



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Apelação 672/11.0YRLSB

Acordam na 6.^a secção do Tribunal da Relação de Lisboa

Questão prévia colocada pela IMS – Lapso de escrita/ Erro de cálculo

Alega a IMS, nas suas contra-alegações:

“O Tribunal veio a considerar este facto como provado, nos seguintes termos: “LXXXVIII — O número de farmácias sobre o qual as Demandantes enviaram informação foi de 1.931, 1.968 e 2.017 em Janeiro, Fevereiro e Março de 2009, respectivamente, sendo expectável que continuasse a crescer (BI n.º 45).”

Tendo ficado assente o número de farmácias que forneceram dados à Recorrida no decurso dos primeiros três meses do ano de 2009.

O Tribunal *a quo* apurou o valor a ser pago por farmácia, que veio a fixar em € 150, conforme consta do Duto Acórdão que ora se transcreve: “Considerando a inflação, que, em 2007 e 2008, rondou os 2,5%, e a melhoria de qualidade que entretanto se verificou (FP LXXII, 2.^a parte, XXXV, 1.^a parte, XXXIX, proémio, e L), julga-se equitativo fixar o preço unitário em €150 (por farmácia, por mês), que foi aliás o preço inicialmente proposto pelo gerente da IMS nas negociações do contrato em causa (FP UX).”

O Tribunal aplicou o seguinte cálculo: “O resultado é o seguinte: para o mês de Janeiro, $1991 \times €150 = €298\ 650$; para o mês de Fevereiro, $1968 \times €150 = €295\ 200$; para o mês de Março, $2017 \times €150 = €302\ 550$. O total perfaz €896 400, quantia que a Demandada deve pagar às Demandantes.”

Porém, o Tribunal Arbitral ao recalcular o valor da indemnização peticionada pelas Recorrentes – com a redução para € 150 por farmácia -, cometeu um erro de cálculo, porque assumiu que no mês de Janeiro de 2009, a Recorrida IMS teria recebido dados de 1.991 farmácias, quando efectivamente, só recebeu de 1.931 farmácias (veja-se o facto assente LXXXVIII).

O erro de cálculo operado teve como consequência a condenação em montante incorrecto. Assim, a Recorrida deveria ter sido condenada, sem conceder quanto ao que se alegará em sede de Recurso Subordinado, no montante de € 887.400,00 e não em € 896.400,00, conforme resulta do citado Acórdão.

Assim, requerer-se a V. Exas. a respectiva correccção, nos termos do art. 249.º do Código Civil. O simples erro de cálculo é revelado pelo próprio contexto da declaração emitida pelo Tribunal *a quo*, sendo por isso passível de correccção, pelo que se requer a V. Exas., a rectificação do valor constante da condenação da Recorrida para o montante de € 887.400,00.”

Assiste razão à recorrida pois o lapso apontado é manifesto, decorrente dos elementos indicados e aqui confirmados.

Assim, no dispositivo da sentença arbitral, onde se lê € 896.400,00 deve passar a ler-se € 887.400,00.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Corrija-se no local próprio.

1. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS FARMÁCIAS e FARMINVESTE – INVESTIMENTOS, PARTICIPAÇÕES E GESTÃO, S.A. iniciaram processo arbitral contra IMS Health, Lda.

Na sua petição alegam as demandantes, em síntese, que:

- a ANF celebrou com a IMS, em 18 de Dezembro de 2008, um contrato pelo qual a ANF, através da Farminveste, disponibilizaria à IMS os dados fornecidos pelas farmácias suas associadas sobre o consumo de medicamentos e outros produtos de saúde, contra o pagamento pela IMS à Farminveste de 255 € mensais, por cada farmácia cujos dados lhe fossem transmitidos.
- a IMS obrigou-se, no mesmo contrato, a pagar à Farminveste uma compensação relativa à diferença entre as receitas projectadas, no âmbito de um anterior contrato, celebrado entre a ANF e a IMS, em 22 de Dezembro de 2006 e as receitas efectivas, relativas aos anos de 2007 e 2008;
- A IMS não pagou as facturas emitidas, correspondentes às referidas compensações e ao preço dos dados, enviados em Janeiro, Fevereiro e Março de 2009, constituindo-se em situação de incumprimento.

Pedem a condenação da IMS no pagamento de:

- € 7.488.710,69, correspondentes às facturas não pagas;
- acrescidos de juros mora vencidos, à data de 31.12.2010, no valor de € 538.621,95, e vincendos até integral pagamento;
- € 10.801.035, a título de lucros cessantes, acrescidos de € 2.160.207 de IVA e juros de mora a apurar na decisão final.

2. A IMS contestou, dividindo o seu articulado, denominado “contestação com reconvenção”, em três partes –Capítulos- que se discrimina:

I – Enquadramento;

II – Por excepção;

A-Acordo de 2006 - expectativas por ele geradas e à sua execução;

B-Acordo de 2008 - nulidade/invalidade por abuso de representação e usura;

C- Ilícitos de concorrência: Abuso de Posição Dominante/Abuso de dependência económica/ Acordo Anti-concorrencial;

D- Inexistência de direito a indemnização por dano contratual positivo;

III – Por impugnação e

IV –Por reconvenção - a fls. 652 -, desenvolvendo o articulado sob as invocações:

- concorrência desleal/partilha de segredos de negócio e actos de desorganização interna da IMS;

- invocação abusiva da excepção de incumprimento, por parte das demandantes, tendo colocado a demandada numa situação de incumprimento quase generalizado, perante os seus clientes;
- desvio de clientela com a criação de nova empresa por parte das demandantes, com a contratação do ex-director geral da demandada e impossibilidade de negócio causador dum prejuízo que estima, considerando a facturação de 2008 a 2011, em €14.023.838,00.

Conclui assim:

- a actuação da ANF causou-lhe danos não patrimoniais que quantifica em €5.000.000;
- as demandantes assumiram conduta ilícita e culposa, causadora de danos à demandada, que as constituem em responsabilidade civil extra-contratual (art.º 825.º da reconvenção).

Termina pedindo a procedência da reconvenção, com a condenação das reconvintes “no pagamento de uma indemnização por actos de concorrência desleal, no montante de € 19.023.838,00”.

3. Foi apresentada réplica, tendo as demandantes, além do mais, invocado a excepção de incompetência do tribunal arbitral para conhecer do pedido reconvenicional, defendendo que os factos que suportam o pedido reconvenicional ficam fora da cláusula compromissória que está na base do processo arbitral.

4. Na tréplica, a IMS pronunciou-se pela competência do Tribunal Arbitral para conhecer da reconvenção.

5. O Tribunal Arbitral pronunciou-se pela sua competência para conhecer do pedido reconvenicional (com um voto de vencido).

6. Após produção de prova e alegações das partes, foi decidida a matéria de facto e proferido Acórdão Arbitral, no dia 05 de Maio de 2011, com o dispositivo seguinte:

- “1.º Não conhecer autonomamente a excepção de inexistência de expectativas dignas de tutela jurídica (cfr. 2.1.);
- 2.º Julgar improcedentes as excepções fundadas em falta de função económico-social, usura, coacção moral e erro (cfr. 2.2., 2.3. e 2.4.);
- 3.º Julgar improcedente a excepção de abuso de representação, enquanto fundada na actuação fora dos poderes do representante da Demandada nos termos das políticas internacionais do grupo IMS (cfr. 2.5.5.);

4.º Julgar procedente a excepção de abuso de representação, enquanto fundada na actuação do representante da Demandada contra os interesses desta, com conhecimento da outra parte, a ANF, no que respeita à cláusula 10.ª e ao preço constante da cláusula 6.ª, n.º 1, do contrato que a Associação Nacional de Farmácias e a IMS Health, Lda. celebraram em 23 de Dezembro de 2008, com a consequente ineficácia destas cláusulas em relação à Demandada (cfr. 2.5.8.);

5.º Julgar procedente a excepção de abuso da posição dominante da ANF, por indução artificial do preço em alta, com a consequente nulidade das mesmas cláusulas 6.ª, n.º 1 (quanto ao montante do preço) e 10.ª do referido contrato (cfr. 2.6.3.1.),

6.º Julgar improcedentes as excepções de abuso da posição dominante, na parte em que se funda em preço discriminatório, recusa de fornecimento e recusa de acesso a uma infra-estrutura essencial (cfr. 2.6.3.2.);

7.º Julgar improcedentes as excepções de abuso de dependência económica (cfr. 2.7.) e de acordo anti-concorrencial (cfr. 2.8.);

8.º Julgar procedente o pedido das Demandantes quanto ao montante de €896.400 (oitocentos e noventa e seis mil e quatrocentos euros), condenando a Demandada a pagar esta quantia às Demandantes (cfr. 3.2.);

9.º Julgar improcedente o pedido das Demandantes em tudo o resto, com a consequente absolvição da Demandada (cfr. 3.2. e 3.3.);

10.º Reafirmar a competência do Tribunal Arbitral para decidir o pedido reconvenicional (cfr. 4.3.);

11.º Julgar improcedente o pedido reconvenicional de indemnização por danos não patrimoniais (cfr. 4.5.);

12.º Julgar improcedente o pedido reconvenicional de indemnização por danos patrimoniais em relação à Demandante Farminveste, absolvendo-a integralmente do pedido (cfr. 4.5.);

13.º Julgar procedente o pedido reconvenicional de indemnização por danos patrimoniais em relação à Demandante ANF, condenando-a a pagar à Reconvinte o valor dos prejuízos patrimoniais, passado[s] e futuros, resultantes das perdas de receitas da Reconvinte, que tenham resultado ou venham a resultar da perda de clientela causada pela suspensão de dados fornecidos pelas farmácias, que as Demandantes deveriam disponibilizar em conformidade com a cláusula 1.ª do contrato referido no n.º 4.º (cfr. 4.2. e 4.5.);

14.º Remeter a liquidação destes prejuízos, até ao limite do pedido, para execução de sentença (cfr. 4.5.) (...)."

Nota: por comodidade de identificação iremos, ao longo do processo, designar as demandantes por ANF/FARM e a demandada por IMS.

7. Desta decisão interpuseram recurso de apelação as demandantes, apresentando alegações –Volume 11/fls. 3852- nas duas vertentes de recurso de facto e recurso de direito, constando as suas conclusões de fls. 4140 e sgs.:

Capítulo II

1. A Cláusula 11.^a n.º 3 do Contrato de 2008 (Doc. n.º 1 das Recorrentes), as comunicações de desencadeamento do litígio arbitral (cartas de 04.06.2009 das Recorrentes e de 02.07.2009 da Recorrida) e o Acto de Instalação e Regras de Funcionamento do Tribunal (que delimitam o objecto do litígio, em especial na cláusula 9.^a) não abarcam a dedução de “*pedidos reconventionais*”.
2. O Tribunal Arbitral, contudo, admitiu a Reconvenção formulada pela Recorrida e em sede de decisão final reafirmou a sua competência para conhecer do pedido reconvenicional (Capítulo 4.3 do Acórdão).
3. O Tribunal agiu contra a vontade das partes e em desacordo com as comunicações escritas de desencadeamento do litígio arbitral, pelo que em face da violação dos artigos 21.º, n.º 4 e 11.º, n.º 3 da LAV e com base nos artigos 238.º do Código Civil e 201.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, o Tribunal Arbitral deverá ser declarado incompetente para conhecer do pedido reconvenicional deduzido pela Recorrida, e, em consequência, deverá o Acórdão recorrido ser anulado, quanto a essa parte da decisão (alínea b), do n.º 1, do artigo 27.º da LAV).
4. Mesmo que, por absurdo, se aceitasse que o pedido de invalidade abarcaria o pedido de indemnização associado à invalidade em si mesma (responsabilidade pré-contratual), nunca poderia suportar um pedido reconvenicional baseado em efectivo incumprimento contratual.
5. Quanto à declaração de ineficácia das cláusulas 10.^a e 6.^a, n.º 1, do Contrato de 2008, importa recordar que, de acordo com as comunicações de desencadeamento do litígio arbitral e o Acto de Instalação e Regras de Funcionamento do Tribunal Arbitral, o objecto do litígio e a competência do Tribunal estava limitada ao conhecimento das *invalidades* do Contrato de 2008, não já das eventuais *ineficácias*.
6. A *invalidade* e a *ineficácia* de um contrato são figuras jurídicas distintas, e cujos efeitos e consequências são, também, diferentes, pelo que deverá o Tribunal Arbitral ser considerado incompetente para o conhecimento da ineficácia do Contrato de 2008, e como tal, deverá ser revogada a decisão por aquele Tribunal proferida de ineficácia das cláusulas 6.^a e 10.^a do Contrato de 2008 (artigo 27.º, n.º 1, alínea b) da LAV).
7. O Tribunal (a maioria dos Árbitros) reconheceu a falta de competência para decidir o pedido reconvenicional formulado (porque assente no Contrato de 2006 e portanto fora do âmbito da cláusula compromissória), pelo que o reconfigurou. Porém, o Tribunal não tinha competência para conhecer do pedido

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

reconvencional formulado pela Recorrida, conforme resulta do artigo 1.º, n.º 1, da LAV.

8. Se tal pedido reconvencional não podia ser admitido *ab initio*, não deveria o Tribunal dele ter conhecido com o propósito de o «requalificar». Se a Reconvenção tivesse sido liminarmente julgada inadmissível, como devia ter sido, nada mais teria o Tribunal para conhecer.

Capítulo III

1. Apercebendo-se da incompetência para se pronunciar sobre o pedido reconvencional fundado em responsabilidade civil extra-contratual, o Tribunal decidiu alterar a qualificação dos factos alegados pela Recorrida para, após tal *operação*, considerar estar em causa um pedido reconvencional fundado em responsabilidade civil pré-contratual.
2. Ora, o Tribunal está limitado, conforme decorre dos artigos 3.º, n.º 3 e 264.º do CPC, aos termos da causa tal como configurados pelas partes, nomeadamente quanto à causa de pedir – princípio do dispositivo. Ou seja, é às próprias partes que, na composição do litígio que trazem ao conhecimento do Tribunal, compete alegar e trazer aos autos os factos principais à demanda – ónus de alegação (dedução do objecto do pedido). É sobre aquele objecto do pedido deduzido e fixado pelas partes que, a final, é proferida decisão.
3. À luz do disposto nos artigos 467.º, n.º 1, e 498.º, n.º 4, do CPC, entre o *pedido* formulado e os factos concretos invocados deve existir uma relação, umnexo de correspondência lógica e normativa: a causa de pedir tem de constituir o suporte lógico da pretensão deduzida que culmina com a formulação do pedido, pelo que o Tribunal não pode, sob pena de nulidade, substituir o que foi peticionado pelas partes, diferente na sua natureza, causa de pedir e fundamentação legal (artigo 27.º, n.º 1, alínea e) da LAV).
4. Deverá, por isso, em face da violação dos artigos 3.º, n.º 3, 264.º, 467.º, n.º 1, alínea d), 498.º, n.º 4 e 668.º, n.º 1, alíneas d) e) do CPC ser considerada nula nessa parte a decisão proferida pelo Tribunal Arbitral, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea e), do n.º 1, do artigo 27.º da LAV.

