Decisão da AdC.

“726. A coima aplicada é especialmente desadequada, desproporcional e injusta, além de violadora do princípio da igualdade, quando comparada com as coimas aplicadas anteriormente pela AdC, bem como pelo TCRS, noutros casos de violação da obrigação de stand still.

“727. Apesar de este caso ter características que tomam o ilícito imputado à Santa Casa muito menos grave que todos os anteriores precedentes, a coima aplicada: (i) representou 7,8% do volume de negócios da Santa Casa no ano anterior ao da Decisão da AdC, se esse volume for determinado de acordo com a jurisprudência do TCRS, ou 1% se esse volume for calculado de acordo com a interpretação da AdC sobre o que se inclui nesse volume de negócios, por contraste com 0,05% do volume de negócios da empresa visada em casos anteriores; (ii) foi 8 vezes superior à coima que a AdC aplicou no caso Fidelidade, em que a conduta em causa foi manifestamente mais gravosa e culposa e respeitou a uma concentração que suscitava preocupações concorrenciais e foi mesmo retirada depois de notificada; (iii) foi 62,5 vezes superior à coima aplicada pelo TCRS no caso Fidelidade.

“728. A moldura contraordenacional no presente caso, de acordo com a jurisprudência do TCRS, requer que a contraordenação seja fixada entre 3,74 EUR e 1.611.608,05 EUR. A Decisão da AdC identificou uma moldura contraordenacional com um limite superior mais de 31 vezes superior ao real limite superior aplicável no presente caso.

“729. De acordo com a jurisprudência do TCRS, no presente caso, atentas as suas características, o montante da coima teria de se situar muito próxima do limiar mínimo e, nomeadamente, significativamente mais perto do limite mínimo do que no caso Fidelidade.

“730. A Decisão da AdC está insuficientemente fundamentada no que respeita à existência do alegado ilícito e da alegada culpa ou negligência da Santa Casa, assim como à determinação do montante da coima, constituindo a este respeito uma decisão surpresa.”

Recebido o recurso e enviados os autos ao Ministério Público, este apresentou-os nos termos do artigo 62.º, n.º 1 do Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO), ex vi do artigo 83.º do RJC.

Nos termos dos artigos 64.º e 65.º do RGCO, ex vi do artigo 83.º do RJC, designou-se data para julgamento, o qual se realizou com observância de todo o formalismo legal, conforme plasmado na respectiva acta, não tendo a Recorrente, por intermédio do respectivo legal representante, prestado declarações.

Nessa mesma sede, foi comunicada à Recorrente uma alteração não substancial de factos e uma alteração da qualificação jurídica dos factos, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 e 3 do artigo 358.º do CPP, ex vi do n.º 1 do



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

artigo 41.º do RGCO, ex vi do artigo 83.º do RJC, tendo a Recorrente exercido direito de defesa por via do douto requerimento entrado em juízo em 20.11.2023.

Foi proferida sentença que decretou:

Face ao exposto e pelos fundamentos expendidos, decido julgar parcialmente procedente a impugnação judicial deduzida pela Recorrente Santa Casa da Misericórdia de Lisboa contra a decisão da Autoridade da Concorrência e, em consequência, decido:

a) Absolver a Recorrente da prática de uma das contra-ordenações, pela qual vinha acusada, prevista e punida pela alínea f) do n.º 1 do artigo 68.º e n.º 2 do artigo 69.º, todos do RJC, pela violação do disposto no n.º 1, al. c) e n.º 2 do artigo 37.º do RJC [infracção cominada pela AdC com coima de € 500.000,00 (quinhentos mil euros)];

b) Absolver a Recorrente da prática, a título doloso, da contra-ordenação prevista e punida pela alínea f) do n.º 1 do artigo 68.º e n.º 2 do artigo 69.º, todos do RJC, pela violação do disposto no n.º 1, al. c) e n.º 2 do artigo 37.º e do n.º 1 do artigo 41.º também do RJC;

c) Condenar a Recorrente pela prática, a título negligente, da contra-ordenação prevista e punida pela alínea f) do n.º 1 e 3 do artigo 68.º e n.º 2 do artigo 69.º, todos do RJC, da al. a) do artigo 15.º do CP e do n.º 3 do artigo 17.º do RGCO, pela violação do disposto no n.º 1, al. c) e n.º 2 do artigo 37.º e do n.º 1 do artigo 41.º também do RJC, em coima que altero e fixo no montante de € 160.000,00 (cento e sessenta mil euros);

d) Julgar, no de mais, improcedente a impugnação da Recorrente apresentada.

É dessa sentença que vem o presente recurso interposto pela **AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA**, que alegou e apresentou as seguintes conclusões:

A. O objeto do presente recurso reconduz-se apenas e só, a dois temas que, podendo até ter uma natureza iminentemente conceptual, se valorados segundo o entendimento proposto pela AdC, deverão ser retiradas as respetivas e necessárias consequências na dosimetria da coima.

Erro de direito na apreciação da conduta da SCML no sentido de a mesma consubstanciar apenas uma infração – interpretação da alínea f) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei da Concorrência

B. À semelhança do que acontece no direito da União Europeia, o sistema de controlo de concentrações estabelecido na LdC prevê que a AdC exerça um controlo efetivo de todas as concentrações de notificação obrigatória, sendo o sistema de notificação ex ante, conjuntamente com a denominada obrigação de "standstill" o pilar de todo o sistema e a garantia imprescindível para a sua eficácia.

C. A sentença recorrida ao desconsiderar que o comportamento da SCML configura a prática de duas contraordenações, a primeira, em violação do disposto no artigo 37.º, n.º 1 e n.º 2, a segunda, em violação do disposto no n.º 1 do artigo 40.º, ambas, puníveis ao abrigo da alínea f) do n.º 1 do artigo 68.º da LdC, ignora os distintos interesses jurídicos protegidos pela



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

obrigação de notificação e pela obrigação de suspensão das operações de concentração, tal como desatende à correspondente autonomização normativa destas duas obrigações vigente na LdC. Se não, vejamos:

D. Ao contrário do estabelecido no Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do TUE, as autoridades de concorrências nacionais não têm jurisdição para aplicar o Regulamento das Concentrações Comunitárias, nem este tem vigência autónoma no nosso ordenamento jurídico.

E. O que não significa que no espírito da LdC relativa às operações de concentração de empresas, o legislador se tenha afastado ou ignorado aqueles que eram os objetivos comuns com o Direito da União, nomeadamente de, por um lado, salvaguardar a capacidade da Autoridade realizar um controlo eficaz das operações de concentração e, por outro, evitar que uma operação de concentração tenha qualquer impacto prejudicial potencial na estrutura da concorrência.

F. Razão pela qual, há uma similitude evidente e intencional entre a construção normativa vigente no Regulamento n.º 139/2004 e a Lei n.º 19/2012, de 08 de maio que vigora no caso concreto.

G. Para a jurisprudência europeia não há dúvidas que o Regulamento n.º 139/2004 contempla duas obrigações distintas que se justificam perante duas necessidades autónomas no que se refere ao sistema de controlo de operações de concentração de empresas.

H. A primeira materializa-se na obrigação de notificação, prevista no art. 4.º, n.º 1, do Regulamento, que sob a epígrafe “Notificação prévia das concentrações e remessa anterior à notificação a pedido das partes notificantes”, prevê que a obrigação de notificação surge quando o acordo em causa é celebrado (ou é feito o anúncio da oferta pública de aquisição), mas a realização da concentração ainda não teve início.

I. Tal obrigação positiva de notificação das operações de concentração tem equivalência legal expressa no nosso ordenamento jurídico, nomeadamente no disposto no artigo 37.º n.º 1 da LdC, que sob o título “Notificação prévia”, dita que as operações de concentração de empresas estão sujeitas a notificação prévia quando preencham determinadas condições.

J. O racional subjacente este normativo tem por objetivo permitir à Comissão exercer um controlo efetivo sobre todas as concentrações com vista a possibilitar aferir os seus efeitos sobre a estrutura da concorrência e que a eficácia desse sistema é assegurada pela introdução do controlo ex ante dos efeitos das concentrações.

K. Esta necessidade de eficácia no controlo efetivo de determinadas operações de concentração é transversal, e aplica-se tanto ao mercado de dimensão europeia, como ao mercado de dimensão nacional.

L. Razão pela qual, as normas relativas ao artigo 4.º do Regulamento n.º 139/2004 e do artigo 37.º da LdC são equiparáveis, porquanto pretendem salvaguardar a capacidade tanto da Comissão como da AdC de detetar, investigar e, quando pertinente, aceitar as modificações no mercado promovidas pelas operações de concentração.

M. No que concerne à segunda obrigação legal, que se consubstancia no dever de suspensão (ou não realização) da operação, prevista no artigo 40.º da LdC, é chamada no Direito da União de “obrigação standstill”, e tem como fonte o art. 7.º do Regulamento n.º 139/2004 que, sob a



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

epígrafe “Suspensão da concentração”, impõe, no seu n.º 1, que uma concentração não pode ter lugar nem antes de ser notificada, nem antes de ter sido declarada compatível com o mercado interno.

N. Sendo certo que a jurisprudência da União tem vindo a reconhecer que tal obrigação de suspensão não é redundante relativamente à obrigação de notificação porquanto prossegue um interesse jurídico autónomo.

O. A distinção quanto à natureza jurídica da notificação prévia de uma operação de concentração, por um lado, e a sua não realização antes da aprovação pela autoridade competente, por outro, não constitui uma novidade na da jurisprudência da União.

P. Com efeito, a pertinência de tal distinção que protege interesses jurídicos distintos naquilo que é o objetivo comum de garantir um controlo eficaz das concentrações, foi expressamente reconhecido pelo Tribunal de Justiça, nomeadamente nos Acórdão de 31 de maio de 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, n.º 42, de 4 de março de 2020, Marine Harvest/Comissão, C-10/18 P, EU:C:2020:149, n.º 108 e 109, e no mais recente, de 9 de novembro de 2023, Altice/Comissão, C -746/21 P, EU:C:2023:836, n.º 50 a 59.

Q. Conforme explica a citada jurisprudência, as disposições do n.º 1 do artigo 4.º e do n.º 1 do artigo 7.º do Regulamento das Concentrações estão no cerne do sistema de controlo de concentrações da União, uma vez que constituem os pilares fundamentais sobre os quais o sistema ex ante das concentrações é construído.