Capítulo IV

1. A condenação da Recorrente ANF a pagar à Recorrida uma indemnização por responsabilidade civil pré-contratual e a decisão de redução do negócio, como consequência da declaração de nulidade das cláusulas 6.ª e 10.ª do Contrato de 2008, consubstanciam uma decisão surpresa que se traduz na violação do princípio do contraditório, conforme artigo 16.º, alínea c) e artigo 27.º, n.º 1, alínea c) da LAV.
2. Ora, as Recorrentes não tiveram oportunidade de se pronunciar sobre a aplicação do instituto da responsabilidade civil por formação do contrato consagrado no

- artigo 227.º do Código Civil e não podiam cogitar que era intenção da Recorrida obter a condenação das primeiras por alegadas violações de deveres de lealdade e boa-fé (o pedido reconvenicional formulado revela um pedido inequívoco de condenação das Recorrentes por actos de concorrência desleal). De igual modo, as Recorrentes não foram chamadas a pronunciar-se sobre a redução do negócio.
3. Isto posto, e considerando que no presente caso a violação do princípio do contraditório influi na decisão da causa, deverá ser considerada parcialmente nula a decisão proferida pelo Tribunal Arbitral, ao abrigo do disposto na alínea c), do n.º 1, do artigo 27.º da LAV, por violação do princípio do contraditório previsto na alínea c) do artigo 16.º do mesmo diploma legal, conjugado com o n.º 3, do artigo 3.º do CPC e com o artigo 20.º da CRP.

Capítulo V

1. Ainda que considerando não provados (de forma expressa) os montantes pecuniários concretamente peticionados pela Recorrida em sede de Reconvenção (cfr. resposta ao facto 116 da BI, FP CXIX), o Tribunal Arbitral condenou a Recorrente ANF a pagar à Recorrida uma indemnização pelos danos patrimoniais, passado e futuros, resultantes das perdas de receitas da IMS, relegando para liquidação de sentença a quantificação dos prejuízos (cfr. p. 67 da decisão recorrida).
2. Esta decisão enferma de 3 erros distintos: (i) em primeiro lugar o Tribunal não usou devidamente a faculdade concedida pelo artigo 661.º n.º 2 do CPC, na medida em que abriu a porta a que a Recorrida possa vir a peticionar prejuízos que, na prática e por inércia sua, foram considerados não provados; (ii) em segundo lugar, condenou em danos futuros, sem que tenha sido feito qualquer juízo sobre a probabilidade da sua ocorrência (conforme decorria do n.º 2 do artigo 564.º do Código Civil); e finalmente (iii) ainda que as objecções anteriores não procedessem, a decisão do Tribunal é uma condenação vazia, equiparável a um cheque em branco, e como tal ilícita.
3. Face ao exposto, considerando a violação dos artigos 342.º, n.º 1, e 564.º, n.º 2, do Código Civil, e do artigo 661.º, n.º 2, do CPC, deverá a decisão recorrida ser anulada nessa parte ao abrigo da alínea e), do n.º 1 do artigo 27.º da LAV.

Capítulo VI

.....

(Capítulo dedicado à impugnação da matéria de facto.

Por questões metodológicas este tribunal de recurso enunciará as respectivas conclusões em simultâneo com a apreciação da impugnação)

.....

Capítulo VII

1. O abuso de representação voluntária (Artigo 269º do Código Civil) comporta duas grandes modalidades: (i) Primeira modalidade: Actuação do representante,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- embora dentro dos limites formais dos poderes que lhe foram conferidos, conscientemente em sentido contrário às indicações/instruções do representado;
- (ii) Segunda modalidade: Actuação do representante, embora dentro dos limites formais dos poderes que lhe foram conferidos, conscientemente em sentido contrário ao fim da representação:
2. Andou bem o Tribunal ao considerar que não havia abuso de representação na primeira modalidade, uma vez que não foi provada a existência de quaisquer instruções vinculativas internas por parte da Sociedade/órgãos da mesma que limitassem os poderes do gerente, nem ser necessária essa deliberação.
 3. De resto – contrariamente ao que o Tribunal defendeu - o disposto no artigo 260º do CSC determina que fique prejudicada a aplicação relevante do disposto no artigo 269º do Código Civil quanto a esta modalidade do abuso, pelo que em casos de actuação contra instruções da Sociedade, não bastaria sequer que as mesmas fossem conhecidas ou existisse um dever de seu conhecimento pelo terceiro, para que a Sociedade (“representado”) pudesse não ficar vinculada ao negócio.
 4. Quanto à segunda modalidade de abuso de representação (actuação contra os interesses da representação), entendeu o Tribunal estarem preenchidos os respectivos requisitos, bem como ser de aplicar o artigo 269º do Código Civil ao caso, por via analógica ou subsidiária.
 5. Acontece que desde logo não há lugar a aplicação do Artigo 269º do Código Civil ao caso.
 6. A relação jurídica existente entre sociedade e gerente não corresponde, de todo, à relação entre representado e representante (procurador). Não se confundem a representação orgânica nas Sociedades Comerciais e a representação voluntária, motivo pelo qual não são aplicáveis directamente aos gerentes as disposições dos artigos 262.º e segs. do Código Civil, mas antes o disposto no Código das Sociedades Comerciais.
 7. Não há lacuna no regime do CSC. Não é mera a similitude de nomes (representação) ou de fenómenos empíricos que pode ser a base de detecção de lacuna e/ou do preenchimento da mesma através do regime do artigo 269º do CC.
 8. O regime do artigo 260º do CSC, na ponderação dos interesses que efectua considerou de forma mais veemente a necessidade de tutela da segurança do comércio jurídico do que regime de representação voluntária previsto no Código Civil, em termos que não permitem que negócios celebrados por quem tem poderes para vincular a sociedade possam ser atacados com base em dados internos (instruções ou limitações) da sociedade ainda que tais limitações sejam conhecidas por terceiro. Ora tendo sido rejeitada tal aplicação analógica na primeira modalidade, não se compreende porque seria a mesma aplicável na segunda modalidade.
 9. De resto o sistema dispõe de mecanismos capazes de sancionar a actuação

gravosa dos gerentes, com base na aplicação das regras gerais de direito, como sejam os Artigos 334º e 281º do Código Civil, não sendo por isso sequer necessário remeter para qualquer aplicação analógica do regime de representação voluntária. Mas para tanto seria necessário que os respectivos requisitos se verificassem, o que manifestamente não é o caso.

10. Mesmo que se considerasse aplicável, por via subsidiária ou analógica, o regime do artigo 269º ao caso, a verdade é que ainda assim não haveria lugar a qualquer abuso de representação relevante.
11. Desde logo não existe no caso qualquer base para aplicação do regime do abuso de representação, já que o artigo 269º do CC requer a configuração de uma vontade do representado distinta da vontade do representante (directa ou pressuposta), que foi desvirtuada por este e o próprio Tribunal reconheceu que *“no caso não se reconhece qualquer vontade específica do representado”*, o que mostra ela não ter havido, pelo que cai a base de aplicação do abuso de representação ao caso. (cfr. pág. 31 do Acórdão Arbitral).
12. Acresce que as Recorrentes impugnaram as respostas dadas aos factos 5, 7, 21, 60, 73, 87, o que a ser considerado procedente, resultaria de igual forma carecer qualquer fundamento para verificação dos pressupostos do artigo 269º do CC.
13. No entanto, independentemente do resultado dessa impugnação, não foram ainda assim provados os pressupostos de facto que pudessem levar a uma aplicação do artigo 269.º do Código Civil ao caso presente, ainda que o mesmo se considerasse em abstracto aplicável.
14. É entendimento comum que na base do abuso de representação voluntária se encontra a necessidade de prova de actuação consciente contra os interesses do representado e que tal fosse conhecido ou cognoscível por parte do terceiro. Não basta desse modo prova de que um acto é contra os interesses ou sequer um mau acto de gestão.
15. Ora nenhum dos pressupostos que seriam necessários resultaram provados.
16. Antes pelo contrário. Face à factualidade apurada, era patente que, no mínimo, existiam riscos sérios de ser reconhecida violação relevante do Contrato de 2006 pela IMS, que poderia levar a ANF a pôr termo ao mesmo e pedir compensação dos danos daí decorrentes.
17. Carlos Mocho aquando da negociação não podia deixar de estar consciente que ao desenvolver intensivamente a parceria, isso implicaria no futuro, caso o modelo do Contrato de 2006 se mantivesse, a partilha de 50% as receitas derivadas de todo e qualquer produto por si vendido, implicando uma distribuição porventura substancialmente muito superior no futuro do que a substituição de um preço fixo de € 255 que era proposto para a transmissão dos dados.
18. Carlos Mocho era um gerente experiente; não se provou qualquer conluio ou concertação entre o Carlos Mocho e as Recorrentes na celebração do Contrato de 2008; não se provou que Carlos Mocho estivesse eventualmente para ser despedido; Carlos Mocho – durante a negociação de 2008 – propôs valores

inicialmente mais baixos e foram trocadas várias minutas.

19. Assim nada permite concluir que Carlos Mocho se tivesse movido por outros interesses ou sequer que tivesse tido a consciência que a solução que encontrou era objectivamente pior que a alternativa que se lhe colocava, ou sequer que o mesmo tivesse efectuado a negociação sem procurar curar dos interesses da Recorrida, e antes tivesse conscientemente actuado em detrimento desta. Desse modo falha desde logo um dos requisitos do Artigo 269º do CC.
20. Em segundo lugar, em caso de abuso relevante, caberia ainda à Recorrida provar que as Recorrentes (terceiros) sabiam desse comportamento abusivo ou deviam ter o conhecimento do mesmo. Ora, tão pouco tal foi provado, nunca tendo resultado qualquer prova que as Recorrentes tivessem tido consciência que o “representante” actuava contra os interesses da Recorrida ou sequer que, face às alternativas e de acordo com um juízo ponderado, a solução escolhida era incorrecta e lesiva dos interesses da Recorrida.
21. Aliás, ainda hoje não sabem as Recorrentes (nem o Tribunal sabia) sequer quais sejam os impactos do Contrato na Sociedade, porque a Recorrida não trouxe ao processo quaisquer dados económico-financeiros que o permitissem avaliar, nem sequer publica as suas contas, em violação da lei.
22. Sobre cada uma das cláusulas que considerou ineficazes (cláusula 10ª e 6ª) cabe ainda referir o seguinte:
23. Mal andou o Tribunal a quo ao considerar que o relevo das projecções que serviram de base ao contrato de 2006 tinha sido o de um mero pressuposto contratual sem quaisquer efeitos, não gerador de expectativas da parte das Recorrentes, pelo que a consideração jurídica dessas projecções poderia quanto muito valer para efeito de alteração de circunstâncias justificativa da resolução ou modificação do Contrato, mas nunca poderem dar lugar a qualquer mecanismo como o resultante da Cláusula 10ª do Contrato de 2008.
24. É que as projecções em causa não são neutras para os fins do conteúdo do Contrato de 2006. As referidas projecções são, ao invés, geradoras de obrigações de conduta resultantes da boa fé quanto ao cumprimento do *iter* de acções necessárias que tivessem sido pressupostas nas projecções. Ora, provou-se a violação dessas regras de conduta – ou pelo menos riscos muito claros nesse sentido-, o que em si mesmo seria causa suficiente de justificação da cláusula 10ª que servia como transacção sobre a disputa sobre a não consecução das mesmas.
25. O Tribunal considerou o valor de € 255 excessivo e lesivo dos interesses da IMS, tendo reduzido o mesmo a € 150. Para o efeito de consideração do preço acordado de € 255 por farmácia como excessivo o Tribunal atendeu a dois fundamentos e apenas a esses: custo directo da aquisição dos dados para as Recorrentes e aos preços de produtos equivalentes noutros mercados, os quais para além de incorrectamente aferidos são claramente insuficientes para determinação do preço ser excessivo ou de o negocio ser prejudicial.



26. O valor de € 150 fixado pelo Tribunal carece de qualquer sustentação face à prova que consta do processo. Se esse preço não é sustentável, deve decair necessariamente e no todo o direito a considerar tal cláusula improcedente e reduzida com base em abuso de representação por sacrifício dos interesses da Recorrida. Pelo que decairá sempre, e também com tais fundamentos, o direito a considerar a Cláusula 6.^a como celebrada em abuso de representação, pelo que deverá a mesma ser mantida.
27. Salvo o devido respeito, a decisão recorrida violou o disposto no Artigo 260º do CSC e nos Artigos 10º, 262º, 269º e 342º do CC.
28. Como nota final: quando um gerente actua cabe-lhe analisar os riscos das alternativas que se lhe colocam, e optar pela solução que considere mais ajustada (para a tutela dos interesses da Sociedade que gere). Não cabe a uma entidade jurisdicional vir depois - com base numa análise *à posteriori* - atacar aquele acto, declarando que afinal o mesmo foi mau, porque determinado fundamento jurídico não existia. Não pode o Tribunal, muito menos, dizer que é mau por mera comparação com o contrato anterior e dizendo que este sendo mais oneroso é necessariamente mau. Tal poder – que foi afinal o que o Tribunal quis exercer – traduzir-se-ia, a ser aceite, num atentado insuportável à certeza e segurança do comércio jurídico.

Capítulo VIII

1. Tendo em consideração a prova feita em sede de julgamento, o Tribunal Arbitral jamais poderia ter definido o mercado do produto relevante como o “*mercado relativo à comunicação de dados sobre as vendas das farmácias em Portugal*”.
2. Para uma decisão daquela natureza, impunha-se ao Tribunal Arbitral, de acordo com a prática decisória nacional e da União Europeia, recorrer a um teste da elasticidade da procura, de forma a aferir quais os produtos considerados substituíveis pelas empresas activas no mercado de *market intelligence pharma*. Este teste nunca existiu e a conclusão daquele Tribunal é totalmente infundada.
3. De igual modo, o Tribunal Arbitral errou ao considerar que a Recorrente ANF dispunha de uma posição dominante no “*mercado relativo à comunicação de dados sobre as vendas das farmácias em Portugal*”. Com efeito, não existem quaisquer elementos no processo que permitam quantificar a quota de mercado da Recorrente ANF e, de igual modo, nunca se demonstrou que esta pudesse optar por comportamentos independentes face aos seus concorrentes, clientes e consumidores.
4. O Tribunal Arbitral, na sua decisão, desconsiderou o facto de as farmácias serem as detentoras primárias dos seus dados de vendas, de não existir qualquer relação de exclusividade entre a Recorrente ANF e as farmácias suas associadas e, por fim, de outras entidades, entre as quais se inclui a Recorrida IMS, adquirem os dados das vendas directamente das farmácias (algumas delas associadas da Recorrente ANF).

5. Por fim, a decisão do Tribunal Arbitral no que concerne ao abuso de posição dominante da Recorrente ANF pela prática de preços excessivos é manifestamente improcedente, absolutamente injustificada e corresponde a um facto conclusivo.
6. Na aferição da razoabilidade do preço praticado pela Recorrente ANF na venda dos dados das farmácias, o Tribunal Arbitral socorreu-se erradamente do teste fixado pelo *United Brands*, nos termos do qual se impõe averiguar: **a)** se era excessiva a diferença entre o custo de produção e o preço cobrado; e em caso afirmativo, **b)** se o preço seria injusto em si mesmo ou em comparação com produtos concorrentes. Esta averiguação exigia uma prova detalhada que nunca chegou a ser feita e portanto a conclusão relativa à indução dos preços em alta foi grosseira.
7. Todavia, mesmo que se respondesse afirmativamente a todas as questões associadas ao teste do *United Brands*, a decisão do Tribunal Arbitral teria sido incorrectamente adoptada. Efectivamente, os dados recolhidos sobre as vendas das farmácias correspondem a uma base de dados protegida pelo Decreto-Lei n.º 122/2000 e sujeita à tutela dos direitos de autor.
8. Nestes casos, em que estão em causa direitos de propriedade intelectual, o teste associado aos preços excessivos – a aceitar-se um ilícito nestas situações, o que parece contrariar a tendência da doutrina e da jurisprudência – corresponderia à *disponibilidade do comprador para adquirir os produtos* e jamais o “valor económico” do produto.
9. A disponibilidade do comprador revelou-se na altura da assinatura do Acordo de 2008, nas margens de lucro obtidas pela Recorrida IMS pela venda dos estudos de *market intelligence pharma* elaborados com base nos dados das vendas das farmácias e na celebração de um Acordo com a HMR por um preço de €255 farmácia/ mês.
10. Portanto, também quanto ao abuso de posição dominante não assistia qualquer razão ao Tribunal Arbitral para decidir nos termos em que o fez.
11. De qualquer forma, um eventual abuso de posição dominante nunca seria gerador de nulidade, mas simplesmente determinante da aplicação de coima e outras sanções pela autoridade competente. Com efeito, o Artigo 6º da Lei de Concorrência não prevê a sanção da nulidade, não havendo razão, face aos fins específicos daquela norma, para entender tratar-se de lacuna a integrar por remissão para o Código Civil.
12. Salvo o devido respeito, a decisão recorrida violou o Artigo 6º da Lei 18/2003 (Lei da Concorrência) (e o Artigo 102º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia) e o Artigo 280º do Código Civil.

Capítulo IX

Nada há a apontar à decisão do Tribunal no sentido de negar provimento às alegações de (i) inexistência de expectativas dignas de tutela jurídica, (ii) de falta de



função económico-social, (iii) de usura e (iv) de coacção moral e erro.

Capítulo X

1. Não resultou do processo qualquer prova efectiva de factos dos quais pudesse resultar uma quebra de deveres de lealdade negocial por parte da Recorrentes justificadores de responsabilidade pré-contratual a favor da Recorrida.
2. Não foram quebradas quaisquer regras de lealdade ou de boa-fé por parte das Requerentes, não podendo confundir-se a procura da tutela de interesses próprios e recomposição de equilíbrio contratual face à ruptura dos resultados da parceria, com falta de lealdade ou violação de regras de boa-fé.
3. Não existe nenhum dever emergente da boa-fé que determine um dever de não celebração de um negócio porque e apenas o mesmo possa ser desvantajoso para a contraparte, e a parte se aperceba disso ou se devesse aperceber disso. Não sendo o desequilíbrio de prestações, no nosso sistema, causa autónoma de invalidade, não se vê como poderia, via dever de lealdade, criar qualquer dever de não celebração contratual, cuja quebra afinal determinasse um ilícito causador de responsabilidade pré-contratual.
4. De qualquer forma, mesmo admitindo por hipótese qualquer invalidade/ineficácia do Contrato de 2008, não é legítimo aferir que daí resulta um dano associado ao Contrato de 2008 passível de ser indemnizado: Com efeito, se o Contrato, no seu todo, fosse considerado inválido ou ineficaz (o que foi negado pelo Tribunal), o resultado seria que o contrato de 2006 não havia sido revogado, pelo que quaisquer possíveis danos seriam assacáveis ao contrato de 2006; sendo, pelo contrário, o contrato reduzido – conforme o Tribunal determinou – então os danos que pudessem resultar não decorreriam da ineficácia/invalidade em si mesma (já que a redução arcaria era uma vantagem para a Recorrida), mas antes à luz de uma hipotética violação da prestação de transmissão de dados devida ao abrigo do contrato de 2008 por parte das Recorrentes, a qual foi excluída pela Recorrida do objecto do litígio.
5. Em qualquer caso, não haveria no caso responsabilidade pré-contratual a qual, a existir, também estaria desligada dos prejuízos que o Tribunal pretendeu indemnizar.
6. Mesmo que se mantenha o decidido quanto às excepções de abuso de representação e abuso de posição dominante, a verdade é que nem assim teria, em qualquer dos casos, havido uso injustificado da excepção de não cumprimento por parte das Recorrentes (cessação de transmissão de dados). Ora, baseando o Tribunal o direito à indemnização na perda de clientela e/ou outros danos decorrentes da alegada cessação infundada do fornecimento de dados por parte das Recorrentes, se essa cessação afinal tiver fundamento – como no caso sempre aconteceria –, deixa de haver prejuízo indemnizável.
7. A Recorrida recusou-se expressamente a cumprir o Contrato de 2008, não reconhecendo a sua existência e apenas aceitando como existente o Contrato de 2006. Ora a recusa expressa e categórica do devedor em cumprir a sua prestação

é reconhecido como causa de incumprimento definitivo do Contrato, dando desse modo causa e justificação à cessão de fornecimento de dados.

8. Perante a recusa da Recorrida, cabia às Recorrentes o direito a declarar imediatamente o contrato definitivamente incumprido e, desse modo, pôr termo a qualquer prestação. A ser assim, por maioria de razão, estavam preenchidos os pressupostos que justificam a invocação da excepção de não cumprimento por parte das Demandantes. Não tinham de manter o fornecimento de dados ao abrigo do mesmo contrato.
9. Acresce que, com a entrada em vigor do contrato celebrado em 23 de Dezembro de 2008 entre as Recorrentes e a Recorrida, sempre existiu pontual cumprimento pelas Recorrentes e respeitando integralmente a entrega da sua prestação contratual.
10. Por parte da Recorrida, contudo, houve uma recusa do pagamento dos fornecimentos de dados efectuados ao abrigo do Contrato de 2008. Apesar de terem sido emitidas facturas pela transmissão desses dados, as mesmas não foram pagas. À data da suspensão de fornecimento de dados havia facturas vencidas no valor de € 1.193.094,00.
11. Desse modo as Recorrentes podiam sempre opor a excepção de não cumprimento à Recorrida face a tal recusa de prestação. Diga-se, aliás, que mesmo aplicando a redução de preço efectuada pelo Tribunal Arbitral de 255 para 150 euros, continuaria a apresentar-se por justificada a excepção de não cumprimento efectuada pelas Recorrentes.
12. De nada releva a «oferta de pagamento» da Recorrida: As Recorrentes não podiam aceitar a consignação em depósito proposta pela Recorrida, já que nos termos dos art. 841 e ss. do CC, a aceitação da consignação em depósito implicaria o reconhecimento do direito do Consignante, certamente que não poderiam as Recorrentes aceitar um pagamento por conta de um contrato que manifestamente já inexistia e por valores consideravelmente inferiores aos devidos. De resto a mesma era insuficiente face aos valores que o Tribunal considerou devidos.
13. A surpreendente decisão do Tribunal *a quo*, quanto ao pedido reconvenicional elaborado pela Recorrida, falha também e igualmente por desconsiderar toda a actuação e culpa da Recorrida no processo que culminou com a suspensão de fornecimento de dados pelas Recorrentes à Recorrida.
14. A solução de vinculação da Recorrida por apenas um único gerente é responsabilidade única e total da Recorrida, sendo evidência da confiança depositada em Carlos Mocho. No contexto da representação comercial, o risco da má escolha do gerente/representante corre pelo Representado. Outros factos denotam a culpa da Recorrida (via sócios) em toda esta situação.
15. A aceitar a tese do Tribunal Arbitral sobre ilicitude da cessação – o que de todo se concede – não poderia o Tribunal Arbitral ter deixado de lançar mão do instituto da culpa do lesado previsto no art. 570 do CC.

16. Resulta do n.º 2 do art. 570.º que «*Se a responsabilidade se basear numa simples presunção de culpa, a culpa do lesado, na falta de disposição em contrário, exclui o dever de indemnizar.*». Ora, no caso o Tribunal *a quo* estabeleceu a responsabilidade pré-contratual precisamente por presunção de culpa. Não se provou, em qualquer momento, qualquer culpa das Recorrentes, limitando-se o Tribunal, recorrendo a apoio doutrinal, a determinar a culpabilidade das Recorrentes por presunção. O que no todo afastaria a responsabilidade das Recorrentes.
17. Desta forma, violou a decisão recorrida o disposto nos Artigos 428.º, 570.º e 808.º do Código Civil.

Capítulo XI

1. Na sequência do incumprimento do Contrato de 2006 (a parceria) pela Recorrida (*vide* resposta aos factos 17 e 21 da BI com as alterações sugeridas *supra* no capítulo VI correspondente às alterações à matéria de facto, FP XLVI e XLVII), as Recorrentes fizeram notar à Recorrida o seu descontentamento (resposta ao facto 16 da BI, FP XLIII), tendo esta, ciente de que o fracasso da parceria lhe era imputável (cfr. resposta aos factos 15, 17, 18, 21, 29 e 30 da BI, com as alterações sugeridas *supra* no capítulo VI correspondente às alterações à matéria de facto, FP XXXIX, XLVI, XLVII, LVII e LVIII), acedido dar início a negociações com vista à redefinição dos termos do seu relacionamento, conquanto o modelo de *joint-venture* fosse alterado (*vide* respostas aos factos 28 e 29 da BI, FP LV e LVII).
2. Foi então celebrado o Contrato de 2008 no dia 23 de Dezembro de 2008 (*vide* resposta ao facto 37 da BI, FP LXXI), no qual foi fixado em €255,00 o preço de venda de dados por farmácia/mês (cfr. **Doc. n.º 5** das Recorrentes e Cláusula 6.ª do Contrato de 2008), (*vide* resposta aos factos 32 e 33 da BI, com as alterações sugeridas *supra* no capítulo VI correspondente às alterações à matéria de facto, FP LXXIII e LXXIV) e prevista a compensação das Recorrentes pelos valores não recebidos em 2007 e 2008 (Cláusula 10.ª).
3. Na sequência da celebração daquele Contrato, as Recorrentes emitiram as facturas GER-0900001 e GER-0900002, correspondentes aos montantes acordados liquidar no Contrato de 2008 (*vide* resposta ao facto 43 da BI, FP XCIV – €2.291.613,00 referentes ao ano de 2007 e de €2.440.399,24 respeitantes a 2008) e as facturas referentes à facturação de Janeiro, Fevereiro e Março de 2009 (*vide* resposta ao facto 43 da BI, FP XCIV).
4. A Recorrida, no entanto, não procedeu ao pagamento de qualquer das facturas emitidas, tendo-se constituído num primeiro momento em mora, não obstante as insistências das Recorrentes e as trocas de comunicações entre as partes (cfr. **Docs. n.ºs 15 a 24** das Recorrentes).
5. Decorrido o derradeiro prazo de 14.05.2009 para que a Recorrida retomasse o cumprimento do Contrato de 2008 (*vide* FA 26, FP XCV), a situação manteve-se



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

inalterada pelo que em 18.05.2009 as Recorrentes escreveram à Recorrida confirmando a conversão da mora em incumprimento definitivo (cfr. **Doc. n.º 36** das Recorrentes) (*vide* FA 26, FP XCV).

6. Não há dúvidas, portanto, de que a Recorrida se encontra em situação de incumprimento definitivo do Contrato de 2008. Com efeito, não resultando dúvidas de que a Recorrida estava em mora, essa mora converteu-se, a instâncias das Recorrentes, em incumprimento definitivo (*vide* artigos 805.º, n.º 2, 808.º, n.º 1, do Código Civil), tendo as Recorrentes direito a uma indemnização que as coloque na situação em que estariam caso o Contrato houvesse sido pontualmente cumprido pela Recorrida – indemnização pelo dano contratual positivo (*vide* Doc. n.º 35).
7. Deverá, assim, ser declarado definitivamente incumprido, pela Recorrida, Demandada IMS, o Contrato de 2008.
8. Nos termos dos artigos 798.º e 564.º, n.º 1, do Código Civil, tendo a Recorrida incumprido definitivamente o Contrato de 2008 e não tendo operado a resolução, têm as Recorrentes o direito de serem ressarcidas pelo dano contratual positivo, correspondente aos danos emergentes (facturas já vencidas e os correspondentes juros vencidos e vincendos) e, ainda, aos lucros cessantes (correspondentes ao montante que as Recorrentes aufeririam se o Contrato tivesse sido pontualmente cumprido) – *vide* respostas aos factos 43 e 46 da BI, FP XCIV e CXVI, tudo num total de €18.289.745,69 (a que acresce IVA quanto à parcela de €10.801.035,00), acrescido de juros de mora, calculados à taxa aplicável aos créditos detidos por empresas comerciais, presentemente de 8%, até integral e efectivo pagamento.
9. A título meramente subsidiário, mesmo que se reconheça fundamento ao Tribunal Arbitral para declarar inválida/ineficaz a Cláusula 10ª do Contrato e em promover a redução do preço da Cláusula 6ª do Contrato para € 150 , ainda assim deverá em via de recurso condenar-se a Recorrida a pagar às Recorrentes o montante que resultaria do preço reajustado de € 150 até final do prazo do Contrato de 2008, acrescido de juros de mora, calculados à taxa aplicável aos créditos detidos por empresas comerciais, presentemente de 8%, até integral e efectivo pagamento.
10. É que – conforme se expôs aquando da demonstração da falta de fundamento do pedido reconvenicional da Recorrida -, ainda assim o incumprimento definitivo declarado pelas Recorrentes teria sido justificado à luz da recusa de reconhecimento do Contrato de 2008 por parte da Recorrida, pelo que caberia às Recorrentes o direito a serem indemnizadas pelo interesse contratual positivo: dano emergente e lucros cessantes devidos até final do prazo contratual.