R. O n.º 1 do artigo 4.º e o n.º 1 do artigo 7.º do Regulamento das Concentrações são pedras angulares do regime ex ante de controlo das concentrações da União e são essenciais para garantir a sua eficácia porque permitem estabelecer uma dupla exigência, i.e, que as empresas notifiquem as concentrações com dimensão da União e não as realizem antes da notificação ou antes de serem declaradas compatíveis com o mercado interno.

S. Se por um lado a obrigação de notificação permite um controlo efetivo por parte da Comissão, a obrigação de suspensão da concentração permite evitar potenciais impactos duradouros e prejudiciais à estrutura do mercado.

T. Porém, o mesmo acontece no âmbito do direito nacional já que também decorre do n.º 1 do artigo 37.º, conjugado com n.º 1 e 2 do artigo 40.º da LdC que a eficácia do controlo das operações de concentração assenta na obrigação de as empresas notificarem previamente essas concentrações e suspenderem a sua realização até que a AdC adote uma decisão expressa ou tácita que as declare compatíveis com o mercado interno.

U. E a razão é facilmente apreensível, também no mercado interno, a realização de uma concentração afeta a estrutura do mercado e pode tornar mais difíceis as decisões pelas quais a AdC procura, quando necessário, restaurar uma concorrência efetiva.

V. Afirma a sentença recorrida que o artigo 68.º, n.º 1 alínea f) da LdC não realiza qualquer tipo de distinção, ao contrário do artigo 14.º n.º 2 do Regulamento n.º 139/2004, englobando na mesma previsão todas as condutas que tenham a ver com a realização de operação de concentração e, por isso, todas as condutas em violação dos artigos 37.º e 38.º, do n.º 1 e da alínea a) do n.º 4 do artigo 40.º são equiparadas e reconduzidas a uma única infração.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

W. A conclusão assumida pela sentença recorrida ignora que a técnica legislativa utilizada quanto à pretensão punitiva prevista em cada uma das alíneas do artigo 68.º da LdC, comporta várias condutas típicas, autónomas entre si.

X. Vejamos, a título de exemplo, o disposto na alínea a) do artigo 68.º da LdC que aglomera várias condutas típicas autónomas relativamente a práticas restritivas da concorrência.

Y. Não se discute que aquela norma comporta sentidos de ilicitude completamente distintos que podem ou não ser objecto do mesmo processo contraordenacional.

Z. Não resulta da alínea f) do artigo 68.º da LdC um elemento literal, unificador das condutas previstas nos artigos 37.º e 38.º, do n.º 1 e da alínea a) do n.º 4 do artigo 40.º, maior do que aquele que vigora para a aliena a) do mesmo preceito.

AA. Parece-nos, pois, evidente que a decisão quanto à punição por uma ou duas infrações não se pode sustentar apenas no elemento literal da alínea f) do artigo 68.º e, na particularidade, deste normativo não corresponder à letra do n.º 2 do artigo 14.º do Regulamento n.º 139/2004.

BB. E tal conclusão parece de simples aquiescência porquanto a punição sustenta-se na tipicidade da norma impositiva (n.º 1 e 2 do artigo 37.º) e proibitiva (e n.º 1 do artigo 40.º da LdC) e no desvalor da omissão e da ação que estas tutelam.

CC. Através da imposição de uma obrigação positiva de notificar as operações de concentração, salvaguarda-se a capacidade e eficácia da AdC em detetar, investigar e, quando pertinente, aceitar modificações das concentrações antes da sua implementação, sendo que a razão da punibilidade assenta no desvalor da ação da omissão dessa notificação.

DD. Através da norma proibitiva que impede a realização de uma operação de concentração antes da decisão da AdC, evita-se que a concentração tenha algum impacto prejudicial na estrutura concorrencial do mercado antes da conclusão da investigação da Autoridade, o que permite salvaguardar a estrutura do mercado enquanto a AdC realiza a investigação que lhe compete. Aqui o fundamento da punição resulta do desvalor da ação do agente que implementa a operação.

EE. A importância fundamental que o legislador atribuiu a essas obrigações de notificação e suspensão no contexto do regime de controlo das concentrações da União é a mesma atribuída pelo legislador nacional e a ratio subjacente à punibilidade das condutas coincidente.

FF. Por outro lado, sancionar apenas com a prática de uma única infração, tanto a empresa que optou por violar a obrigação de notificação e de suspensão da concentração, como a empresa que implementa a operação, mas previamente cumpriu a obrigação de notificação, ignora a autonomia normativa imposta pela LdC, com a previsão do artigo 37.º n.º 1 e n.º 2, por contraponto ao artigo 40.º, n.º 1.

GG. Com efeito, não se pode ignorar que na vigência do regime anterior, previsto na Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, nos termos do artigo 43.º, n.º 1, alínea b), constituía contraordenação punível: "A realização de operações de concentração de empresas que se encontrem suspensas, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 11.º, ou que hajam sido proibidas por decisão adotada ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 37.º;"



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

HH. Sendo certo que o n.º 1 do artigo 11.º dispunha: “Uma operação de concentração sujeita a notificação prévia não pode realizar-se antes de ter sido notificada e antes de ter sido objecto de uma decisão, expressa ou tácita, de não oposição.”

II. Quer isto dizer, que na vigência da lei anterior, não se verificava a autonomia normativa expressa entre a obrigação de notificação e a obrigação de suspensão da operação de concentração.

JJ. Tal foi intencionalmente alterado, tendo o legislador optado por configurar duas obrigações autónomas, que visam a proteção de interesses jurídicos distintos, tal como também previsto no Regulamento n.º 139/2004.

KK. Pese embora, a letra do artigo 14.º n.º 2 daquele Regulamento não tenha sido transposta para o direito interno, ao contrário do que sucedeu com o artigo 4.º, n.º 1 e 7.º, n.º 1, não se pode negar que a LdC é um instrumento com pretensões bem mais amplas porquanto visa regular todas as realidades jusconcorrenciais cuja autonomia pertença aos Estados-membros da União, o que naturalmente se traduz em normas mais sucintas e concisas.

LL. Contudo desse facto não resulta que a alínea f) do artigo 68.º da LdC tenha pretendido equiparar e reconduzir duas obrigações autónomas à mesma infração, caso contrário, manter-se-ia a formulação anterior oferecida pelo n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, que não autonomizava claramente a obrigação de notificação da obrigação de suspensão.

MM. Afirmar-se que a violação das duas obrigações deve ser atendida apenas em sede de medida concreta da sanção a aplicar, afastando o concurso efetivo de infrações sem mais, desconsidera que estamos perante dois desvalores jurídicos distintos, que não são subsumíveis ao mesmo facto normativo-social, porquanto o primeiro desvalor consubstancia-se numa omissão - a ausência de notificação - e o segundo desvalor, numa ação - a implementação da operação de concentração sem autorização.

NN. Ora, um único facto jurídico punível não pode corresponder simultaneamente a uma ação e uma omissão.

OO. Uma vez que estamos perante factos e interesses jurídicos distintos, desvalores normativos independentes, e as normas que os tutelam estão devidamente autonomizadas, só se poderá concluir que estamos perante duas infrações puníveis autonomamente.

PP. Acresce que, tendo em conta o princípio do primado e da interpretação conforme com o Direito da União, uma vez que as normas violadas da LdC (n.º 1 e 2 do artigo 37.º e n.º 1 do artigo 40.º) e as normas do Regulamento n.º 139/2004 sobre operação de concentração (n.º 1 do artigo 4.º e n.º 1 do artigo 7.º) visam proteger os mesmos interesses jurídicos, existindo atualmente jurisprudência da União consolidada quanto à punição pela prática de duas infrações por comportamentos de gun jumping, o entendimento da Comissão Europeia e dos Tribunais da União Europeia deve ser também acolhido pela jurisprudência nacional.

QQ. Se dúvidas houvesse quanto à aplicação da jurisprudência da União na interpretação das normas da LdC, as alterações introduzidas pela recente Lei n.º 17/2022, impõe que a lei nacional “[seja] interpretada de modo conforme ao direito da União Europeia, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, incluindo no que diz respeito às práticas restritivas da concorrência que não sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros.” (cf. n.º 2 do artigo 3.º da Lei da Concorrência).



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

RR. Do exposto resulta que, em conformidade com a LdC, interpretada à luz do Direito da União e da jurisprudência do Tribunal Geral e do TJUE, deve ser revogada a decisão recorrida e manter-se o entendimento da AdC vertido na sua Decisão de que o comportamento da Recorrente consubstanciou a prática de duas contraordenações puníveis nos termos da alínea f) do n.º 1 do artigo 68.º da lei da Concorrência, consistindo estas na violação do n.º 1 e 2 do artigo 37.º (obrigação de notificar) e na violação do n.º 1 do artigo 40.º (obrigação de suspender a operação de concentração antes da decisão de não oposição da AdC).

Erro de direito na valoração da duração da infração que o Tribunal a quo imputou à conduta da SCML - errada interpretação da alínea c) do n.º 1 do artigo 69.º em função dos normativos aplicáveis ao caso concreto - n.º 2 do artigo 37.º e n.º 1 do artigo 40.º, todos da Lei da Concorrência

SS. Do exposto na secção precedente, é entendimento da AdC que a conduta da SCML ao não ter notificado a operação de concentração de empresas em violação da alínea c) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 37.º da Lei da Concorrência e ao ter implementado a operação de concentração antes da decisão de não oposição da AdC em violação do n.º 1 do artigo 40.º da referida lei consubstancia duas infrações distintas pelas razões já supra expostas.

TT. A infração por não notificação da operação de concentração, em violação da alínea c) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 37.º da Lei da Concorrência, consubstancia uma infração instantânea que foi cometida na data da assinatura do contrato de compra e venda de ações, i.e. em 14 de dezembro de 2020.

UU. A infração por implementação da operação de concentração de empresas antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição, em violação do n.º 1 do artigo 40.º da Lei da Concorrência, iniciou-se a 14 de dezembro de 2020, data da realização da operação de concentração e perdurou até 6 de julho de 2021, data em que a Autoridade adotou a sua Decisão no processo de controlo de concentrações Ccent. 25/2021 – SCML/SG CVP, consubstanciando esta uma infração permanente.

VV. Neste sentido, veja-se o acórdão do TG de 21 de setembro de 2021, Altice/Comissão, corroborado nesta parte pelo recente Acórdão do TJUE de 9 de novembro de 2023, e do Acórdão do TJUE de 4 de março de 2020, que referem explicitamente o entendimento exposto, tendo em conta a similitude das normas aplicáveis do Regulamento das Concentrações e da Lei da Concorrência:

WW. Estamos perante uma obrigação de fazer, correspondendo a uma infração instantânea praticada no dia 14 de dezembro de 2020 e uma obrigação de não fazer, correspondendo à obrigação de não implementar a operação de concentração sem decisão da AdC de não oposição, esta última permanente, com a duração de, pelo menos, seis meses e três semanas, isto é, entre 14 de dezembro de 2020 e 6 de julho de 2021.

XX. A violação do artigo 37.º ocorre num ato único de assinatura do contrato de compra e venda de ações; já a violação do n.º 1 do artigo 40.º ocorre durante todo o tempo em que a SCML se encontra no estado antijurídico típico por sua vontade conforme de explicitará infra.

O raciocínio explicativo que ora se fará, subsidiariamente, para o caso do Tribunal ad quem não considerar a conduta da Recorrida como correspondendo a duas infrações, aplica-se inteiramente ao entendimento da AdC de que a violação do n.º 1 do artigo 40.º corresponde a uma infração



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

permanente, remetendo-se assim para essa explicação infra (pontos 92 a 108 das presentes alegações).

Subsidiariamente,

YY. Caso assim este douto Tribunal não entenda, e considere apenas que a conduta da Visada apenas consubstancia uma única infração tal como o Tribunal a quo – o que não se concede – sempre se diga que a sentença erra ao considerar que a infração única é instantânea ainda que com efeitos duradouros, isto é, erra na interpretação da norma violada, isto é, do artigo 40.º, mais especificamente o n.º 1.

AAA. Socorrendo-nos da fundamentação de uma sentença do TCRS datada de 13 de junho de 2022 [Processo 328/21.6YUSTR (já transitada em julgado)] em que se discutia questão similar, isto é, a duração desta única infração específica, e que contraria o entendimento do Tribunal a quo, refere-se o seguinte: "(...) In casu, não estão em causa atos reiterados, mas um ato – a realização de uma operação antes da notificação prévia e antes da decisão da AdC – que se prolongou no tempo.

218. Assim, a única figura suscetível de ter aplicação no caso concreto é a dos ilícitos permanentes. Face à remissão do artigo 32.º, do RGCO, para o Código Penal, valem no direito das contraordenações os entendimentos que têm sido sustentados pela doutrina e pela jurisprudência a propósito do conceito de crime permanente.

(...)

228. Conforme concluímos o ilícito permanente depende da verificação de dois elementos: o protelamento no tempo do estado antijurídico típico; e que esse protelamento se mantenha em virtude da vontade do agente, devido à não adoção do comportamento suscetível de fazer cessar o referido estado antijurídico. Estes dois elementos permitem não só identificar o ilícito permanente como também determinar a sua duração.

229. Quanto ao primeiro elemento resulta da análise precedente que o estado antijurídico típico da infração imputada consiste na realização de uma operação de concentração sem notificação prévia e/ou também – em virtude da unicidade de condutas referida – na manutenção dessa operação realizada enquanto não há decisão de não oposição da AdC. Durante todo esse período de tempo, de forma contínua e sem hiatos, verificam-se todos os elementos objetivos da infração. Por conseguinte, o primeiro requisito estará presente durante todo o período de tempo que durar a realização da operação de concentração sem decisão da AdC de não oposição. (...)

231. Contudo, conforme explicitado, não basta o referido elemento. Incidindo sobre o segundo requisito verifica-se que aquele estado antijurídico típico manteve-se e perdeu desde a realização da operação de concentração e para além do momento da notificação prévia devido à vontade da Visada em não praticar os atos necessários para fazer cessar a realização da operação de concentração. (...). Quanto ao período pós-notificação prévia, como resulta da análise supra efetuada, a Visada, após a efetivação desse procedimento, não estava limitada ao cumprimento do disposto no artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC. Podia praticar os atos necessários para reverter a situação criada, cessando a realização da operação de concentração e impunha-se que assim procedesse por força da proibição de suspensão da



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

realização da operação de concentração consagrada no artigo 40.º, n.º 1, da LdC.

(...)

234. Considerando que a verificação do ilícito permanente e, conseqüentemente, a sua duração está dependente daquele segundo elemento – a vontade do agente em não adotar os comportamentos necessários para fazer cessar o estado antijurídico típico – conclui-se que a infração durou até ao último dos atos necessários para a cessação da operação de concentração em causa que estava dependente da Visada

(...).

235. Em consequência, estamos efetivamente perante uma infração permanente, (...) (destaque da AdC)

BBB. O que está em causa é a proibição da realização da operação de concentração sem que haja uma decisão da AdC de não oposição, e não apenas a realização da mesma, o que significa que o tempo que decorre entre a realização da operação, que no caso dos autos se consubstancia na assinatura de contrato de compra e venda de ações, até à decisão de não oposição, faz parte do ilícito típico e portanto consubstancia o estado antijurídico típico da infração: “o estado antijurídico típico da infração imputada consiste na realização de uma operação de concentração sem notificação prévia e/ou também – em virtude da unicidade de condutas referida – na manutenção dessa operação realizada enquanto não há decisão de não oposição da AdC. Durante todo esse período de tempo, de forma contínua e sem hiatos, verificam-se todos os elementos objetivos da infração.

Por conseguinte, o primeiro requisito estará presente durante todo o período de tempo que durar a realização da operação de concentração sem decisão da AdC de não oposição”

CCC. Por outro lado, e uma vez que este estado antijurídico tem de depender da vontade da Visada SCML, aquele perdurou até à data de decisão da AdC, in casu 6 de julho de 2021, terminando o estado antijurídico em que a SCML se encontrava por sua própria vontade: “verifica-se que aquele estado antijurídico típico manteve-se e perdurou desde a realização da operação de concentração e para além do momento da notificação prévia devido à vontade da Visada em não praticar os atos necessários para fazer cessar a realização da operação de concentração. (...). Quanto ao período pós-notificação prévia, como resulta da análise supra efetuada, a Visada, após a efetivação desse procedimento, não estava limitada ao cumprimento do disposto no artigo 40.º, n.º 4, alínea a), da LdC. Podia praticar os atos necessários para reverter a situação criada, cessando a realização da operação de concentração e impunha-se que assim procedesse por força da proibição de suspensão da realização da operação de concentração consagrada no artigo 40.º, n.º 1, da LdC.”

DDD. Importa esclarecer que mesmo a suspensão do controlo que ocorreu após a notificação da operação de concentração, obrigatória nos termos da alínea a) do n.º 4 do artigo 40.º, não significa que a empresa infratora tenha deixado de adquirir o controlo, simplesmente fica impedida pela Lei da Concorrência de o exercer. Mas em teoria, se o quiser exercer, poderia e teria a possibilidade (legal ou de facto) de o exercer em violação deste artigo, daí que se mantenha por sua vontade neste estado antijurídico, pois se quisesse poderia reverter a operação de concentração antes de a AdC adotar uma decisão sobre a operação de concentração.

EEE. Daqui resulta que a realização da operação de concentração manteve-se após a notificação prévia e até à decisão adotada



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

pela AdC, uma vez que o Hospital da Cruz Vermelha continua a ser detido pela SCML, nas mesmas condições em que estava em 14.12.2020. Apenas praticou atos de gestão corrente, o que não é equivalente, conforme referido, ao cumprimento do dever de não realização da operação.

FFF. O facto de a SCML ter suspenso o exercício dos direitos de voto resultantes da transação desde o dia 11 de fevereiro de 2021 e de ter apresentado com a notificação um pedido de derrogação, ao abrigo do artigo 40.º da Lei da Concorrência, são circunstâncias que apenas devem ser ponderadas para efeitos de determinação da medida concreta da coima, em nada influido, todavia, na ponderação da consumação e duração da infração.

GGG. Dúvidas não existem de que a duração da infração imputada à SCML correspondente à violação do n.º 1 do artigo 40.º, consubstancia uma infração permanente com a duração de, pelo menos, seis meses e três semanas, isto é, com início a 14.12.2020 e término a 6.07.2021. Conforme entendimento da AdC vertido supra, a infração ao artigo 37.º corresponderá a uma infração instantânea, ocorrida a 14.12.2020.

HHH. Também este entendimento vai no sentido da prática decisória da Comissão Europeia e da jurisprudência da União Europeia. A título de exemplo [No mesmo sentido, entendeu o TG no acórdão de 26 de outubro de 2017 corroborado posteriormente pelo TJUE por acórdão de 4 de março de 2020 (caso Marine Harvest)], de acordo com o Acórdão do TG de 21 de setembro de 2021 corroborado nesta parte por acórdão do TJUE datado de 9 de novembro de 2023, a infração por realização de uma operação antes de uma decisão de não oposição da AdC, em violação do artigo 40.º (artigo equivalente ao n.º 1 do artigo 7.º do Regulamento das Concentrações), não cessa com a notificação ou com a suspensão do controlo, mas antes com a decisão de não oposição.

III. Finalmente, e ao contrário do entendimento do Tribunal a quo, também não existem dúvidas que a duração do procedimento de controlo concentrações é computado como parte da duração da infração.

JJJ. O estado antijurídico típico mantém-se por vontade da SCML, uma vez que esta tinha ela própria, à sua disposição a possibilidade, em última análise, de reverter a operação de concentração antes da decisão da AdC; em segundo lugar, e contrariamente ao entendimento do Tribunal a quo não está na disponibilidade da AdC a data da consumação da infração, pois a lei prevê prazos perentórios para a adoção de decisões da AdC relativas à operação de concentração, sob pena de deferimento tácito (cf. n.º 4 do artigo 50.º e n.º 5 do artigo 53.º da Lei da Concorrência).

KKK. Conclusão: estado em causa duas infrações correspondentes à violação da alínea c) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 37.º e n.º 1 do artigo 40.º, é entendimento da AdC que a primeira equivale a uma infração instantânea cuja consumação se esgota num único ato, isto é, com a assinatura do contrato de compra e venda de ações, ocorrida a 14.12.2020; e a segunda equivale a uma infração permanente com duração de cerca de 6 meses e três semanas entre 14.12.2020 até 6.07.2021 pelas mesmas razões que a AdC explicitou supra sobre a duração da infração única e para os quais se remete (cf. pontos 92 a 108 das presentes alegações).

LLL. Mesmo que se considere – o que não se concede - apenas estar perante uma única infração correspondente à violação do n.º 1 do artigo 40.º a mesma será igualmente permanente pelas razões aduzidas supra.