Salvo o devido respeito, a decisão recorrida violou as seguintes disposições legais: o artigo 20.º da CRP; o artigo 102.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia; os artigos 1.º, 11.º, 16.º e 21.º, da LAV; os artigos 10.º, 227.º, 238.º, 262.º,

269.º, 280.º, 281.º, 342.º, 428.º, 564.º, 570.º, 798.º, 805.º, 808.º e 841.º e ss. do Código Civil; os artigos 3.º, 264.º, 467.º, 498.º, 513.º, 514.º, 646.º, 661.º e 668.º do CPC; os artigos 260.º, 262.º, 488.º e ss., 493.º e ss. e 498.º e ss. do CSC; e o artigo 6.º da Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003).

Termos em que, deverá o presente recurso ser julgado inteiramente procedente, revogando-se a decisão proferida em 1ª Instância e substituindo-a por outra que, quanto à Reconvenção, absolva as Recorrentes da instância ou do pedido, consoante o caso e, quanto à matéria da acção, que condene a Recorrida a indemnizar as Recorrentes pelos danos emergentes e lucros cessantes sofridos, tal como peticionado na Petição Inicial.

As apelantes procederam à junção de

- Pareceres dos Professores- Vols 12 e 13

- - Lebre Freitas - 4176

- - Menezes Cordeiro - 4246

- - Pinto Monteiro/Pedro Maia -4314

- - Jorge Padilla/Watson/Lorenzo - 4408

- Transcrição de todos os depoimentos

8. A IMS apresentou contra-alegações- vol 14/fls. 5114- onde:

8.1 Apresenta como questão prévia um erro de cálculo (já decidido supra);

81. pugna pela manutenção da decisão de facto e direito;

8.2. ampliação do objecto do recurso, para o caso de se proceder à alteração da decisão arbitral, julgando-se improcedentes as excepções de abuso de representação e de abuso de posição dominante, por indução artificial do preço em alta, pede alteração da decisão de facto no tocante aos pontos 61, 66, 71 e 75 da BI - fls. 5467:

8.2.1. procedência da excepção de usura;

8.2.2. procedência do abuso de representação, decorrente de actuação do representante contra instruções expressas da representada;

8.2.3. procedência do abuso de posição dominante por recusa de fornecimento, com a consequente nulidade do acordo de 2008.

8.3. recurso subordinado, restrito à matéria de direito, pretendendo ver declarada a ineficácia total do contrato 2008 - fls. 5518;

8.4. pede a prestação de caução por parte das recorrentes, em valor não inferior a €14.023.838,00- fls. 5533.

Sendo as suas conclusões as que constam de fls. 5536 e sgs:

2. Questões Arbitrais

1. O CPC não é aplicável à arbitragem em geral e a esta em particular porque as Partes e os Árbitros o excluíram expressamente;

2. A sentença arbitral só é passível de anulação por vício processual se com isso se violar algum princípio do processo equitativo, conforme previsão do artigo 16.º LAV;
3. Para além da violação de algum desses princípios, é necessário ainda demonstrar que houve influência decisiva na resolução do litígio, conforme estipula o artigo 27.º n.º 1 c) LAV.
4. A alegação do vício da incompetência é extemporânea, na medida em que à luz do artigo 27.º n.º 2 e 21.º n.º 3 LAV deveria ter sido alegado na resposta às excepções;
5. Ainda que, por absurdo, se considerasse a alegação oportuna, o certo é que o não há qualquer incompetência do tribunal, pois a convenção e o objecto englobam todos os possíveis vícios do contrato, sejam quais forem as suas consequências, devendo-se, como fez o Tribunal Arbitral, assim interpretar a palavra “invalidade” constante do Acto de Instalação e Regras de Funcionamento do Tribunal Arbitral.
6. Conforme o direito aplicável a esta arbitragem, o momento para deduzir reconvenção é a defesa e não a resposta à carta de instauração do Tribunal Arbitral;
7. O que é necessário nessa carta é alargar o objecto do litígio, o que a Recorrida fez e as Recorrentes aceitaram, para todos os vícios do contrato de 2008;
8. Esse mesmo objecto foi assumido pelas partes no Acto de Instalação que subscreveram, podendo entender-se que foi aqui concretizada a convenção arbitral;
9. Nesse Acto de Instalação, no seu artigo 11.º, é expressamente referida a possibilidade de dedução de reconvenção;
10. Só pode haver vício de incompetência quando o tribunal arbitral decide sobre alguma matéria – assim a incompetência tem de aferir-se face à decisão de condenação das Recorrentes na reconvenção;
11. Tendo o Tribunal Arbitral fundamentado a sua condenação no instituto da responsabilidade civil por culpa na formação do contrato de 2008, engloba a sua decisão, sem margem para dúvidas, no âmbito do objecto do litígio, tal como definido pela cláusula compromissória constante do contrato de 2008, quer ainda conforme o Acto de Instalação do Tribunal Arbitral;
12. Invocam as Recorrentes que o Tribunal Arbitral violou o princípio do dispositivo por ter decidido com fundamento não alegado pela Recorrida.
13. Qual seja a tese que se adopte para definição de causa de pedir, não têm as Recorrentes qualquer razão.
14. Assim, a causa de pedir não se confunde com a qualificação jurídica alegada pela Recorrida, que, de acordo com o princípio iura novit curia, está na inteira disponibilidade do tribunal.
15. Se se entender que a causa de pedir se resume aos factos “naturais” alegados pelas partes, é notório que o Tribunal Arbitral não os extravasou – o tribunal não

- decidiu senão com base nos factos alegados pelas partes que considerou provados.
16. Mas ainda que se entenda que a causa de pedir se reconduz aos factos principais alegados pela Reconvinte, também aqui o Tribunal não excedeu esse limite. Os factos principais do instituto da responsabilidade civil por culpa na formação do contrato são, conforme o artigo 227.º CC, a negociação de um contrato e a violação das regras da boa fé.
 17. O Tribunal não decidiu senão com base nos factos alegados pelas partes que considerou provados.
 18. Mas ainda que se entenda que a causa de pedir se reconduz aos factos principais alegados pela Reconvinte, também aqui o Tribunal não excedeu esse limite. Os factos principais do instituto da responsabilidade civil por culpa na formação do contrato são, conforme do artigo 227º CC, a negociação de um contrato e a violação das regras da boa fé.
 19. Ora, esses factos foram sumamente alegados pela Reconvinte como fundamentos principais quer da sua defesa, quer da sua reconvenção. Não há pois qualquer decisão fora da causa de pedir.
 20. Por último, falta às Recorrentes legitimidade para arguir um vício – a violação do limite da causa de pedir – que só a ela beneficia. Não podem as Recorrentes ser beneficiadas com um (inexistente) vício que visa proteger a Reconvinte porque só a esta cabe definir a causa de pedir.
 21. Não há qualquer violação do princípio do contraditório porquanto, não se aplicando a esta arbitragem as regras do Código de Processo Civil, foram inteiramente cumpridos os dispositivos da LAV e do regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio de Indústria, normativos que consagram plenamente o princípio do contraditório;
 22. As Recorrentes alegaram por escrito e no prazo de 30 dias depois de finda a produção de prova, onde se discutiu exaustivamente o comportamento das Partes na negociação e celebração do contrato (antes, durante e depois). Não é pois admissível que as Recorrentes tenham ficado surpreendidas com a decisão do Tribunal Arbitral;
 23. Mas ainda que se entendesse, o que só por dever de patrocínio se considera, que o Tribunal Arbitral violou o princípio do contraditório, é ainda necessário preencher o requisito da influência decisiva no litígio, conforme estabelece o artigo 27.º n.º1 c) da LAV.
 24. Ora, tal requisito não se preenche na medida em que, sendo o Tribunal constituído por três reconhecidíssimos professores de direito civil, o tema foi amplamente discutido entre eles conforme resulta, aliás, do voto de vencido.
 25. Por outro lado, as Recorrentes não demonstraram, como lhe competia, a verificação deste requisito, limitando-se a uma frase vaga e não aplicável ao caso concreto.

26. De acordo com a doutrina e a jurisprudência dominantes, o tribunal pode condenar em pedido genérico mesmo que tenha deduzido um pedido específico, quando a demandante provou a existência do dano, mas não o seu valor exacto;
27. Ficou provado que a actuação ilícita da Recorrente ANF provocou danos à Recorrida, danos já ocorridos e ainda a ocorrer. É pois correcta a decisão em condenação em pedido ilíquido;
28. Por outro lado, não sendo o Código de Processo Civil aos autos, o eventual vício processual teria de subsumir-se a um dos fundamentos do artigo 27.º LAV, o que as Recorrentes não fizeram. O artigo 661.º não é, aliás, aplicável directamente, quanto muito por analogia.

3. Questões de Facto

As Recorrentes usaram como elementos de prova documentos internos da Recorrida, nomeadamente os docs. CM-1 a CM-7 juntos à Réplica, os docs. 67-A a 69-A juntos com o requerimento, datado de 18.01.2011, e os docs. 74-A a 78-A juntos com o requerimento, datado de 23.01.2011, sem o consentimento da Recorrida, os quais foram facultados às Recorrentes pela testemunha Carlos Mocho (anterior gerente da Recorrida e actual director geral da empresa constituída pelas Recorrentes para concorrer com a Recorrida, a HMR, o único negociador e signatário do Contrato de 2008, da parte da Recorrida), em violação do disposto nas cláusulas 4.ª e 6.ª do Acordo de Cessação do Contrato de Trabalho celebrado entre a Recorrida e Carlos Mocho (doc. 59 junto à Contestação e 49 junto à Resposta à Reconvenção).

Os documentos em questão consubstanciam prova ilícita, por terem sido obtidos em violação da correspondência da Recorrida e, a sua divulgação, consubstanciar uma inadmissível exposição de segredos da Recorrida, pelo que devem ser desconsiderados pelo Tribunal *ad quem*, aquando da reapreciação da prova, por esta ser prova ilegal, que foi admitida por Tribunal Arbitral ter interpretado de forma incorrecta o disposto nos arts. 18.º, n.º 1, da LAV e 30.º, n.º 1, do Regulamento de Arbitragem de 2008, à luz do art. 32.º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa.

.....

[Por questões metodológicas também não se transcreve aqui as conclusões sobre a resposta à impugnação de facto, sendo que a elas nos reportaremos, quando e se se justificar no momento em que se apreciar a impugnação.]

.....

4. Questões Materiais

1. O abuso de representação, previsto no artigo 269.º CC, aplica-se às sociedades comerciais, conforme defende a doutrina que sobre o problema se pronunciou e que é muita.

2. São requisitos de aplicação do abuso de representação: actuação do gerente contra interesse do representado, conhecimento ou dever de conhecimento dessa contradição pelo terceiro. A doutrina tem ainda entendido que é requisito do preceito o conhecimento ou dever de conhecimento do representante dessa contradição.
3. É manifesto que o contrato de 2008 é totalmente contrário aos interesses da Recorrida IMS ao fazê-la assumir uma gigantesca dívida sem qualquer justificação; ao estabelecer um preço ostensivamente excessivo para o produto vendido; ao eliminar a cláusula de exclusividade constante do anterior contrato.
4. É evidente que o representante da Recorrida, o Carlos Mocho, não podia ignorar o impacto fortemente negativo do contrato na actividade comercial da Recorrida a curto, a médio e a longo prazo.
5. É ainda ostensivo que as Recorrentes não podiam ignorar esta contradição dada a longa relação comercial entre ambas e o conhecimento altamente qualificado que os seus Representantes tinham da área de negócio.
6. A criação de uma empresa concorrente pelas Recorrentes, a HMR, e a contratação desse mesmo Carlos Mocho para a dirigir são indícios claros da intenção de causar à Recorrida um rude golpe comercial e prova determinante do conhecimento da realidade negocial do mercado em causa
7. O Tribunal Arbitral agiu assim correctamente ao declarar a ineficácia do contrato por abuso de representação.
8. Quanto à definição de mercado relevante resulta claro que o Tribunal Arbitral fez uma correcta avaliação do mesmo. Neste sentido, o Tribunal considerou que certas áreas de actividade de *pharma market intelligence* carecem de dados relativos às vendas das farmácias, autonomizando a montante o *mercado relativo à recolha de dados sobre as vendas das farmácias em Portugal*. Assim sendo, define-se a jusante deste mercado de recolha e fornecimento de dados, um mercado de elaboração de produtos e serviços de *pharma market intelligence* mais sofisticados e que carecem dos tais dados das farmácias, uma vez que a sua sofisticação não permite que se utilizem aleatoriamente, alternativamente ou indiferentemente dados de outras fontes – aspecto que ficou não só provado pela natureza dos produtos e serviços, como pela a própria realização do teste de aumento de preços.
9. Tal definição de mercado relevante encontra-se correctamente fundamentada pelo Tribunal e tem apoio na prática decisória quer da AdC quer da Comissão Europeia.
10. Relativamente à posição dominante das Recorrentes, há que concluir, como correctamente o fez o Tribunal Arbitral, que estas detêm, efectivamente, posição dominante no mercado a montante do mercado de *pharma market intelligence*, ou seja, na recolha e fornecimento de dados relativos às vendas das farmácias. Tal encontra-se correctamente fundamentando pelo Tribunal Arbitral.

11. Note-se, desde logo, que existem vários critérios para aferir tal posição dominante: quota de mercado, ponderação das barreiras de entrada e expansão no mercado bem como a ausência de poder da procura. Pelo que, o facto de não ter sido aferida exacta quota de mercado das Recorrentes, não invalida de maneira nenhuma a conclusão pela existência da posição dominante das recorrentes. Pelo contrário, todos estes aspectos foram tidos em conta no Parecer Mateus/Ferreira/Morais e a conclusão sobre este aspecto é precisamente a mesma!
12. Aliás, dos elementos disponíveis no processo, é fácil de afinar tal quota de mercado e afirmar, com segurança, que as Recorrentes, no mercado de recolha e fornecimento de dados das farmácias têm uma quota de mercado que ronda percentagens que indicam a existência de uma super-dominância!
13. Neste pressuposto, o Acordo de 2008 sofre de graves ilicitudes de ordem concorrencial e por este motivo deve ser, nesta sede, declarada a respectiva nulidade. Independentemente das questões de validade de cariz civil ou comercial, está-se perante um caso paradigmático de aplicação do comando jurídico de prevalência das regras de concorrência, e conseqüente nulidade do Acordo de 2008 por violação do artigo 4º, *ex vi* artigo 6º da LdC, ou seja por abuso de posição dominante pela prática de preço excessivo e indução artificial em alta de preço.
14. As Recorrentes centralizam a venda de tais dados e impõem às Recorridas o preço de 255 euros por farmácia e por mês na aquisição de tais dados, ao qual acresce alegadas compensações no valor de 5.678.414,69 euros e a obrigação de pagar um número de farmácias que é manifestamente desnecessário para se obter uma amostra estatisticamente relevante.
15. Tal preço não tem a mínima correspondência equitativa com os custos de recolha e transmissão dos dados, nem com o valor económico dos mesmos. Acresce que o preço em causa é várias vezes mais elevado que os preços praticados no resto do mundo, estando, assim, preenchidos os requisitos da jurisprudência estabelecida para o reconhecimento de um preço excessivo.
16. Tal imposição constitui um ilícito continuado, com o seu início no Acordo de 2008, inserindo-se numa estratégia global exclusionária das Recorrentes, dirigindo-se a ocupar a posição da Recorrida e evitando o acesso ao mercado a outros operadores.
17. Tal efeito é conseguido pela posição que as Recorrentes detêm no mercado, e pela influência que têm sobre as suas associadas, através dos seus serviços, designadamente de intermediação financeira, e controlo de sistemas informáticos que são decisivos na recolha e fornecimento de dados. Tal posição é também reforçada pela estrutura altamente verticalizada das Recorrentes, com aspectos de integração horizontal. Sublinhe-se que nenhum destes aspectos foi tido em conta no Parecer da Lexecon, apesar de serem basilares para um rigoroso

- entendimento não só do mercado em causa como da própria natureza das Recorrentes.
18. É notório que, para além do escrutínio dos requisitos técnicos, a constatação do abuso de posição dominante é também intuitiva e muito impressiva. Efectivamente, não se entende por que razão a Recorrida deixaria de fornecer serviços fundamentais aos seus clientes e chegar mesmo a registar uma quebra dramática de número de clientes e serviços se não fosse pela prática das Recorrentes, que simultaneamente entram no mercado através da HMR, capturando os clientes da Recorrida.
 19. Pelo exposto, resulta claro que nos encontramos perante um acordo que consubstancia um abuso de posição dominante no mercado de produto e geográfico em causa. Aliás, não é objectivamente explicável a troca do Acordo de 2006 pelo de 2008, não fora precisamente pelo forte ascendente de um dos contratantes (dominância absoluta *i.e.* posição dominante no mercado) que se manifestou na conduta abusiva do mesmo.
 20. É, pois, clara a nulidade do acordo com base na aplicação das normas jusconcorrenciais aqui em causa, artigo 6º da LdC. Nulidade que, no caso de aplicação do artigo 6º da LdC e 102º do TFUE, se pode aferir de várias disposições do Código Civil, desde logo dos artigos 280º n.º 1 e 2 e 294º.
 21. Acresce que o ilícito em causa se materializa pelo simples facto de a conduta das Recorridas ter por objecto *impedir, falsear ou restringir a concorrência*, não sendo necessário que se verifiquem esses efeitos, muito embora, no caso concreto, esses efeitos sejam manifestos.
 22. Por outro lado, resulta da análise levada a cabo pela Recorrida, e com maior detalhe económico no Parecer Mateus/Ferreira/Morais, que a análise feita no parecer da Lexecon é totalmente desadequada, designadamente ignorando totalmente pressupostos essenciais da realidade portuguesa – a ANF e o seu poder na saúde, em particular nas farmácias, é uma realidade que não tem paralelo em país nenhum do mundo. Ademais, o parecer de Lexecon apresenta sérias contradições com as posições doutrinárias assumidas na bibliografia do principal autor – Jorge Padilla, razões pelas quais deve ser desconsiderado por esse Tribunal.
 23. O Contrato de 2008 padece de múltiplas invalidades - decorrentes do abuso de representação contra os interesses do representado, do abuso de posição dominante, por preço excessivo e indução artificial de alta do preço (artigo 6.º da Lei da Concorrência), da usura, do acordo ilícito, por recusa de fornecimento, do preço excessivo e indução em alta do preço *per si*, do abuso de posição dominante, por recusa de acesso a uma infra-estrutura essencial (artigo 4.º da Lei da Concorrência) - e, nessa justa medida, não é apto a constituir as Recorrentes no direito ao pagamento das prestações aí estipuladas, como a contrapartida mensal do fornecimento de dados, ou da compensação pelos valores que as Recorrentes entendem que deveriam ter recebido nos anos de 2007 e 2008, nem

- no direito a uma indemnização que as coloque na situação que estaria se o Contrato de 2008 tivesse sido cumprido.
24. Assim e atenta a invalidade/ineficácia do Contrato de 2008, não se encontram preenchidos dois dos pressupostos de que depende o art. 798.º do CC faz depender a assunção de responsabilidade obrigacional (cfr. Parecer do Engrácia Antunes), a ilicitude e a culpa.
25. Porém e sem conceder na inexistência de responsabilidade contratual, mais se dirá que o pedido de indemnização pelo dano contratual positivo, deduzido pelas Recorrentes, ao abrigo do Acordo de 2008, que abrange as facturas emitidas ao abrigo do Acordo de 2008 (€ 7.488.710,69) e o valor que as Recorridas estimam que iriam auferir se o contrato fosse pontualmente cumprido (€ 10.801.035,00), não é devido.
26. Na justa medida em que pela carta, datada de 18.05.2009, o que as Recorrentes pretendiam, atenta a cessação, sem possibilidade de retoma, de fornecimento, e a constituição de uma sociedade concorrente, com intuito rentabilizar os dados anteriormente fornecidos à Recorrida, era, decorrido o prazo admonitório, sem que a Recorrida tivesse efectuado o pagamento das facturas vencidas resolver o Contrato de 2008 e não tornar definitivo o (pretenso) incumprimento temporário das obrigações decorrentes do mesmo (arts. art. 217.º, n.º 1, 798.º, 801.º e 808.º, n.º 1, do CC) (*Vide* Parecer Pedro Romano Martinez).
27. Sendo que, de acordo com a doutrina tradicional, perfilhada pela nossa doutrina e jurisprudência maioritárias, optando a parte pela resolução do contrato, por oposição à manutenção do contrato, o direito de indemnização fica limitado ao interesse contratual negativo – situação que o (suposto) lesado teria se o contrato não tivesse sequer sido celebrado, o que não foi peticionado nos presentes autos – o que não foi peticionado na presente lide (*Vide*, a título meramente exemplificativo, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 21/03/2006, com o n.º de processo 06A329, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 05/07/2006, com o n.º de processo 0633469, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 02/12/2004, com o n.º de processo 0436220, todos disponíveis para consulta em www.dgsi.pt).
28. No entanto, ainda que não perfilhe a doutrina tradicional, admitindo a conjugação da resolução com a indemnização pelo dano contratual positivo, abrangendo, este último, as prestações que seriam devidas até final do contrato, sempre se admitirá que a constituição da obrigação de indemnização nestes moldes estaria dependente do cumprimento pelas Recorrentes da sua prestação – o que as Recorrentes não se oferecem, nem podiam oferecer, para fazer.
29. Deste modo, a conceder-se na indemnização pelo interesse contratual positivo, o que importaria seria apurar quais os danos sofridos pela Recorrida ANF, pelo que, considerando que as Recorrentes suspenderam o fornecimento de dados, com efeitos a partir de 31.03.2009, só teriam direito a ser indemnizadas, por forma a ficarem na situação patrimonial em que estariam se a Recorrida tivesse

- cumprido a prestação até esse momento (31.03.2009). Sendo que, a este valor teriam, em todo o caso, que ser descontadas as vantagens obtidas pela Recorrente em resultado da suspensão de fornecimento.
30. O lucro cessante não seria, assim, devido, porque haveria *venire contra factum proprium* por parte das Recorrentes, ao recusarem a sua contra-prestação e exigirem uma indemnização pelo lucro esperado se o contrato tivesse sido integralmente cumprido (Veja-se a este propósito Pedro Romano Martinez).
31. Do mesmo modo se dirá, por cautela de patrocínio, que, ainda que se entendesse que o que as Recorrentes pretendiam – no que não se concede – era tão-somente declarar o incumprimento definitivo do contrato, optando pela sua manutenção e por peticionar uma indemnização pelos danos sofridos, as Recorrentes, na justa medida em que haviam optado pela manutenção do contrato, no que aos lucros cessantes diz respeito, só teriam direito à indemnização pelo dano contratual positivo caso se tivesse prestado as suas prestações até final do contrato, o que não sucedeu e não poderá vir a suceder, uma vez que a recolha de dados posteriores a Abril de 2009 ficou inviabilizada.
32. Sendo este argumento extensível ao **pedido subsidiário** – e, subsequentemente, não admissível, que as Recorridas vêm deduzir nas suas alegações de recurso, já concedendo que o Tribunal Arbitral teve razão ao declarar inválida/ineficaz a cláusula 10.^a do Contrato de 2008 e em promover a redução do preço da cláusula 6.^a do Contrato de 2008 para € 150,00 - de condenação da Recorrida no montante que resultaria do preço reajustado de € 150,00, até final do Contrato de 2008, acrescido de juros de mora (*Vide* Parecer Engrácia Antunes).
33. Termos em que, deverá manter-se o Acórdão proferido, no que há inexistência de direito a indemnização diz respeito, por não se verificarem os pressupostos da responsabilidade contratual, ou, caso assim não se entenda, o que apenas por cautela de patrocínio se admite, considerar-se que a indemnização das Recorrentes, seja pelo dano contratual negativo ou pelo dano contratual positivo, não é devida.
34. A Recorrida considera que estão preenchidos os pressupostos da responsabilidade pré-contratual, efectivamente, resulta do art. 227.^o do CC, que no processo de formação dos contratos devem as partes agir de acordo com as regras da boa fé, no sentido objectivo, enquanto regras de conduta socialmente correcta, sob pena de responder pelos danos que culposamente causarem à contraparte.
35. A responsabilidade abrange: i) a fase negociatória, que decorre desde o princípio das negociações até à emissão da proposta contratual, e ii) a fase decisória, que decorre desde a emissão da proposta contratual até à conclusão do contrato, com a aceitação, podendo aplicar-se a todo e qualquer contrato.
36. Bem andou, o Tribunal ao considerar que a culpa in contrahendo (tal como aceite pela lei portuguesa) acarreta responsabilidade obrigacional, por violação de deveres específicos de comportamento baseados na boa fé, implica que,



- demonstrada a violação, se presume a culpa da parte faltosa, neste caso da Recorrida, nos termos do art. 799.º/1 do CC.
37. Efectivamente, é decisivo, em qualquer caso, que uma das partes no contrato tenha causado danos à outra parte em consequência de um comportamento na formação do contrato contrário aos deveres de boa fé, porquanto, o que resultou nulidade e ineficácia, envolvem, todos eles, abuso: i) abuso da posição dominante por parte do contraente ANF e ii) abuso de representação pelo gerente da IMS, com conhecimento e vantagem da ANF.
38. As Recorrentes violaram o dever de lealdade, porquanto quem exerce abusivamente o seu poder e por ser também desleal, para com a representada, o aproveitamento do abuso do representante, contribuindo para a celebração de um acordo que se sabe ser contrário aos interesses da representada.
39. Ora, a deslealdade das Recorrentes revela-se em função da confiança gerada pelas relações contratuais anteriores com objecto semelhante, iniciadas há cerca de 20 anos (veja-se o FP XX) e continuadas pelos contratos de 2003 (FP XXI) e de 2006 (FP XXVI), no âmbito dos quais a IMS realizou investimentos empresariais em serviços destinados à recolha de dados relativos às vendas nas farmácias portuguesas (FP XIX e CXIII).
40. A deslealdade das Recorrentes revê-la, ainda, com a alegada invocação abusiva da excepção de incumprimento: i) as Recorrentes suspenderam o envio de quaisquer dados à Recorrida a partir de 31 de Março de 2009 (veja-se o FP LXXXVII, última parte, e FP XCII, 2.ª parte); ii) a suspensão foi confirmada por ambas as partes em cartas circulares enviadas em Abril e Maio do mesmo ano (FP XCVI, XCVII e XCVIII); iii) as Recorrentes recusaram receber o pagamento dos dados fornecidos à Recorrida invocando que tal pagamento não correspondia aos valores devidos segundo o contrato de 2008 (FP XCIX); iv) em 02 de Junho de 2009, a Recorrida apresentou no Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa um processo especial de consignação em depósito contra a Recorrente ANF, no âmbito do qual consignou o montante de €622.596,06 (FP C), v) ora, as Recorrentes ao decidirem pela suspensão do envio de dados não tinha justificação lícita.
41. O pretendo incumprimento por parte da Recorrida decorria de cláusulas nulas e ineficazes em relação esta, cuja inobservância não poderia fundamentar a invocada excepção de incumprimento. Assim, a suspensão dos dados das farmácias pelas Recorrentes importou a perda de clientela de que resultaram, e é possível que resultem no futuro, perdas de receitas, das quais, por sua vez, resultaram, e podem resultar, prejuízos para a Demandada (FP CXIX).
42. Estão assim reunidos os pressupostos da responsabilidade civil por culpa na formação dos contratos (artigo 227.º do Código Civil): o facto ilícito (violação do dever de lealdade, que provocou nulidade e ineficácia parcial do contrato); a culpa, que se presume e é inerente à deslealdade; o dano, por perda de clientela.