Do reenvio prejudicial

MMM. Ainda que nos presentes autos a SCML tenha sido condenada por força e com base em disposições de direito interno, a verdade



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

é que essas mesmas disposições – artigos 37.º e 40.º da Lei da Concorrência - reproduzem, em substância, os artigos 4.º e 7.º do Regulamento 139/2004 , que integra o direito da Concorrência da União e reclama, por isso, interpretação semelhante. No caso sub judice, não só o Tribunal a quo o ignorou e não reconheceu a influência do direito da União e a forma como este se incorpora na ordem jurídica interna, como desaplicou os seus ensinamentos, desviando-se deles e apelando a uma visão própria de conceitos distinta da fixada pelos Tribunais da União.

NNN. O TJUE é competente para se pronunciar sobre pedidos de decisão prejudicial respeitantes a disposições de direito da União, mesmo que os factos do processo principal não se insiram diretamente no âmbito de aplicação desse direito, contanto que a legislação ou disposições nacionais vertam as normas de direito da União e preconizem as mesmas soluções (Cf. Acórdão do TJUE, Terceira Secção, de 26.10.2023, Processo C-331/21).

OOO. De facto, "existe um indiscutível interesse da União em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou os conceitos retomados do direito da União sejam interpretados de modo uniforme, independentemente das condições em que os mesmos devem ser aplicados" (Acórdão do TJUE, Terceira Secção, de 26.10.2023, Processo C-331/21, §42).

PPP. Essa utilidade em obter uma interpretação jurídica uniforme é, aqui, evidente, dado o risco de os tribunais nacionais configurarem a natureza das infrações de gun jumping de forma adversa daquela que é a sua configuração para efeitos jusconcorrenciais no seio da União.

QQQ. Caso este Tribunal ad quem prefigure existirem as mesmas contradições já evidenciadas e tenha dúvidas sobre a correta interpretação e aplicação das normas de direito da União, enquanto órgão jurisdicional nacional que decide em última instância, está vinculado a submeter um pedido de reenvio prejudicial junto do TJUE – razão pela qual a AdC requer, muito respeitosamente a V. Exa., que suspenda o processo judicial em curso a fim de submeter um pedido de reenvio prejudicial, legalmente respaldado no artigo 267.º do TFUE, propondo, para esse efeito, a formulação da seguinte questão:

1) A punição da prática de gun jumping abrange duas infrações distintas? Designadamente, a) uma relativa à violação da obrigação positiva de notificação das operações de concentração previamente à realização das mesmas, sempre que preenchidas as condições legalmente impostas?; e b) outra relativa à violação da "obrigação standstill", no sentido de que uma concentração não pode ter lugar antes de ter sido autorizada?

2) A recondução da prática de gun jumping apenas a uma única infração opõe-se à plena execução dos objetivos do sistema de controlo de concentrações, assentes no princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência, nomeadamente (i) quanto à obrigação de notificação prévia que visa permitir o controlo ex ante das operações de concentração (prevista pelo n.º 1 e 2 do artigo 37.º da Lei da Concorrência) e (ii) quanto à obrigação de suspensão ("obrigação de standstill") que visa proteger qualquer impacto prejudicial potencial na estrutura de concorrência do mercado, (prevista no n.º 1 do artigo 40.º da Lei da Concorrência), objetivos estes que garantem que a concorrência não seja falseada no mercado interno.

Terminou pedindo:



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Nestes termos e nos demais de Direito, deverá ser dado provimento ao presente recurso, A. Revogando-se, consequentemente, a Sentença proferida pelo Tribunal a quo nas partes em que:

a) Determinou a absolvição da SCML de uma das infrações correspondente à violação da alínea c) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 37.º;

b) Considerou a conduta da empresa como uma única infração instantânea, ainda que com efeitos duradouros;

B. Promovendo-se um pedido de reenvio prejudicial junto do TJUE nos termos e para os efeitos do artigo 267.º do TFUE, caso o Tribunal ad quem prefigurem as contradições e inconsistências evidenciadas no presente recurso e tenha dúvidas sobre a correta interpretação e aplicação das normas de direito da União.

C. Deferindo-se o pedido de realização audiência oral, ao abrigo do disposto no artigo 411.º, n.º 5, do CPP, aplicável ex vi artigos 41.º, n.º 1, e 74.º, n.º 4, do RGCO e artigo 13.º da Lei da Concorrência.

O Ministério Público respondeu ao recurso apresentando as seguintes conclusões:

1ª O autónomo comportamento da arguida, violador da obrigação de proceder à notificação prévia, na aceção do artigo 37.º, n.º 1 e n.º 2, não integra o tipo legal previsto no art. 68.º, n.º 1, f), ambos da LC.

2ª De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do União Europeia (TJUE) que interpretou as normas do artigo 14.º, n.º 2, a) e b), do Regulamento n.º 139/2004 relativo o controlo de concentrações, transponível para a lei interna, a contraordenação prevista no art. 68.º, n.º 1, f), por violação do dever stand still, previsto no art. 40.º, n.º 1, ambos da LC, constitui uma infração cujos efeitos se prolongam até à decisão da AdC que aprecia a conformidade concorrencial da operação de concentração.

3ª Por conseguinte, esta infração perdurou, como assinalado pela AdC, pelo lapso de tempo que mediou entre 14/12/2020 e 06/07/2021, período este que não foi considerado pelo TCRS na determinação da coima aplicada à arguida. A sua existência, ainda que curta, é idónea a fazer reponderar, pelo tribunal ad quem, no sentido da agravação, o montante da coima aplicada pelo TCRS.

A SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DE LISBOA respondeu às alegações de recurso e, sem apresentar conclusões, sustentou, a final, juízo de improcedência e a manutenção da sentença impugnada bem como o indeferimento do pedido de reenvio prejudicial.

Foi colhido o visto do Ministério Público junto deste Tribunal.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

São as seguintes as questões a avaliar:

1. *A decisão impugnada no presente recurso contém erro de direito na apreciação da conduta da SCML no sentido de a mesma consubstanciar apenas uma infracção – interpretação da alínea f) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei da Concorrência?*

2. *A decisão impugnada no presente recurso contém erro de Direito na valoração da duração da infração que o Tribunal a quo imputou à conduta da SCML com errada interpretação da alínea c) do n.º 1 do artigo 69.º em função dos normativos aplicáveis ao caso concreto – n.º 2 do artigo 37.º e n.º 1 do artigo 40.º, todos da Lei da Concorrência – sendo que a duração do procedimento de controlo de concentrações deve ser computado como parte da duração da infracção?*

II. FUNDAMENTAÇÃO

Fundamentação de facto

Vem provado que:

- *Identificação da Recorrente:*

1. *A SCML é uma instituição de direito privado e de utilidade pública administrativa que prossegue, para além de inúmeras funções associadas à componente de Acção Social, um elenco amplo de finalidades de política social do Estado, com relevo nas áreas da saúde, educação, cultura e desporto;*

2. *No que respeita ao sector da saúde, a SCML disponibiliza cuidados de saúde primários, diversas especialidades médicas e cirúrgicas e programas de saúde, em particular, através das unidades do Hospital Ortopédico de Sant'Ana e do Centro de Medicina de Reabilitação de Alcoitão; ao nível dos cuidados hospitalares, através das Unidades de Cuidados Integrados de S. Roque e da Unidade de Cuidados Integrados Maria José Nogueira Pinto; ao nível dos cuidados continuados, através de sete unidades de saúde e duas extensões, dois polos de apoio domiciliário e quatro respostas de cuidados de saúde especializados; ao nível dos cuidados de saúde primários e de especialidades, encontrando-se tais pontos de atendimento funcionalmente dependentes da Direcção de Saúde Santa Casa;*

3. *A SCML detém ainda 54% do capital social da sociedade SAS Apostas Sociais, Jogos e Apostas Online, S.A. ("SAS") e 95% do capital social da Clínica Oriental de Chelas, Lda. ("COC");*

- *Factos relativos à prática e ao comportamento da Recorrente:*

- *Da transacção:*

4. *Em 14.12.2020 foi celebrado um acordo escrito traduzido num contrato de compra e venda de acções representativas do capital social da SG CVP (sociedade gestora do Hospital da Cruz Vermelha Portuguesa), entre a Cruz Vermelha Portuguesa, pessoa colectiva de utilidade pública, na qualidade de vendedora, e a SCML, na qualidade de compradora;*

5. *Por meio deste acordo, a SCML adquiriu 274.880 acções representativas de 54,98% do capital social da SG CVP, sendo o remanescente capital social detido: (i) pela PARPUBLICA, Participações Públicas (SGPS), S.A., titular de*



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

225.000 acções representativas de 45,00% do capital social da SG HCV; e (ii) por 9 accionistas minoritários que, no seu conjunto, são titulares de 120 acções representativas de 0,02% do capital social da SG HVP;

6. Inexiste qualquer acordo parassocial com os restantes accionistas da SG CVP para efeitos de influência determinante sobre a actividade da SG CVP;

7. A SCML passou a deter, em resultado da operação referida, uma quota de 5,5% no mercado da prestação de cuidados de saúde hospitalares por unidades privadas, na NUTS III – AML;

7-A A SG CVP actua, através do HCVP, na prestação de serviços de cuidados de saúde em várias especialidades médico-cirúrgicas, incluindo serviços de atendimento permanente, consultas de clínica geral e especialidades em ambulatório, internamento e meios complementares de diagnóstico, através da Unidade de Saúde do Bairro do Armador, da Unidade de Saúde do Bairro da Boavista, da Unidade de Saúde de Telheiras/Extensão Bairro Padre Cruz, da Unidade de Saúde José Domingos Barreiro, da Unidade de Saúde Tapada, da Unidade de Saúde do Castelo/Extensão Natália Correia, da Unidade de Saúde da Liberdade, do Polo de Cuidados de Saúde no Domicílio Ocidental, do Polo de Cuidados de Saúde no Domicílio Oriental, da Unidade Wmais, da Obra Social do Pousal, do Serviço Odontopediátrico de Lisboa e do Núcleo de Saúde Mais Próxima; (1)

- Dos dados económicos e financeiros por respeito ao ano de 2019:

8. Em 2019, a SCML apresentou venda de produtos e prestação de serviços a empresas e consumidores no território português, no valor de € 34.319.033,00, decorrente de venda de produtos (designadamente, livros e publicações, artigos do Museu de S. Roque, alimentação, artigos médicos e outros bens), de prestação de serviços de acção social (como estrutura residencial, serviço de apoio domiciliário, creche, centro de dia, jardim de infância, creche familiar, outras prestações de serviços), de prestação de serviços na área do ensino (como inscrições, matrículas, propinas, candidaturas e outras por respeito à actividade da ESSA), prestação de serviços na área de património (como renda de terrenos, renda de edifícios e outras), de outras prestações de serviços (como saúde e outras);

9. A SAS Apostas Sociais, Jogos e Apostas Online, S.A. (SAS) apresentou venda de produtos e prestação de serviços a empresas e consumidores no território português, em 2019 e em Portugal, não superior a € 4.383.163,00;

10. A Clínica Oriental de Chelas, Lda. (COC), apresentou em 2019 venda de produtos e prestação de serviços a empresas e consumidores no território português de € 1.061.809,93;

11. A SG CVP apresentou, em 2019, venda de produtos e prestação de serviços a empresas e consumidores no território português no montante de € 30.943.448,00;

12. A SCML percebeu 26,52% dos resultados líquidos da exploração dos Jogos Sociais, a que alude o n.º 11 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 56/2006, de 15 de Março, no montante de € 202.512.806,00;

13. Contando ainda com outras componentes de receita derivadas dos resultados dos Jogos Sociais, como: (i) o valor correspondente aos prémios caducados, no montante de € 10.857.619,00; e (ii) o valor correspondente a dedução legal de 2% sobre as receitas das apostas desportivas a cota, no montante de € 12.686.036,00;

- Dos factos que dizem respeito ao elemento subjectivo:

14. Antes de realizar o acordo indicado em 4) e ss., a Santa Casa consultou uma equipa de advogados especialistas da concorrência indicada nos directórios internacionais de advogados como sendo uma equipa de "elite" ou de "1º nível" na área do direito da concorrência em Portugal, tendo a necessidade de "despistar eventual necessidade de autorização pela Autoridade da Concorrência" sido identificada



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

logo na checklist da operação enviada à SCML pelo referido escritório de advogados a 24 de Julho de 2020, concluindo-se, por email de 26 de Outubro de 2020, com o seguinte em relação à questão:

“Conforme discutido telefonicamente, resulta da nossa análise preliminar que a transacção em apreço não carece de ser notificada à Autoridade da Concorrência, porquanto:

- Não se atinge o volume de negócios conjunto das empresas participantes de 100 milhões ou mais (em concreto: o somatório dos volumes de negócios do adquirente e do alvo [64 milhões, em 2019] fica aquém do limiar da lei [art. 37.º, n.º 1, c) da Lei da Concorrência], que exige um volume de negócios agregado, do conjunto das empresas participantes na concentração, de 100 milhões)

- Não há, nem é criada, uma quota de mercado (pelo menos no mercado relevante imediatamente identificável, que é o da oferta privada de cuidados de saúde hospitalares na AM de Lisboa) de pelo menos 30%. Embora não possamos citar a fonte, a indicação que temos é que o mercado privado dos cuidados de saúde hospitalares na Área Metropolitana de Lisboa terá valido, em 2017, algo como 970 milhões de euros. Mesmo que este valor tivesse baixado para 900 milhões em 2019 (cenário altamente implausível, mas admitindo-o à cautela), os 64 milhões de euros de volume de negócios conjunto da SCML e do HCV representariam cerca de 6%-7% do mercado.

Só não será assim se existir o dever legal, que desconheço, de consolidação das contas e da actividade da SCML com as demais instituições Santa Casa do nosso país – agradeço que me indiquem se assim suceder.”;

15. No âmbito da preparação da concentração em causa, os advogados especialistas em direito da concorrência, realizaram uma avaliação preliminar e não previram que a AdC pudesse interpretar o conceito de “volume de negócios”, para efeitos de controlo de concentrações, como incluindo as receitas dos Jogos Sociais do Estado consignadas por este à Santa Casa;

16. Ao praticar os factos descritos, a Recorrente agiu de forma livre, consciente e voluntária (2);

17. A Recorrente tinha conhecimento das normas legais aplicáveis, nomeadamente do RJC, dos seus Estatutos e do Decreto-lei 67/2015, sabendo que a violação das normas do RJC quanto a comunicação prévia de operações de concentração elegíveis para efeitos da lei implicava a prática de infracção;

18. A Recorrente, ao bastar-se com uma análise meramente preliminar dos factos, por parte dos seus advogados, sem empreender outras diligências no sentido de perceber se estava obrigada a notificar previamente a AdC antes de realizar a operação identificada nos factos provados 4 a 7, nomeadamente não afluindo o assunto de forma mais aprofundada com os respectivos advogados ou não pedindo um esclarecimento ou informação à AdC, não actuou com a diligência e cuidado que devia e era capaz, o que fez com que não comunicasse previamente à AdC a dita operação, prevendo a possibilidade dessa falta implicar a prática de infracção, mas não se conformando com essa possibilidade de realização;

- Da posição da Recorrente em sede de processo de averiguação e no âmbito da notificação do processo Ccent. 25/2021 – SCML / SG CVP:

19. Tendo tomado conhecimento da transacção, a Autoridade da Concorrência abriu um Processo de Averiguação com vista a esclarecer se a transacção era susceptível de consubstanciar uma operação de concentração e se a mesma se encontrava sujeita à obrigatoriedade de notificação à AdC;

20. Em 11 de Fevereiro de 2021, essa Autoridade enviou à SCML um pedido de elementos;

21. Na resposta ao pedido de elementos, a SCML confirmou que a aquisição se reportava a um contrato celebrado em 14.12.2020, em resultado do qual



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

adquiriu uma participação maioritária no capital social da SG HCV, decorrendo dessa participação – tendo em conta a inexistência de qualquer acordo parassocial com os restantes accionistas da SG HCV – a possibilidade de exercer com carácter duradouro uma influência determinante sobre a actividade da SG HCV, na acepção do artigo 36.º, n.º 3, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio;

22. A SCML referiu, ainda, que aquando da negociação da transacção em causa, considerou não estar preenchido qualquer dos critérios (volume de negócios ou quota de mercado) previstos nas alíneas a), b) e c) do n.º1 do artigo 37.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, de que pudesse resultar a obrigatoriedade de notificação prévia deste negócio jurídico à Autoridade da Concorrência;

23. Mais manifestou a sua disponibilidade para proceder à notificação da referida transacção, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 36.º e seguintes do RJC, caso a Autoridade sustentasse um entendimento diverso do seu, visando a empresa com essa notificação a confirmação formal da desnecessidade de notificação por via de uma decisão de inaplicabilidade;

24. A SCML disponibilizou-se, igualmente, para suspender de imediato o exercício dos respectivos direitos de voto na SG CVP;

25. A Recorrente salientou à AdC que considerou à luz dos dados disponíveis e da sua interpretação da Lei da Concorrência, (...) – como já tinha concluído, aliás, e pelos mesmos fundamentos, em sede de avaliação da potencial notificabilidade do negócio no decurso do 4.º trimestre de 2020 – que a transacção em questão não está sujeita a notificação prévia à AdC atento o não preenchimento de qualquer dos critérios previstos no n.º 1 do artigo 37.º da Lei da Concorrência (...);

26. A SCML suspendeu, com efeitos a partir do dia 11 de Fevereiro de 2021 – isto é, da data em que foi notificada do pedido de elementos da AdC em sede de procedimento de averiguações –, o exercício dos direitos de voto inerentes às participações adquiridas, período a partir do qual o órgão de administração da SG CVP se autolimitou à prática de actos correspondentes à gestão corrente dessa sociedade;

- Da Notificação da transacção à Autoridade da Concorrência pela SCML:

27. O acordo respeitante a contrato de compra e venda de acções representativas do capital social da SG CVP celebrado em 14.12.2020 entre a Cruz Vermelha Portuguesa e a SCML, não foi notificado previamente à AdC;

28. A SCML apresentou a notificação à AdC desse contrato em 28 de Maio de 2021 (com produção de efeitos a 8 de Junho de 2021), na sequência do procedimento de averiguações e da indicação pela Autoridade do seu entendimento relativamente à obrigatoriedade de notificação da transacção, em momento em que a operação de concentração já se encontrava realizada;

29. No contexto da notificação, a SCML veio requerer à Autoridade, ao abrigo do n.º 3 e da alínea b) do n.º 4 do artigo 40.º do RJC, uma derrogação da obrigação de suspensão dos seus direitos de voto e da concomitante limitação de gestão à prática de actos de gestão “corrente” da SG CVP, para efeitos estritamente relacionados com duas medidas concretas: (i) a aprovação das contas da SG HCV relativas ao exercício de 2020 em sede de Assembleia Geral; e (ii) a emissão das cartas de conforto, a pedido dos bancos Millennium BCP e Santander Totta, no âmbito da negociação de financiamentos de que a SG CVP necessitava para assegurar a continuidade das suas operações;

30. O pedido de derrogação foi deferido pela Autoridade em 15.06.2021 nos exactos termos requeridos;

- Outros factos com relevo para a boa decisão da causa:

31. São desconhecidos benefícios concretos que da prática dos factos haja decorrido para a Recorrente;



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

32. Sem prejuízo do disposto em 31), com a conduta dada como provada, a Recorrente evitou, na data em que deveria ter procedido à comunicação prévia da operação, o pagamento da taxa de notificação a que estava obrigada nos termos do Regulamento N.º 1/E/2003 da Autoridade da Concorrência;

33. A conduta que diz respeito à realização de operação de concentração de empresas antes de ter sido objecto de uma decisão de não oposição da AdC iniciou-se a 14 de Dezembro de 2020, data da realização da operação de concentração;

34. Em 6 de Julho de 2021, a AdC adoptou a sua Decisão no processo de controlo de concentrações Ccent. 25/2021 – SCML/SG CVP, de não oposição;

34.-A Por respeito ao ano de 2020, a Recorrente apresentou vendas e serviços prestados no valor de € 30.799.822,00, rendimento de jogos sociais no valor de € 180.492.480,00 e um resultado líquido do período negativo de € 52.778.218,00;

35. Por respeito ao ano de 2021, a Recorrente apresentou vendas e serviços prestados no valor de € 32.232.161,00, rendimentos de jogos sociais de € 186.456.126,00, sendo desse valor o de € 164.527.413,80 corresponde à parcela de 26,52% a que alude o n.º 11 do do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 56/2006, de 15 de Março, tendo um resultado líquido do período negativo de € 20.117.169,75;