43. A nulidade e a ineficácia que determinam a falta de justificação para a suspensão do envio de dados, que causou a perda de clientela (dano), importa que o nexo de causalidade encontra-se preenchido entre o facto ilícito e o dano.
44. As Recorrentes e Recorrida mantinham relações comerciais há mais de vinte anos e, não obstante, em vez de agirem com a lealdade própria da longevidade dos negócios, a Recorrida não considera ser – nem o Tribunal Arbitral considerou – normal a celebração de um contrato em que só os seus interesses das Recorrentes relevam, dizendo mesmo à contraparte, como disse o legal representante das Recorrentes:
45. “(...) *JOÃO CORDEIRO - Foi resolvida numa conversa rápida e violenta (...)*”
46. A Recorrida considera injustificada a suspensão de fornecimento de dados por parte das Recorrentes – tal como o Tribunal Arbitral considerou – porquanto ocorreu em reacção à recusa de reconhecimento e cumprimento do Contrato de 2008 por parte da Recorrida.
47. As Recorrentes pretendem esconder aquilo que é o seu próprio incumprimento contratual, ou seja, a suspensão do envio de dados à Recorrida não tinha justificação lícita, porque as Recorrentes queriam usar um pretenso incumprimento por parte da Recorrida (que decorria de cláusulas nulas e ineficazes e cuja inobservância não poderia fundamentar a invocada excepção de incumprimento).
48. A Recorrida sofreu grandes prejuízos por força da suspensão, nomeadamente, perda de clientela de que resultaram, bem como, é possível que resultem no futuro, perdas de receitas, das quais, por sua vez, resultaram, e podem resultar, prejuízos para a Recorrida (veja-se o FP CXIX).
49. O Tribunal Arbitral – e bem – considerou que existiu por parte das Recorrentes uma invocação abusiva da excepção de incumprimento, fundamentando-se nos seguintes factos: i) as Demandantes suspenderam o envio de quaisquer dados à Demandada a partir de 31 de Março de 2009 (FP LXXXVII, última parte, e FP XCII, 2.^a parte); ii) esta suspensão foi confirmada por ambas as partes em cartas circulares enviadas em Abril e Maio do mesmo ano (FP XCVI, XCVII e XCVIII); iii) as Demandantes recusaram receber o pagamento dos dados fornecidos à Demandada invocando que tal pagamento não correspondia aos valores devidos segundo o contrato de 2008 (FP XCIX); iv) em 2 de Junho de 2009, a Demandada apresentou no Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa um processo especial de consignação em depósito contra a Demandante ANF, no âmbito do qual consignou o montante de €622.596,06 (FP C); v) as Recorrentes tinham em mente criar uma concorrente à Recorrida, mas tinham alguma dificuldade em implementá-la, fosse por falta de experiência, de *know-how* e a visibilidade da Recorrida no mercado.
50. Não se mostra qualquer incumprimento definitivo do contrato por parte da Requerida, porquanto verificada que está, pelo Tribunal Arbitral, a nulidade da cláusula que fixou o preço dos dados e a ineficácia da que impunha o pagamento

de compensações, não estão reunidas as condições que permitissem às Recorrentes beneficiar do disposto no art. 808.º, n.º1 do CC, até porque a Recorrida quis pagar o preço justo e tal não foi possível porque as Recorrentes não aceitaram.

51. A Recorrida considera que não se pode sequer falar em mora, na medida em que só com a sentença foi fixado um valor ajustado da prestação (art. 805º, n.º 3, do CC), pelo que a suspensão de fornecimento de dados pelas Recorrentes à aqui Recorrida é abusiva e assim, são as Recorrentes que se encontram numa situação de incumprimento contratual com a Recorrida.
52. A recusa de fornecimento das Recorrentes, nos termos da lei da Concorrência art.º 4 n.º 1 f) e 6º n.º 3 a), e determina um ilícito da concorrência *“recusar, directamente ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços”* manifestou-se de forma indirecta: i) preço excessivo de 255 euros mensais por farmácia, e, ii) pagamento de compensações de 5.678.414,69 euros.
53. As Recorrentes não alegaram nem provaram factos para demonstrar a culpa da Recorrida e que preenchessem os pressupostos da responsabilidade civil, o que não fizeram (art. 572.º do CC).
54. Não se vislumbra qual o comportamento culposo imputável à Recorrida pela simples contratação e confiança depositada no seu gerente (algo que as Recorrentes, através da HMR vieram a fazer, sem bem que sem lhe conferir poderes para as vincular, mas nisso tiveram a vantagem de vê-lo não merecer confiança).
55. As Recorrentes não alegaram e conseqüentemente não provaram factos que revelem a culpa do lesado (Recorrida IMS), de igual modo, não alegaram ou provaram a culpa da Recorrida na perda da sua própria clientela (dano sofrido pela Recorrida). De igual modo, não resultou demonstrado ou provado que o comportamento da Recorrida tenha contribuído ou provocado um agravamento do dano (perda de clientela) já produzido.
56. Ainda que existisse algum comportamento culposo da Recorrida, no que não se concede, não se verifica preenchido o nexo de causalidade entre o facto culposo e o dano, pelo que falece a pretensão das Recorrentes (n.º 1, do art. 570.º, do CC).

5. **Ampliação do Recurso**

1. Caso deste Venerando Tribunal venha a alterar a Douta Sentença do Tribunal Arbitral, julgando improcedentes as excepção de abuso de representação e de abuso de posição dominante, por indução artificial do preço em alta, o que apenas por dever de patrocínio de pondera, deverá então, analisar a excepção de usura que a Recorrida em tempo deduziu.
2. Por outro lado, o Tribunal Arbitral veio a condenar a Recorrida a pagar às Recorrentes a quantia de € 896.400,00, valor que considerou devido para

- pagamento dos dados das farmácias, referente aos meses de Janeiro a Março de 2011. A Recorrida considera que deverá este Venerando Tribunal alterar a decisão do Tribunal a quo e, em consequência, julgar procedente por provada a excepção de negócio usurário, nos termos dos artigos 282.º e seguintes do Código Civil, absolvendo a Recorrida da totalidade do pedido.
3. A factualidade essencial ao conhecimento da excepção de negócio usurário é a vertida nos artigos 61, 66, 71 e 75 BI, cuja resposta deverá ser alterada neste recurso para: i) Facto 61.º - Provado apenas que sabiam que Carlos Mocho precisava de autorização internacional; ii) Facto 66.º - Provado; iii) Facto 71.º - Provado, e iv) Facto 75.º - Provado apenas que o acordo de 2008 geraria para a Recorrida uma margem operacional negativa.
 4. A Recorrida considera que se mostra provado a manifesta existência de conluio (apesar deste não é requisito essencial para a verificação da usura) e nessa medida considera que quanto ao facto 61, o mesmo deveria ter sido como provado que as Recorrentes sabiam que a testemunha Carlos Mocho tinha de pedir autorização à estrutura internacional antes de assinar o contrato, tal conclusão, resulta do depoimento de João Cordeiro.
 5. Quanto ao facto 66, a Recorrida considera que se mostra integralmente provado a existência de conluio entre a Recorrente ANF e a testemunha Carlos Mocho e que esta resulta de: i) a Recorrente ANF ter aceite pagar facturas emitidas pela Recorrida IMS que não reconhecia e depois incluir na compensação prevista no contrato esse mesmo valor (e cuja cobrança estava a ser reclamada pela estrutura internacional da Recorrida IMS à testemunha Carlos Mocho.); ii) não é coincidência o facto de a testemunha Carlos Mocho ter sido contratado poucos meses depois pela HMR com um salário muito superior ao que naquele momento estava a auferir na Recorrida IMS; iii) recurso como provado este quesito por presunção judicial, nos termos dos artigos 349º e 351º do CC (atente-se nos factos provados LX, LXXV, CX, CVI).
 6. Quanto ao facto 71, a Recorrida considera que o Tribunal Arbitral deveria ter dado como provado, face à prova testemunhal produzida e na medida em que, em que o doc. 68 junto com a petição inicial, mais não é do que um e-mail de cortesia, uma praxe usual numa multinacional. Acresce que o e-mail é datado de 27.01.2009, sendo que a IMS internacional, bem como, a equipa em Lisboa só teve conhecimento da existência do acordo de 2008 no dia 09.02.2008.
 7. No que concerne ao artigo n.º 75, é efectivamente evidente que o Acordo de 2008 geraria para a Demandada uma margem operacional negativa, tal resulta evidente, da contabilização dos retroactivos (Cl.ª 10.ª do Contrato de 2008) e o preço (Cl.ª 6.ª do Contrato de 2008), factos provados, permitem concluir - sem margem para dúvidas - que originariam uma margem operacional negativa.
 8. A procedência da alteração da matéria de facto nos termos demonstrados e requeridos, quanto aos factos vertidos nos artigos 61.º, 66.º, 71.º e 75.º, permite a subsunção dos mesmos à usura e, em consequência, a este Venerando Tribunal

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- declarar a anulabilidade do Acordo de 2008, por usurário, nos termos do disposto nos artigos 282.º, 283.º, 287.º, 289.º e 292.º do CC. Caso assim não se entenda, no que não se concede, mas que apenas se admite por mera cautela de patrocínio, sempre se dirá que serão anuláveis, por usurárias, pelo menos, as Cláusulas 6ª (Preço) e 10ª (Pagamento de diferenciais) do Acordo de 2008.
9. O negócio usurário é caracterizado pelo seu vício, ou seja, é a usura, que lhe retira a jurisdição. Resulta da prova produzida (testemunhal e documental), em especial das declarações do legal representante da Recorrente ANF, João Cordeiro, que as Recorrentes exploraram uma situação de inferioridade e necessidade da Recorrida - estar representada pelo Gerente que à data procurava apenas e já assegurar um novo local de trabalho e melhor remuneração - obtendo, para si, a concessão de benefícios excessivos e injustificados, conforme matéria de facto provada (FP LXXVII, LXXVIII e LXXIX).
 10. Ficou demonstrado que o representante da Recorrida, embora com poderes formais, não tinha poderes, de acordo com as regras da Recorrida para celebrar o negócio objecto do presente litígio.
 11. Tal resulta inequivocamente dos meios de prova apresentados para prova dos factos, designadamente da "*Policy on Data Costs*", junta aos autos como doc. 54 da Contestação e Reconvenção.
 12. A limitação formal existia - está demonstrado. Está ainda demonstrado que as Recorrentes conheciam esta limitação inerente à estrutura societária do grupo em que a IMS se inseria internacionalmente. Não é, pois, correcto dizer que não há, com este fundamento abuso de representação. Pelo contrário, deve decidir-se que o representante actuou contra instruções expressas da representada, instruções do conhecimento do terceiro, declarando, em consequência, a ineficácia do contrato.
 13. Face à recusa de fornecimento, enquanto abuso de posição dominante, o Tribunal Arbitral considerou que o momento da recusa de fornecimento aqui em causa se verificou aquando da suspensão efectiva da transmissão de dados à Recorrida. Porém, tal recusa verificou-se também, desde logo, no momento da assinatura do Acordo de 2008. Como se indicou, a recusa de fornecimento pode manifestar-se de forma indirecta, ou seja, implicitamente. Neste sentido, o preço excessivo de 255 euros mensais por farmácia, a pagar pela Recorrida às Recorrentes, ao qual acresce a imposição de pagamento de compensações de 5.678.414,69 euros (que ainda muito mais aumentam um preço já de si absurdamente excessivo) consubstancia, na prática, uma recusa de fornecimento. A suspensão de fornecimento de dados operada em Abril pelas Recorrentes, não é mais do que uma expressão da sua conduta continuada.
 14. Acresce que o Acordo de 2008 é igualmente anticoncorrencial nos termos do art. 4º da LdC e do art. 101 do TFUE.
 15. Nas relações subsumíveis no artigo 4º da LdC, não é efectivamente necessário que as empresas partes nos acordos sejam todas elas infractoras. A exigência de

qualificação como infractoras de todas as partes nos acordos, levaria à desprotecção da concorrência em múltiplas situações. Ou seja, independentemente de qualquer consideração sobre a qualidade de “infractor” as cláusulas são nulas pelo seu objecto ou efeito.

16. Assim, em termos de ilícitos de concorrência, os factos em questão no presente litígio são ainda claramente subsumíveis ao nº 1 do artigo 4º *per se*, ou seja, independentemente da demonstração de existência de posição dominante das Recorrentes.
17. As condutas no caso em apreço integram as práticas proibidas enumeradas nas alíneas a) e f), a saber: (i) preço excessivo; (ii) indução artificial de alta de preço; e (iii) recusa de fornecimento.
18. Da mesma forma, por terem sido suficientemente ilustradas as consequências de tais condutas, atenta a similitude dos seus requisitos por referência ao art. 6º que remete para o art. 4º da LdC, entende-se que as mesmas não só têm por objecto, como também efeito, *impedir, falsear e restringir* a concorrência no mercado em causa.
19. Neste sentido, o Acordo de 2008 em análise deve ser considerado nulo por: (i) abuso de posição dominante, na forma de recusa de fornecimento (art. 6º LdC com expressa remissão para o 4º da mesma lei); violação do nº 2 do artigo 4º da LdC; e (ii) subsidiariamente, declaradas nulas as cláusulas respeitantes aos ilícitos em causa.

6. **Recurso Subordinado**

1. Mais uma vez, e sem conceder, vieram as Recorrentes pugnar pela alteração – substancial – da matéria dada como provada, e em consequência, requerem que o acórdão seja alterado no sentido de ser julgada a improcedência das excepções de abuso de representação e de posição dominante.
2. A Recorrida considera que, face ao recurso interposto agora interposto pelas Recorrentes, o Douto Acórdão não merece qualquer censura quanto à apreciação efectuada à matéria de facto.
3. No entanto, a Recorrida considera que o Tribunal poderia ter lançado mão – *aquando da aplicação do direito aos factos – da figura da ineficácia total do Contrato de 2008.*
4. O que justifica a interposição do presente recurso subordinado pela Recorrida, nos termos do art. 682.º do CPC.
5. Ao aplicar a ineficácia parcial ao Contrato de 2008 e proceder à redução do preço (no caso em concreto a cláusula 6.ª, por esta ser – *em si* – essencial à economia do Contrato), o Tribunal não aplicou correctamente a consequência jurídica que advém do abuso de representação contra os interesses da Recorrida.

6. Assim, a Recorrida considera que a solução jurídica mais ajustada ao caso em concreto seria aquela que se encontra estatuída como sanção nos arts. 268.º e 269.º do CC para os negócios que sejam celebrados em abuso de representação.
7. Em si, todo o negócio ficaria abrangido pela ineficácia jurídica, e em consequência, a própria cláusula revogatória do Acordo de 2006 seria dada como ineficaz, o que apenas importaria para a Recorrida o pagamento dos dados recebidos no primeiro trimestre de 2009, cujo montante já havia sido consignado em depósito, o que libertaria a Recorrida da sua obrigação de pagamento, sem o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa.
8. Até porque, o regime do art. 268.º do CC, não permite a ratificação parcial de negócios representativos ineficazes.
9. A ser declarada a ineficácia total do Contrato de 2008 – o que se espera que V. Exas. Doutamente farão – deveria a Recorrida ser absolvida do pedido na totalidade, nos termos do art. 467.º e 498.º do CPC, por faltar às Recorrentes a causa de pedir.