36. A SAS Apostas Sociais teve, em 2021, um volume de negócios de € 7.853.453,15, realizado em Portugal;

37. A SOJOGO teve, em 2021, um volume de negócios de € 1.604.695,00 (114.864.045MTZ), todo realizado em Moçambique;

38. A Clínica Oriental de Chelas teve, em 2021, um volume de negócios de € 1.139.473,48, todo realizado em Portugal;

39. A sociedade gestora do Hospital da Cruz Vermelha teve, em 2021, um volume de negócios de € 23.265.291, todo realizado em Portugal;

40. Em 2021, o Departamento de Jogos teve vendas de bens e prestações de serviços (vendas líquidas) no valor total de € 733.477.793;

41. À data do negócio em causa nos autos, a SG-CVP defrontava-se com dificuldades financeiras:

(i) alcançara o seu pior resultado líquido de sempre em 2019, o qual piorou em 2020;

(ii) a partir de Junho de 2019, as suas receitas já não eram suficientes para suportar os seus gastos operacionais;

(iii) concluiu 2019 com um resultado líquido negativo de -3,8 milhões EUR;

(iv) concluiu 2020 com um resultado líquido negativo de -7,3 milhões EUR;

(v) concluiu 2019 com fluxos de caixa negativos de -3 milhões EUR e 2020 com - 3,2 milhões EUR;

(vi) concluiu 2020 com um total de capital próprio negativo de -194.232 EUR;

(vii) concluiu 2019 com um passivo total de 43,9 milhões EUR e 2020 com 45 milhões EUR de passivo total;

(viii) em meados de 2020, a sua autonomia financeira diminui de 25,29% em 2017 para 10,32% em Abril de 2020,

42. Tais circunstâncias punham em causa a continuidade da SG-CVP e colocavam a empresa em situação muito próxima da falência técnica;

43. Nos termos do considerando VI do contrato de compra e venda em causa, as Partes (Santa Casa e SG HCV) “acorda[ram] e reconhe[ram] que a situação atual da SGH é de tal modo grave que ameaça a continuidade da exploração do Hospital da Cruz Vermelha”;



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

44. No contexto desta situação financeira do Hospital da Cruz Vermelha, o preço pago pela aquisição das acções pela Santa Casa foi 1 (um) euro;

45. A aquisição da sociedade gestora do Hospital Cruz Vermelha pela Santa Casa foi autorizada por despacho de 23 de Novembro de 2020 da Ministra do Trabalho, da Solidariedade e da Segurança Social, tendo por motivação o interesse público no continuado funcionamento deste hospital;

46. A recapitalização e reestruturação da actividade do Hospital da Cruz Vermelha foi pressuposto da aquisição do controlo da SG HCV pela Santa Casa;

47. Em Junho de 2020, a Santa Casa previa que viesse a ser necessária uma recapitalização da SG HCV entre 12,5 e 16 milhões EUR, que teria de ser assumida pela Santa Casa;

48. No final de Outubro de 2020, o então presidente da Cruz Vermelha Portuguesa comunicou ao Conselho Supremo desta instituição que, perante um cenário de falência iminente e sem progresso na venda à Santa Casa, ia promover a transferência imediata das acções da SG HCV para a Santa Casa, dada a urgência da situação;

49. Desde a sua aquisição do Hospital da Cruz Vermelha, a Santa Casa teve de emitir cartas de conforto para suportar empréstimos no valor total € 8.250.000,00, realizar adiantamentos para apoios à Tesouraria de € 3.475.000,00, estando previsto outro montante idêntico, a mesmo título, até ao final deste ano, e estando inscrito no orçamento de 2023 um investimento de € 8.669.000,00 no HCV, prevendo-se um contributo adicional de € 825.000,00 em 2024, traduzindo-se em despesas e assunção de obrigações financeiras num valor total de € 24.694.000,00, tudo com o intuito de suprir as necessidades financeiras da respectiva sociedade gestora;

50. A 21 de Junho de 2021, a Entidade Reguladora da Saúde, sem se pronunciar sobre a obrigatoriedade de notificação da operação de concentração em causa, aprovou um Parecer concluindo que esta concentração não suscitava preocupações concorrenciais;

51. A análise efectuada pela AdC no âmbito do processo Ccent. 25/2021 – SCML / SG HCV concluiu que a operação de concentração em causa não era susceptível de resultar em entraves significativos à concorrência efectiva no mercado, tendo adoptado uma decisão de não oposição no referido processo;

52. As Contas de 2019 da Santa Casa inscrevem na conta “Outros Rendimentos” as receitas atribuídas pelo Estado à Santa Casa provenientes dos Jogos Sociais do Estado, bem como receitas provenientes de “Correcções relativas a Períodos Anteriores”, “Protocolo com Centro Distrital de Lisboa” e “Heranças, legados e doações”;

53. As contas do Estado e das demais entidades beneficiárias das receitas dos Jogos Sociais do Estado, incluindo a Santa Casa, são auditadas pelo Tribunal de Contas, que valida a inclusão das receitas dos Jogos Sociais do Estado nas contas “Impostos Indirectos”;

54. A Santa Casa da Misericórdia de Lisboa realiza actividades económicas, na área da saúde e do ensino e actividades com base em pressupostos de solidariedade, nas áreas da acção social, saúde, educação e ensino, cultura e promoção da qualidade de vida e economia social, sendo que, contabilisticamente, não se mostram claramente separados os valores que concretamente são por si destinados a cobrir as despesas de cada um dos dois tipos de actividades e que advêm de receitas dos jogos sociais do Estado;

55. Não são conhecidas condenações prévias da Recorrente, que tenham transitado em julgado, no domínio de aplicação da Lei da Concorrência.

Foi declarado não provado que:



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

1. Ao actuar como provado, a Recorrente quis e decidiu praticar a contra-ordenação em causa nos autos ou representou essa prática como consequência necessária da sua conduta ou conformou-se com a possibilidade de praticar um ilícito contra-ordenacional;

2. Ao não notificar previamente a AdC da operação em causa, tal como provado, a Recorrente beneficiou do controlo da SG CVP desde 14 de Dezembro de 2020 e de um encurtamento de prazo de implementação da operação;

3. Evitou a publicidade da operação em data anterior à sua realização, ilibando-se assim do eventual escrutínio dos operadores do mercado antes da realização da operação;

4. A AdC não responde ou costuma apresentar respostas esquivas às questões formuladas pelos interessados, no âmbito de Avaliação Prévia em Controlo de Concentrações;

5. A não notificação da concentração em causa implicou para a Santa Casa o gasto de recursos e tempo adicional, em comparação com os recursos e tempo que teria gasto se tivesse notificado a concentração e obtido autorização da AdC antes de a implementar;

6. A equipa de advogados especialistas dada como provada teve acesso a toda a informação necessária – especificamente, a mesma informação que foi utilizada pela AdC – para aferir se as receitas dos Jogos Sociais do Estado constituíam “volume de negócios” da Santa Casa e realizou uma avaliação completa e cuidada;

7. A Recorrente actuou convicta de que a sua conduta não violaria qualquer norma de direito da concorrência.

Fundamentação de Direito

1. A decisão impugnada no presente recurso contém erro de direito na apreciação da conduta da SCML no sentido de a mesma consubstanciar apenas uma infracção – interpretação da alínea f) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei da Concorrência?

Com vista a lograr convencer o Tribunal a responder afirmativamente a esta questão, a Recorrente alinhou duntas e bem estruturadas alegações a final convertidas nas conclusões que se passarão a analisar sucessivamente.

A primeira afirmação relevante a este nível foi a de que «À semelhança do que acontece no direito da União Europeia, o sistema de controlo de concentrações estabelecido na LdC prevê que a AdC exerça um controlo efetivo de todas as concentrações de notificação obrigatória, sendo o sistema de notificação *ex ante*, conjuntamente com a denominada obrigação de “standstill” o pilar de todo o sistema e a garantia imprescindível para a sua eficácia».



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Esta afirmação não tem espaço de polemização. Com efeito, o sistema nacional de controlo de concentrações assemelha-se ao do Direito da União Europeia, assentando num controlo, cruzado com um outro de imobilização pós-concretização, ou seja, numa obrigação de notificação prévia a realizar nas condições previstas nas diversas alíneas do n.º 1 do art. 37.º do *Novo Regime da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (NRJC)* e numa punição da «*realização de operação de concentração de empresas antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição*» nos termos do estabelecido na al. f) do art. 68.º do mesmo encadeado normativo.

Tal enunciado contém uma noção implícita relevante para a ponderação em curso, a saber: existem, a par de um sistema europeu de controlo das operações de concentração de empresas um regime e um sistema internos, criados no âmbito da margem da autonomia de produção normativa de que goza o Estado português no que tange às operações que «*ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos*» – cf. o n.º 2, «*in fine*», do art. 2.º do NRJC.

Se, do primeiro enunciado, por si só, nada de relevante se extrai para o tratamento da questão proposta, já do que consta do parágrafo anterior se pode e deve colher, atenta a factualidade que vem cristalizada nos autos – designadamente os factos 4 e 7 da fundamentação de facto –, que, à míngua de esteio normativo e razão técnica sólida e excepcional em sentido distinto, não é o regime europeu o aplicável nos autos mas o de Direito interno. Por assim ser e face ao conteúdo do diploma de Direito da União Europeia invocado na afirmação que se ora se cita, assistiu inteira razão à Recorrente quando afirmou que «*Ao contrário do estabelecido no Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do TUE, as autoridades de concorrências nacionais não têm jurisdição para aplicar o Regulamento das*



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Concentrações Comunitárias, nem este tem vigência autónoma no nosso ordenamento jurídico».

Mais afirmou a Impugnante que são distintos os interesses protegidos pela obrigação de notificação e pela obrigação de suspensão.

Esta referência é aceitável a um nível de ponderação fina dos objectivos. Não o é, já, no que tange aos grandes interesses, ou seja, no que se refere às finalidades centrais. Visa-se, com ambas as exigências, proteger o mercado e a concorrência legítima e, em concreto, obviar à perda de concorrência equilibrada e respeitadora das exigências do seu funcionamento da economia, concretizada através de operações de maciva e invasiva concentração de empresas. A este nível, há identidade de interesses protegidos. Já não é assim, se pensarmos nas motivações operacionais e funcionais das intervenções. A este nível, sim, são distintas as finalidades e os tempos: a obrigação de notificação cuida da aquisição de notícia e prevenção (logo «*ex ante*») e a de «*standstill*» (ou imobilização) busca o bloqueio da produção de efeitos da operação de concentração empresarial até à prolação de uma decisão de não oposição por parte da Autoridade Nacional de Concorrência [com o sentido e conteúdo enunciado na al. a) do art. 3.º-A do conjunto normativo sempre sob referência].

Assiste, ainda, razão à Recorrente quando sustenta a autonomização normativa das duas obrigações.

Já não resulta daí, necessariamente, ao contrário pois, do que sustentou, que estejamos perante a prática de duas contra-ordenações.

É assim porquanto assistia ao legislador nacional a faculdade de tratar de forma distinta, ao nível das consequências, como fez, as duas obrigações que claramente enunciou. Com efeito, se, na al. f) do n.º 1 do art. 68.º do NRJC, declarou



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

constituir contra-ordenação punível com coima «*A realização de operação de concentração de empresas antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição, em violação dos artigos 37.º e 38.º, do n.º 1 e da alínea a) do n.º 4 do artigo 40.º, ou que hajam sido proibidas por decisão adotada ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 53.º*», nada o impedia de definir apenas, como concretizou na al. b) do art. 72.º do apontado diploma, um regime de coacção através da imposição de sanções pecuniárias compulsórias, com vista á obtenção do cumprimento, no que se refere à omissão de acatamento da obrigação de notificação.

O acima referido gera as seguintes noções seguras:

a. O legislador nacional não qualificou como contra-ordenação o incumprimento da obrigação de notificação prévia referida nos n.ºs 1 e 2 do art. 37.º do NRJC;

b. O legislador nacional, ao assim actuar, não emulou e não tinha que o fazer, por nenhuma norma ou obrigação de Direito da União Europeia lho impôr, o regime emergente das als. a) e b) do n.º 2 do art. 14.º do *Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas ("Regulamento das concentrações comunitárias")*;

c. A divergência de regimes não permite a importação do afirmado nos arestos da jurisprudência da União, sobretudo do Tribunal de Justiça da União Europeia, muito bem invocados pela Recorrente no recurso mas aqui, já que é distinta a razão de decidir (num caso – o nacional – não se atribui à violação da obrigação de notificação a natureza de contra-ordenação punível com coima e, no outro – o europeu –, conferiu-se ao desrespeito da necessidade de notificar a natureza de ilícito administrativo da União sancionável com coima);



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

d. Este quadro não se altera em virtude do disposto no n.º 3 do art. 2.º do NRJC – aliás, preceito introduzido pela lei n.º 17/2022, de 17 de Agosto, ou seja, não vigente à data dos factos ajuizados – que estabelece que *«3 - A presente lei é interpretada de modo conforme ao direito da União Europeia, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, incluindo no que diz respeito às práticas restritivas da concorrência que não sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros»* face aos princípios da legalidade e da tipicidade, aqui aplicáveis por nos situarmos no seio do Direito de mera ordenação social (aliás, ainda que eles não existissem, nunca poderíamos retirar da lei sentido desgarrado de um mínimo de correspondência verbal, nos termos do disposto no n.º 2 do art. 9.º do Código Civil e, tudo agravando, contrariar o dito expressamente ao definir-se, num caso, uma sanção pecuniária compulsória e, no outro, uma coima).

e. Os princípios da legalidade e seu afluyente princípio da tipicidade e as suas vertentes *«nullum crimen»* e *«nulla poena»* *«sine lege»* não permitem extrapolar, estender ou integrar analogicamente as normas nacionais por forma a criar, por via jurisprudencial (à míngua de norma expressa), um regime contra-ordenacional que permita punir com coima o desrespeito da obrigação de notificação enunciada no art. 37.º do NRJC.

Não suscita dúvidas e pulsões de rejeição a afirmação da Recorrente de que o legislador não se quis afastar ou ignorar *«aqueles que eram os objetivos comuns com o Direito da União, nomeadamente de, por um lado, salvaguardar a capacidade da Autoridade realizar um controlo eficaz das operações de concentração e, por outro, evitar que uma operação de concentração tenha qualquer impacto prejudicial potencial na estrutura da concorrência»*. Só que daqui não emerge a necessidade de o dito



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

legislador nacional desenhar distinto regime operacional de obtenção de tais objectivos, como fez.

Ao contrário do que a Recorrente apontou, há, *«entre a construção normativa vigente no Regulamento n.º 139/2004 e a Lei n.º 19/2012, de 08 de maio que vigora no caso concreto»* uma clara divergência e não similitude, nos termos sobreditos, no que tange às soluções de reacção preventiva e repressiva às operações de ilícita concentração empresarial sem prejuízo de ter razão de fundo quanto à sintonia dos criadores de normas nacionais e europeus no que concerne aos objectivos e concepções subjacentes.

Aceita-se que a *«necessidade de eficácia no controlo efetivo de determinadas operações de concentração é transversal, e aplica-se tanto ao mercado de dimensão europeia, como ao mercado de dimensão nacional»* só que esta verdade quase tautológica não possui a virtualidade de conferir razão à Recorrente quanto à questão de fundo, porquanto o que está em causa são as soluções (claramente distintas) de consecução de um contexto que materialize o objecto da necessidade.

Neste contexto, não tem qualquer utilidade, a tentativa de equiparação entre o «artigo 4.º do Regulamento n.º 139/2004 e do artigo 37.º da LdC» porquanto se notifica com objectivos similares (até pela comunhão de mercados e seu problemas) mas, claramente, compele-se ou sanciona-se com base desenhos normativos e modelos distintos.

Aceita-se, também, que a obrigação de suspensão não é redundante relativamente à obrigação de notificação. Só que esta afirmação não soluciona o



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

problema em apreço já que se localiza na NRJC tratamento autónomo das duas figuras, quer no que tange à sua conceptualização e objectivos finos quer no que se reporta às reacção juridicamente organizadas e autonomizadas.

São aceitáveis mas inócuas para a obtenção de declaração de procedência desta vertente do recurso, pelas razões acima descritas, as referências à pertinência da *«distinção que protege interesses jurídicos distintos naquilo que é o objetivo comum de garantir um controlo eficaz das concentrações»*, e à sua consagração pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos seus Acórdãos *«de 31 de maio de 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, nº 42, de 4 de março de 2020, Marine Harvest/Comissão, C-10/18 P, EU:C:2020:149, nº 108 e 109, e (...) de 9 de novembro de 2023, Altice/Comissão, C -746/21 P, EU:C:2023:836, nº 50 a 59»*.

O mesmo ocorre quanto às menções no sentido de que *«as disposições do n.º 1 do artigo 4.º e do n.º 1 do artigo 7.º do Regulamento das Concentrações estão no cerne do sistema de controlo de concentrações da União, uma vez que constituem os pilares fundamentais sobre os quais o sistema ex ante das concentrações é construído»*; e *«O n.º 1 do artigo 4.º e o n.º 1 do artigo 7.º do Regulamento das Concentrações são pedras angulares do regime ex ante de controlo das concentrações da União e são essenciais para garantir a sua eficácia porque permitem estabelecer uma dupla exigência, i.e, que as empresas notifiquem as concentrações com dimensão da União e não as realizem antes da notificação ou antes de serem declaradas compatíveis com o mercado interno»*. Nada daqui resulta que confira razão à Recorrente, face ao que se deixou já inscrito supra.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

É verdade que *«Se por um lado a obrigação de notificação permite um controlo efetivo por parte da Comissão, a obrigação de suspensão da concentração permite evitar potenciais impactos duradouros e prejudiciais à estrutura do mercado»* e que *«o mesmo acontece no âmbito do direito nacional já que também decorre do n.º 1 do artigo 37.º, conjugado com n.º 1 e 2 do artigo 40.º da LdC que a eficácia do controlo das operações de concentração assenta na obrigação de as empresas notificarem previamente essas concentrações e suspenderem a sua realização até que a AdC adote uma decisão expressa ou tácita que as declare compatíveis com o mercado interno»*. Porém, esta verdade linear e de simples emergência não permite concluir que o legislador luso quis punir com coima o que não classificou expressamente como contra-ordenação.

Não se sufraga nem entende sequer que a Recorrente possa sustentar a consagração de ilícito de mera ordenação social e a correspondência ao mesmo de coima *«sine lege»* ou seja, sem consagração normativa. Se a imposição de uma sanção de direito de mera ordenação social (ou, na sua origem, sanção de Direito penal administrativo), com natureza análoga à pena, não se sustentasse na letra da lei, em que se sustentaria então? No direito consuetudinário, em princípios difusos, em opiniões, na criação jurisprudencial ou no Direito da União Europeia União Europeia cuja aplicação a Recorrente, bem, logo excluiu no início do seu recurso (recorda-se o dito: *«as autoridades de concorrências nacionais não têm jurisdição para aplicar o Regulamento das Concentrações Comunitárias, nem este tem vigência autónoma no nosso ordenamento jurídico»*)?



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Diz a Recorrente que (...) tal conclusão parece de simples aquiescência porquanto a punição sustenta-se na tipicidade da norma impositiva (nº 1 e 2 do artigo 37.º) e proibitiva (e nº 1 do artigo 40.º da LdC) e no desvalor da omissão e da ação que estas tutelam».

Porém, urge questionar: de que serviria e por que razão se teria instituído o n.º 1 do art. 68.º do NRJC se, conforme parece emergir da técnica da Recorrente, bastasse? Não bastaria sempre a norma impositiva dispensando-se a de qualificação técnica e sancionatória? E para que serviria a al. b) do art. 72.º do NRJC se fosse suficiente a definição da obrigação?

Sempre salvaguardando o muito respeito devido e atribuído, não tem qualquer sentido esta surpreendentemente frágil vertente do recurso.

A mesma falta de sentido subjaz à afirmação *«sancionar apenas com a prática de uma única infração, tanto a empresa que optou por violar a obrigação de notificação e de suspensão da concentração, como a empresa que implementa a operação, mas previamente cumpriu a obrigação de notificação, ignora a autonomia normativa imposta pela LdC, com a previsão do artigo 37.º nº 1 e nº 2, por contraponto ao artigo 40.º, nº 1»*. É assim porque esta afirmação faz tábua rasa da globalidade do regime definido, que parece ignorar. Como já se viu, perante a falta de notificação fixa-se a sanção pecuniária compulsória; ao desrespeito da obrigação de imobilização responde-se com uma coima.