7. Prestação de Caução

A Requerente não está garantida por hipoteca, não quer executar provisoriamente a Sentença do Tribunal *a quo* pelo que requer ao abrigo do disposto no art. 693.º, n.º 2, do CPC, que as Recorrentes prestem caução idónea, pelo montante mínimo de €14.023.838,00.

Termos em que, com o douto suprimento de V. Ex.ªs,

a) deve o Recurso ser indeferido *in totum*, pela verificação de alguma das exceções alegadas ou sempre por improcedente, de facto e de direito, confirmando-se inteiramente a Douta Sentença do Tribunal Arbitral *a quo*, ou, apenas para o caso de V. Ex.ªs considerarem verificados alguns dos vícios apontados pelas Recorrentes à Douta Sentença do Tribunal *a quo*.

b) deve o recurso ser ampliado, nos termos do artigo 684º-A, do CPC, com os fundamentos expostos, absolvendo-se a ora Recorrida inteiramente dos pedidos, e, em consequência, julgar procedentes por provadas as exceções: (i) de usura; (ii) de abuso de posição dominante por recusa de fornecimento e (iii) de anti-concorrencialidade do acordo ao abrigo do art. 4º da LdC, por preço excessivo, indução artificial em alta de preço e recusa de fornecimento, imputadas ao Contrato de 2008;
ainda,

c) deve ser julgado procedente o recurso subordinado da Recorrida e revogada a Douta Sentença Arbitral na parte em que condenou a Recorrida a pagar às recorrentes com base no Contrato de 2008.

Procedeu à junção de

- Pareceres dos Professores – vol. 15 e 16 -:

-- Roman Martinez

--Paz Ferreira/ Morais/ Mateus

- -Ribeiro Mendes



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- -Engrácia Antunes –

-Transcrição de depoimentos que haviam sido prestados em língua inglesa, com a respectiva tradução.

9. ANF/FARM apresentaram articulado denominado “Resposta à Ampliação do Objecto do Recurso, Ampliação do Objecto do seu Recurso” com vista a alteração das respostas aos arts.º 76.º e 78.º - vol 17/fls. 6214 e juntaram documentação em dois momentos distintos - (ampliação e documentos não admitidos por despacho da relatora proferido nestes autos de recurso).

9.1. Defendem que o Tribunal de recurso não tem competência para apreciar a questão do abuso de posição dominante, por recusa de fornecimento, decorrente do facto do objecto deste litígio se circunscrever à validade ou invalidade do Acordo celebrado em 23.12.2008 e não, propriamente, às questões jus-concorrenciais.

9.2 para o caso de assim se não entender, defendem que não se verificam os pressupostos necessários para se considerar ter existido um abuso de posição dominante por recusa de fornecimento, nos termos e para os efeitos da alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º por remissão expressa da alínea a) do n.º 3 do artigo 6.º da Lei da Concorrência.

9.3 Reenvio prejudicial

A propósito da “posição dominante” e da definição “mercado relevante” defendem as demandantes que o Tribunal *a quo* violou o artigo 6.º da Lei da Concorrência, por ter desrespeitada as directrizes estabelecidas na *Comunicação relativa à definição do mercado relevante*.

Para o caso este tribunal de recurso ter dúvidas quanto às mencionadas violações do artigo 6.º da Lei da Concorrência pelo Tribunal *a quo*, por desrespeito das orientações estabelecidas na *Comunicação relativa à definição do mercado relevante*, as Recorrentes requerem que se proceda ao reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia, nos termos e para os efeitos do artigo 267.º do TFUE, através da formulação das seguintes perguntas:

1. “Na aplicação do artigo 102.º do TFUE e do correspondente artigo 6.º da Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho no ordenamento jurídico português, onde se prevê o ilícito de abuso de posição dominante, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência e os respectivos tribunais com competência para aplicar aquela legislação, quando procedem à definição do mercado relevante, estão obrigados a efectuar um exercício em que se formula uma hipótese de uma pequena variação duradoura dos preços relativos (em torno dos 5 a 10%) de modo a perceber se os clientes das partes transfeririam rapidamente a sua procura para os produtos de substituição disponíveis, tal como previsto na *Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, JOUE C

45/02, de 24.02.2009?

2. *Na aplicação do artigo 102.º do TFUE e do correspondente artigo 6.º da Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho no ordenamento jurídico português, onde se prevê o ilícito de abuso de posição dominante, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência e os respectivos tribunais com competência para aplicar aquela legislação são obrigados a aferir a dimensão total do mercado e a apurar as quotas de mercado das empresas alegadamente infractoras tal como previsto na Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, JOUE C 45/02, de 24.02.2009?”*

10. A IMS responde, pugnando pelo indeferimento da ampliação, por legalmente inadmissível e pela não admissão dos documentos ;

- contra-alega a referida “ampliação”;

11. As demandantes apresentam contra-alegações ao recurso subordinado onde, além do mais, invocam a extemporaneidade do recurso subordinado, por versar apenas matéria de direito factu e ter sido interposto fora do prazo dos 30 dias, pugnando pela sua rejeição.

Juntam Relatório -fls. 6449-, denominado «Observações sobre o “Parecer” dos professores Abel Mateus, Eduardo Paz Ferreira e Luís morais»

12. IMS responde, pedindo a não admissão do Relatório supra e o seu desentranhamento, defendendo que os pareceres apenas podem ser juntos com as alegações de recurso e/ou contra-alegações e não em momento posterior, por aplicação conjugada dos arts.º 525.º e 693.ºB do CPC, invocando também a violação dos princípios da igualdade e do contraditório.

ANF responde, defendendo que é de admitir a junção do Parecer, dado que foi apresentado com as suas Contra-alegações ao Recurso Subordinado.

13. Foi, pela aqui relatora, proferido despacho que admitiu a junção do Parecer e não admitiu nem a junção dos documentos, nem a ampliação do objecto do recurso, apresentado pelas demandantes.

14. Relativamente ao recurso de apelação interposto pelas demandantes, no tocante ao pedido reconvenicional, defende a recorrida que a Farminvest não tem legitimidade para correr, dado que foi absolvida desse pedido.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Efectivamente assim é. A Farminvest foi absolvida, tendo esse segmento da decisão transitado em julgado. Donde, carece a mesma de legitimidade para recorrer da decisão, na parte relativa ao pedido reconvenicional - art.º678.º CPC-.

O recurso será atendido apenas quanto à recorrente ANF.

No mais, nada obsta ao conhecimento dos recursos acima enunciados.

15. O âmbito do recurso determina-se pelas conclusões dos recorrentes (artigos 684º, n.º 3 e 690º, n.º 1 CPC– *sendo a decisão recorrida anterior à data da entrada em vigor do novo CPC, aplica-se o regime anterior, por interpretação decorrente do art.º 7.º da L.41/2013 de 26/6*), só abrangendo as questões que nelas se contêm, ainda que outras tenham sido afloradas nas alegações propriamente ditas, salvo tratando-se de questões que o Tribunal deva conhecer oficiosamente (artigo 660º, n.º 2, ex vi artigo 713º, n.º 2 CPC)

Os recursos não visam o exame da causa julgada na instância inferior sem limites mas sim e apenas, como é entendido de forma unânime, a reapreciação da questão com os condicionalismos e pressupostos em que o foi, no Tribunal recorrido, no momento em que proferiu a decisão.

Como meio impugnatório de decisões judiciais, o recurso visa tão só suscitar a reapreciação do decidido, não comportando, assim, a criação de decisão sobre matéria nova não submetida à apreciação do tribunal recorrido.

No caso, estamos perante decisão provinda de Tribunal Arbitral.

16. Questões de cariz processual suscitadas pelas recorrentes ANF/FARM

16.1. Que regime processual para orientar as diversas análises que se nos colocam?

A arbitragem iniciou-se em 2009, portanto sob a égide da Lei 31/86.

Este diploma atribui às partes a liberdade de fixarem as regras do formalismo pelo qual se irá reger o processo arbitral, podendo essa fixação resultar da escolha de um regulamento de arbitragem, proveniente de entidade com competência legal – arts.º 15.º e 38.º.

Tal liberdade está limitada pelo respeito dos princípios fundamentais do processo arbitral, fixados no art.º 16.º (sendo a sua violação susceptível de afectar a validade da decisão arbitral), dispondo-se assim:

- a) As partes serão tratadas com absoluta igualdade;
- b) O demandado será citado para se defender;
- c) Em todas as fases do processo será garantida a estreita observância do princípio do contraditório;
- d) Ambas as partes devem ser ouvidas, oralmente ou por escrito, antes de ser proferida a decisão final.

Elementos relevantes:

A –ANF e IMS subscreveram, com data de 18 de Dezembro de 2008 o documento denominado “Acordo” (que de ora em diante será designado de Contrato de 2008), que se encontra junto com a p.i como doc.1 –fls 41 dos autos - , tendo a cl.^a 11.^an.º3 o seguinte teor: Para apreciar qualquer litígio que as partes não consigam resolver amigavelmente, será constituído um Tribunal Arbitral, nos termos da legislação em vigor”.

B- Com vista à instauração de litígio arbitral:

B.1. as demandantes enviaram à demandada IMS carta datada de 04 de Junho de 2009, onde se lê:

”Sem prejuízo de melhor detalhe e de quantificação na fase do articulados, o litígio arbitral tem por objecto:

- o apuramento e reconhecimento da situação de incumprimento do Contrato e das respectivas obrigações, por parte da IMS;
- a condenação da IMS a indemnizar a ANF e a Farminveste pelos prejuízos decorrentes desse incumprimento contratual, incluindo danos emergentes e lucro cessantes;
- a condenação da IMS no pagamento de juros de mora, vencidos e vincendos, sobre as quantias em cujo pagamento venha a ser condenada;
- a condenação da IMS Health, Lda., no pagamento das custas do litígio arbitral, incluindo honorários e despesas devidamente documentadas de árbitros, peritos e técnicos”.

B.2. A IMS respondeu, por carta datada de 02 de Julho de 2009, donde consta:

“Em relação ao objecto da arbitragem, sem prejuízo de melhor detalhe e de quantificação na fase dos articulados, cumpre desde já ampliar o objecto indicado por V.Exas nos termos que se expressam infra:

- A Validade do Contrato de Prestação de Serviços, datado de 18 de Dezembro de 2008, entre a Associação Nacional de Farmácias, Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão SA e IMS – Health Lda. ou de algumas das suas cláusulas”.

B.3. As Recorrentes, por carta datada de 17 de Julho de 2009, responderam “ nada têm as minhas Constituintes a comentar quanto ao objecto do litígio”.

C. - A 22 de Dezembro de 2009 foi elaborado o “**Auto de Instalação e Regras de Funcionamento de Tribunal Arbitral**”, junto a fls 3, datado de e assinado pelos Exmos Árbitros, pelas Demandantes e pela Demandada donde consta:

1. Por carta de 4 de Junho de 2009, a Associação Nacional de Farmácias (ANF) e a sociedade Farminveste - Investimentos, Participações e Gestão, SA (Farminveste)

notificaram a sociedade IMS Health Lda (IMS) de que, nos termos da cláusula 11.º, n.º 3, do contrato celebrado em 18 de Dezembro de 2008 entre a ANF, "em seu nome e a favor da Farminveste", e a IMS, pretendiam instaurar litígio arbitral tendo como objecto o reconhecimento do incumprimento daquele contrato pela IMS, a condenação desta em indemnização à ANF e à Farminveste, assim como nos respectivos juros de mora e custas do litígio arbitral.

2.º Na mesma carta, a ANF e a Farminveste declararam que o tribunal haveria de ser constituído por três árbitros e designaram como árbitro o professor Doutor Paulo Mota Pinto.

3.º A IMS respondeu por carta de 2 de Julho de 2009 na qual declarou pretender ampliar o objecto do litígio de modo a incluir a validade do referido contrato ou de algumas das suas cláusulas e não aceitar que os árbitros decidam sobre o pagamento de custas do litígio arbitral, propondo que as partes acordem no pagamento em partes iguais.

4.º Na mesma carta, IMS aceitou que o tribunal arbitral fosse constituído por três árbitros e designou como árbitro o professor Doutor Luís Menezes Leitão.

5.º Por carta de 17 de Julho de 2009, o advogado representante das requerentes da arbitragem declarou "nada ter a comentar quanto à ampliação do objecto do litígio" e considerou que deveria ser o tribunal a decidir em relação à parte do objecto que a requerida recusou.

6.º Os árbitros designados pelas partes escolheram para árbitro presidente o professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, que aceitou a função.

7.º Considerando que antecede, os signatários declaram instalado Tribunal Arbitral constituído pelo professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida (presidente), com domicílio profissional na Rua Maria Brown, n2 9, 12-C, 1500-431, Lisboa, pelo professor Doutor Paulo Mota Pinto, com domicílio profissional na Faculdade de Direito de Coimbra, Pátio da Universidade, 3004-545, Coimbra, e pelo professor Doutor Luís Menezes Leitão, com domicílio profissional na Avenida António Augusto de Aguiar, 163, 32 Dto, 1050-014, Lisboa.

8.º A convenção arbitral em que se funda a competência do Tribunal Arbitral consta do n.º 3 da cláusula 12 do contrato que a Associação Nacional de Farmácias e a sociedade IMS Health Lda celebraram com data de 18 de Dezembro de 2008, que é do seguinte teor:

"Para apreciar qualquer litígio que as partes não consigam resolver amigavelmente, será constituído um Tribunal Arbitral, nos termos da legislação em vigor"

9.º O processo arbitral tem por objecto dirimir o litígio emergente do referido contrato, no que respeita à sua validade ou invalidade, total ou parcial, cumprimento ou incumprimento das obrigações dele decorrentes e ao eventual pagamento de indemnização e de juros de mora. Nos termos do artigo 23.º, n.º 4, da Lei n.º 31/86, de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

29 de Agosto, o tribunal decidirá quanto à fixação e repartição pelas partes dos encargos resultantes do processo.

10.º O Tribunal Arbitral tem a sua sede no Centro de Arbitragem Comercial, na Rua das Portas de Santo Antão, n.º 89, em Lisboa.

11.º As requerentes apresentarão a petição inicial no prazo de 30 dias contados da data em que for aposta no presente acto a última assinatura, dispondo a requerida de igual prazo a contar da sua citação para contestar e apresentar eventual reconvenção. Para resposta à reconvenção e a excepções, dispõe qualquer das partes do prazo de 15 dias contados da data da notificação do articulado a que respondem.

12.º Em tudo o mais, e com ressalva dos números 13.º e 14.º, aplicam-se as regras de processo constantes do Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa, em vigor desde 1 de Setembro de 2008, cabendo ao Tribunal Arbitral as competências aí atribuídas ao Presidente do Centro de Arbitragem.