Se, no processo decisório, a Recorrente ignorou parte do regime e não fez a devida coerção para o cumprimento da primeira obrigação (de notificação), só a si se pode responsabilizar – *sibi imputet*.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Nenhuma utilidade tem, no quadro apreciado, a chamada à colação do regime anterior. Claro que, no quadro desse regime (o da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho – Regime Jurídico da Concorrência), não era tão patente e manifesta a autonomização das obrigações aqui analisadas mas essa realidade só confirma a bondade da leitura que divisa, no novo regime, o que lá está e com muita clareza – justamente a autonomia e diversidade de soluções também ao nível das reacções.

A «a alínea f) do artigo 68.º da LdC» não pretendeu «*equiparar e reconduzir duas obrigações autónomas à mesma infração*» conforme a Recorrente bem referiu.

O que fez, porém, também não foi criar contra-ordenações patentes a par de outras virtuais, putativas, ocultas e invisíveis.

A solução normativa é bem distinta, dedicando, antes, o legislador, a al. b) do art. 72.º à reacção específica à violação da obrigação de notificação.

Claro que, num contexto tão autonomizado quer ao nível dos conteúdos quer das soluções, seria um dislate sustentar a manutenção do regime anterior, menos preciso e rigoroso.

Não estamos perante um único facto jurídico punível, como dito mas antes, perante uma contra-ordenação punível com coima e uma acção contrária à lei que deve ser suprimida mediante a imposição de uma sanção pecuniária compulsória.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Não tem sentido e adequação convocar, aqui o «*princípio do primado e da interpretação conforme com o Direito da União*» porquanto, como se viu, o legislador nacional tinha autonomia regulatória, atendeu a interesses e finalidades comuns, realizou distinção simétrica, mas encontrou solução repressiva não coincidente (como não o é, em sede geral, a opção, nesta área, pelo «músculo» «penal» do Direito de mera ordenação social que, como é consabido, não é convocado pelo legislador da União para atingir as suas finalidades no Direito da Concorrência, sem que daí se extraia noção da violação do sentido e conteúdo do Direito da União – quer primário quer derivado).

Não existe, ao contrário do sustentado, no regime efectivamente eleito pelo legislador, omissão de reacção ao fenómeno de «*gun jumping*» invocado pela Recorrente (leia-se, neste anglicismo do jargão sectorial: realização antecipada de uma operação de concentração sem cumprimento das regras de notificação prévia obrigatória) e, conseqüentemente, não existe erro em decisão judicial que não veja contra-ordenação onde ela não existe (não por razões ontológicas mas pela simples e muito relevante razão de o legislador não ter qualificado a violação da obrigação como contra-ordenação). O que existe, isso sim, é diversidade de soluções repressivas (sem prejuízo de poder haver quem sustente, com desilusão, que o que o legislador fez foi esquecer-se de ir mais longe quanto à obrigação de notificação. Porém, esse esquecimento não se pode presumir nem é patente sendo que, de qualquer forma, a sua existência nunca teria relevo interpretativo num quadro de criação de ilícito e sanção se natureza pseudo-penal.

Flui do exposto a improcedência manifesta das alegações que geraram a formulação da questão analisada que, assim, recebe muito clara e segura resposta negativa.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

2. A decisão impugnada no presente recurso contém erro de Direito na valoração da duração da infração que o Tribunal a quo imputou à conduta da SCML com errada interpretação da alínea c) do n.º 1 do artigo 69.º em função dos normativos aplicáveis ao caso concreto – n.º 2 do artigo 37.º e n.º 1 do artigo 40.º, todos da Lei da Concorrência – sendo que a duração do procedimento de controlo de concentrações deve ser computado como parte da duração da infração?

Assumidamente, a Recorrente veio introduzir um conjunto de alegações que geraram a questão ora apreciada que classificou como de natureza iminentemente conceptual.

Nesse âmbito, limitou-se a advogar que o que o Tribunal «a quo» classificou como infração instantânea com efeitos duradouros deveria ser classificado como infração permanente de igual duração.

Não referenciou regime do qual pudesse resultar, em termos directos e de forma inafastável, a necessidade de alteração da coima em função de tal construção, que introduziu em termos meramente teóricos e de motivação de discussão diletante ou académica.

Num contexto em que o que relevava para a fixação da medida concreta da sanção era a duração do quadro de ilicitude e não a questão de saber se estamos perante um ilícito instantâneo com duração temporalmente estendida ou um ilícito permanente de igual extensão, introduzir apenas a questão da qualificação jurídica da conduta pedindo apenas, a final, de forma vaga, a revogação da sentença por o Tribunal ter assumido uma solução e não a outra constitui introdução de questão inócua e pedido desfocado e reacção inepta à decisão judicial com a qual não se concordou, neste ponto, por razões meramente teóricas.

Neste âmbito, ganha adequação a referência lançada pela Recorrida nas suas alegações, nos seguintes termos: «Ao contrário do que entende a AdC, a alteração de qualificação por si pretendida não é, por si só, suscetível de alterar a determinação da



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

medida da coima. Assim sendo, e sem prejuízo do eventual interesse académico da discussão, esta não é suscetível de ter qualquer impacto para o desfecho do presente caso.»

O referido Órgão Jurisdicional atendeu ao disposto na al. c) do n.º 1 do art. 69.º do NRJC (vd., designadamente, o parágrafo 2912 e os parágrafos 3090 a 3253 do sentença), *id est*, ao facto de o legislador lhe ter facultado a consideração da «*duração da infracção*» na «*determinação da medida da coima*».

O problema agrava-se e a sustentação do recurso entra em falência absoluta se atendermos a que são os pedidos que, nas acções – sem excepção nos recursos –, definem os contornos do concretamente pretendido pelos Requerentes/Recorrentes.

No caso apreciado, a Recorrente, após introdução desta como questão meramente teórica, formulou o seguinte pedido final no que a ela se reporta:

Nestes termos e nos demais de Direito, deverá ser dado provimento ao presente recurso,

A. Revogando-se, conseqüentemente, a Sentença proferida pelo Tribunal a quo nas partes em que: (...)

b) Considerou a conduta da empresa como uma única infracção instantânea, ainda que com efeitos duradouros;

Pretende, pois, a Recorrente, apenas, a revogação da sentença por necessidade de alteração da tese jurídica com que não concorda. E nada mais. Particularmente, nada consta do pedido no sentido de modificação da medida concreta da coima pelas únicas vias potencialmente motivadoras dessa modificação – não atenção à duração do ilícito ou indevida definição desta.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

O que se pretende, assim (face à verbalização do desejado no espaço processual próprio que é o do pedido final) é, exclusivamente, a substituição de uma construção jurídica por outra.

Esta postura não merece a tutela do Direito já que, nos Tribunais, não se discutem diletantemente questões jurídicas desacompanhadas da formulação de pedidos concretos que justifiquem o seu tratamento, desde logo porque esta academização dos processos violaria a exigência de interesse em agir e a regra da proscrição da prática de actos inúteis sempre associada ao princípio da economia processual enunciado, designadamente, no art. 130.º do Código de Processo Civil – aplicável *ex vi do* art. 4.º do Código de Processo Penal e este encadeado normativo por força do disposto no n.º 1 do art. 41.º do RGCO – descaracterizando a sua intervenção.

Quanto ao interesse em agir, não acolhido normativamente como vero pressuposto processual, não se deixa de consignar – para melhor entendimento do que fica em falta quando se propõe ao Tribunal intervenção desprovida de utilidade concreta – que o mesmo corresponde à tensão que existe entre o gesto e o seu destino, à pulsão instalada entre a necessidade e a sua satisfação ou, em síntese de radical histórico e etimológico, ao latino *quod interest*. Apodado, no domínio da doutrina incidente sobre o Direito adjectivo civil de «Interesse processual» (CALAMANDREI, Piero, *La Relatività del Concetto di Azione, Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, 1939, Cedam, Volume XVI, Parte I, págs. 22 a 46, ANDRADE, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1979, pág. 79, VARELA, Antunes e OUTROS, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pág. 179 – definindo-o, estes, de forma feliz, como necessidade de usar do processo, de instaurar ou fazer prosseguir a acção – e FERREIRA PINTO, Fernando, *Lições de Processo Civil*, Porto, ELCLA Editora, 1992, pág. 61), «*interesse em agir*» (CARNELUTTI, Francesco, *Saggio di una Teoria Integrale dell'Azione, Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1946 Cedam, vol. I, págs. 5



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

a 18 – renunciando mesmo a considerar o interesse em agir como condição da acção –, LIEBMAN, Enrico Tullio, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1952 – considerando serem apenas a legitimidade e o interesse em agir as veras condições para o exercício da acção –, DE CASTRO MENDES, João, *Direito Processual Civil*, Lisboa, AAFDL, 1980, vol. II, pág. 187, ANSELMO DE CASTRO, Artur, *Direito Processual Civil Declaratório*, Coimbra, Almedina, 1982, vol. II, pág. 251 e ATTARDI, Aldo, *L'interesse ad agere*, Padova, Cedam, 1955), ou «*necessidade de protecção legal*» (*Rechtsschutzbedürfnis*), cujo relevo foi defendido na doutrina alemã enquanto elemento pressuponente da intervenção do Tribunal («*wenn hingegen ein solches Rechtsschutzbedürfnis nicht vorliegt, darf das Gericht nicht in Anspruch genommen werden*»), assente numa noção de interesse-adequação, de elemento de gestão processual orientado para economizar o tempo e a energia dos serviços de administração da Justiça (vd. SCHÖNKE, Adolf, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Karlsruhe: C.F. Müller, 7.ª Edição, 1951, pág.167).

Face ao exposto, não se conhece da pretensão de mera escolha de construção jurídica desprovida de consequências no dispositivo da decisão criticada.

III. DECISÃO

Pelo exposto, julgamos improcedente o recurso e, em consequência, negando-lhe provimento, confirmamos a sentença impugnada.

A Recorrente encontra-se isenta das custas deste recurso que, não fora tal isenção, seriam da sua responsabilidade, face ao disposto na al. g) do n.º 1 do art. 4.º do Regulamento das Custas Processuais, sem prejuízo do funcionamento do disposto no n.º 6 do mesmo artigo.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*

Lisboa, 11 de Setembro de 2024

Carlos M. G. de Melo Marinho (Relator)

José Paulo Abrantes Registo (1.º Adjunto)

Alexandre J. Au-Yong Oliveira (2.º Adjunto)