13.º As partes não renunciam ao recurso da decisão arbitral.

14.º Os prazos processuais suspendem-se durante os períodos de férias judiciais.

15.º Em relação a aspectos processuais omissos no presente acto ou no citado Regulamento do Centro de arbitragem, o Tribunal decide, ouvidas as partes.

16.º Aos encargos, despesas e provisões, aplicam-se as regras e tabelas do citado Regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Indústria Portuguesa."

D- O Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa, dispõe sobre os trâmites do processo arbitral nos seus arts.º 14.º a 31.º.

No seu art.º 16.º, sob a epígrafe "Fixação de Regras de Processo" dispõe no n.º1 "As partes podem, na convenção de arbitragem ou ulteriormente estabelecer regras processuais que não contenham com as disposições inderrogáveis do presente regulamento"

No art.º 18.º n.º 3 dispõe-se que "o demandado pode reconvir, se se verificarem os requisitos da admissibilidade fixados na lei e a reconvenção couber na convenção de arbitragem."

No art.º 40.º consagra-se a "irrecorribilidade da decisão arbitral."

Defende a IMS, acompanhada pela voz do Prof Ribeiro Mendes, no Parecer junto aos autos, que as partes "excluíram a aplicação das regras do Código de Processo Civil, em absoluto e mesmo a título subsidiário". Defende-se que a lei de processo só poderá ser convocada se para elas remeterem as normas do Regulamento (avançando com o caso do art.º 18.º, n.º 3) ou da LAV.

Trata-se de uma conclusão que o Professor alcança, em face do teor do "Acto de Instalação" conjugado com o Regulamento do Centro de Arbitragem e com a LAV (Lei 32/86).

Mas um obstáculo logo se impõe.

A partir do momento em que as partes não renunciam ao recurso para a instancias judiciais e nem sequer restringem essa possibilidade de recurso apenas às questões de direito (o que lhes seria possível), donde também a apreciação da matéria de facto ficou incluída no âmbito possível do recurso (como se veio a concretizar, sem que alguma oposição tenha sido levantada a essa possibilidade) não vemos como é que as normas processuais que regem no direito adjectivo vigente no ordenamento possam ser tidas por “expressamente” afastadas.

Por isso não vemos pois como julgar em sede de recurso se não se admitir como aplicável, embora a título subsidiário, o CPC. Ou seja, onde os árbitros, a LAV e o Regulamento não dispõem de forma a responder às questões que se colocam, teremos que convocar o CPC, sob pena de ausência de regras que presidam à discussão e decisão.

E no tocante à reconvenção, temos por evidente que terão que reger as normas de processo civil, pois é o próprio regulamento que assim o dita, no n.º3 do art.º 18.º. Embora aí não se aluda expressamente ao CPC, temos para nós que só a ele se pode reportar, dado que é nesse diploma que os ditos requisitos de admissibilidade estão fixados (este caso é o expressamente admitido no parecer referido).

16.2. Admissibilidade da reconvenção/competência do Tribunal – cls.º1. a 4.

De acordo com o artº 18.ºn.º4 do Regulamento citado, o reconvinente deve, na dedução da reconvenção, observar as seguintes regras:

- descrição precisa do pedido e dos seus fundamentos;
- quantificação do valor do pedido.

A IMS, como já acima relatado, desenvolve a reconvenção - a fls. 652 -, sob as invocações:

- concorrência desleal/partilha de segredos de negócio e actos de desorganização interna da IMS;
- invocação abusiva da excepção de incumprimento, por parte das demandantes, tendo colocado a demandada numa situação de incumprimento quase generalizado perante os seus clientes;
- desvio de clientela com a criação de nova empresa por parte das demandantes, com a contratação do ex-director geral da demandada e impossibilidade de negócio causador dum prejuízos que estima, considerando a facturação de 2008 a 2011, em €14.023.838,00.

Conclui assim:

- a actuação da ANF causou-lhe danos não patrimoniais que quantifica em €5.000.000;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- as demandantes assumiram conduta ilícita e culposa causadora de danos à demandada, que as constituem em responsabilidade civil extra-contratual (art.º 825.º da reconvenção).

Termina pedindo a procedência da reconvenção, com a condenação das reconvintes “no pagamento de uma indemnização, por actos de concorrência desleal, no montante de € 19.023.838,00”.

O Tribunal Arbitral pronunciou-se pela sua competência para conhecer do pedido reconvenicional (com um voto de vencido), nos moldes seguintes:

“A questão consiste em saber se esta reconvenção em concreto é admissível. A resposta afirmativa depende de dois requisitos cumulativos: 1º) que pedido reconvenicional tenha adequada conexão com o objecto da acção; 2º) que pedido reconvenicional se contenha dentro dos limites da competência do Tribunal Arbitral, por sua vez definido pela convenção arbitral.

Em relação ao 1º aspecto, é omissa a legislação sobre arbitragem voluntária, como omissos são o referido Acto de Instalação e o Regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, para que aquele Acto subsidiariamente remete. Mas não se vê como prescindir, a propósito, das regras do artigo 274º do Código de Processo Civil, que, embora não aplicável ao presente processo, recolhe o essencial da cultura jurídica portuguesa sobre a admissibilidade de reconvenção. Para o caso concreto, interessa em especial apurar se a reconvenção deduzida nesta acção “emerge do facto jurídico que serve de fundamento à acção ou à defesa” (alínea a) do nº 1 do citado artigo 274º).

Em relação ao 2º aspecto, tem de ser considerada a convenção arbitral em que se funda a competência deste Tribunal. Ora, no caso, tal convenção formou-se em dois momentos e consta de dois documentos:

- em primeiro lugar, o compromisso arbitral que consta do nº 3 da cláusula 11a do contrato que a Associação Nacional de Farmácias e a sociedade IMS Health Lda celebraram em 18 de Dezembro de 2008, que é do seguinte teor: “Para apreciar qualquer litígio que as partes não consigam resolver amigavelmente, será constituído um Tribunal Arbitral, nos termos da legislação em vigor”.

- em segundo lugar, o nº 9 do citado Acto de Instalação, redigido nos seguintes termos: “O processo arbitral tem por objecto dirimir o litígio emergente do referido contrato, no que respeita à sua validade ou invalidade, total ou parcial, cumprimento ou incumprimento das obrigações dele decorrentes e ao eventual pagamento de indemnização e de juros de mora”.

Esta cláusula do Acto de Instalação teve como função estabilizar o objecto do processo, sobre o qual não havia plena concordância das partes, num tempo em que já se desencadeara o litígio e com a colaboração dos juriconsultos que haveriam de constituir o Tribunal Arbitral. Por isso, e embora tenha como fonte o compromisso arbitral, deve compreender-se como o enunciado que o interpreta e concretiza, valendo como a convenção pela qual se rege e se delimita a competência deste Tribunal.

Cruzando os dois requisitos, conclui-se que a reconvenção será admissível e susceptível de decisão neste processo arbitral se emergir do facto jurídico que serve de fundamento à acção ou à defesa e se respeitar à validade ou invalidade, total ou parcial, ao cumprimento ou

incumprimento das obrigações decorrentes do contrato que a Associação Nacional de Farmácias e a sociedade IMS Health Lda celebraram em 18 de Dezembro de 2008 ou ao pagamento de indemnização fundada em invalidade ou incumprimento do mesmo contrato.

O fundamento da acção posta pelos Demandantes, isto é, a sua causa de pedir, é formado por um conjunto de factos, dos quais são factos principais o mencionado contrato de 18 de Dezembro de 2008 e o seu incumprimento. A defesa da Demandada por excepção assenta, no essencial, na invalidade deste contrato para a qual se alegam três fundamentos: abuso de representação de um ex-gerente da Demandada em conluio com Demandantes, com o objectivo de prejudicar a Demandada; usura por aproveitamento da situação de inferioridade negocial da Demandada; e ilicitude por violação de leis de defesa da concorrência.

O pedido deduzido na reconvenção assenta, no essencial, nos seguintes factos, que seriam ilícitos e fundamento de indemnização: actuação das demandantes em conluio como o referido ex-gerente com o objectivo de prejudicar a Demandada através da celebração do contrato de 18 de Dezembro de 2008; partilha e aproveitamento pelas Demandantes, ao abrigo de tal contrato, de segredos de negócio da Demandada; divulgação da lista de clientes da Demandada; invocação abusiva de excepção de incumprimento do referido contrato.

Verifica-se assim que a reconvenção se baseia, no essencial, num facto (o alegado conluio) que é igualmente o facto principal alegado como excepção peremptória e ainda que há um facto principal comum às duas contra-pretensões (o mencionado contrato de 2008). A reconvenção é portanto admissível, segundo os critérios geralmente aceites no direito português para a adequada conexão com o objecto da acção (cfr. Lebre de Freitas, Código de Processo Civil anotado, vol. I °, 2a ed., Coimbra, 2008, p. 530; Mariana França Gouveia, A causa de pedir na acção declarativa, Coimbra, 2004, p. 270).

Resta apreciar a admissibilidade em função do âmbito da convenção arbitral e da consequente competência do Tribunal Arbitral.

A reconvenção, já se disse, baseia-se, no essencial, no alegado conluio na celebração do contrato de 2008. O pedido insere-se pois no quadro da situação litigiosa gerada pelo mesmo contrato. Na tese da Demandada e Reconvinte, tal conluio é fundamento de invalidade e causou prejuízos à Demandada. Na reconvenção, alega adicionalmente factos ilícitos e lesivos praticados pelas Demandantes após a celebração do mesmo contrato. Sob este aspecto, o litígio emerge pois da invalidade do contrato e (parece) de comportamento ilícito sequente à sua celebração. O pedido reconvenicional consiste em indemnização pelos prejuízos causados por tais actos ilícitos.

Parece pois, numa apreciação preliminar com aquela que para este efeito o Tribunal pode fazer, que a reconvenção tem como causa de pedir a invalidade total do referido contrato e o incumprimento de obrigações dele decorrentes, consistindo o pedido no pagamento de indemnização pelos prejuízos causados pela invalidade e pelo incumprimento (em itálico as expressões constantes da convenção arbitral, tal como esclarecida pelo Acto de Instalação).

A reconvenção está portanto compreendida no âmbito da convenção arbitral.

Em sentido contrário, alegam as Demandantes que "o pedido reconvenicional assenta num suposto incumprimento do Acordo de 2006 e em supostos actos de concorrência desleal praticados pelos Demandantes". Não seria por isso o Tribunal competente para decidir a reconvenção, porque a responsabilidade contratual por violação do contrato de 2006 não está compreendida na

convenção arbitrai, que respeita ao contrato de 2008, e a concorrência desleal é fonte de responsabilidade extra-contratual, que também está fora daquela convenção arbitrai (cfr. contestação da reconvenção, n.ºs 546 a 550).

Em relação ao primeiro aspecto, o Tribunal esclarece que não se considera competente para dirimir questões emergentes do contrato de 2006, o qual só pode considerado, tanto na acção como na reconvenção, enquanto facto instrumental do litígio emergente do contrato de 2008.

Em relação ao segundo aspecto, o Tribunal lembra que o princípio do dispositivo impõe restrições quanto ao pedido e aos factos em que se baseia, mas não limita o Tribunal na qualificação jurídica desses factos (cfr. Código de Processo Civil, artigo 664.º). Ora, tanto o pedido formulado na reconvenção (indenização) como os factos em que baseia são susceptíveis de inclusão no conteúdo da convenção arbitral, não havendo nesta fase processual necessidade de decidir sobre qual possa ser o exacto e rigoroso enquadramento jurídico daquele pedido de indenização e, ainda menos naturalmente, tomar posição sobre a sua procedência"

Na decisão final o Tribunal Arbitral reafirmou a sua competência para conhecer do pedido reconvenicional, nos moldes seguintes:

"O Tribunal enquadrou o pedido reconvenicional no instituto da responsabilidade civil por culpa na formação dos contratos, que, apesar da sua corrente designação como responsabilidade civil pré-contratual, se aplica também ao acto de celebração do contrato. A competência para o Tribunal Arbitral conhecer e decidir do pedido nestes termos advém, como é necessário, da concreta convenção arbitral acordada para o caso, que, recorde-se, menciona a invalidade e a indenização fundada em invalidade, sem referência específica à responsabilidade contratual e/ou pré-contratual.

Como a ilicitude a que o Tribunal atendeu decorre tanto da nulidade provocada como do conhecimento colaborante dos requisitos de ineficácia, poder-se-ia, em relação a esta, duvidar da competência do Tribunal por a ineficácia não estar expressamente enunciada na convenção arbitral. Julga-se que, no âmbito da convenção arbitral, a ineficácia se pode incluir na invalidade, interpretada esta palavra extensivamente. Mas, ainda que assim não seja, a nulidade decorrente do abuso de posição dominante é bastante para cobrir a competência do Tribunal no que respeita ao acto ilícito em que se baseia a imputação da responsabilidade civil.

Quanto à suspensão de fornecimento de dados pelas Demandantes, que a Demandada qualificou como recusa de fornecimento, o Tribunal Arbitral não a atendeu como pretensão incumprimento do contrato de 2006 (que o contrato de 2008 revogou). Antes a considerou, no quadro deste contrato, como acto injustificado, por derivar da invocação de cláusulas inválidas, preenchendo assim um dos elos da cadeia causal entre o facto ilícito e o dano.

O Tribunal Arbitral reafirma pois a sua competência para decidir o pedido reconvenicional."

Não assiste razão à recorrente ANF quando defende – conclusão 1. – que estes autos não contemplavam a possibilidade de dedução de pedidos reconvenicionais.

Nada em contrário resulta do Acto de Instalação, antes se alude no art.º 11.º desse auto ao prazo para a requerida contestar e "apresentar eventual reconvenção".

O Regulamento também admite a dedução de reconvenção.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Assim, em abstracto, nada obsta, no caso, à dedução de pedido reconvençional, ponto é que o pedido reconvençional observe dois requisitos: respeite as exigências previstas na lei processual e caiba no âmbito da convenção arbitral.

Quanto ao primeiro requisito, de acordo com as regras de direito adjectivo vigentes – art.º 274.º CPC - julgamos que o pedido reconvençional era admissível, dado emergir dos fundamentos apresentados pela reconvinte na sua defesa à acção, sendo que as partes também não questionam a verificação deste requisito.

Quanto ao segundo requisito:

No tocante à competência do tribunal arbitral e seguindo Manuel Barrocas, in Manual da Arbitragem/2010: *“Do confronto das posições das partes sobre o objecto do litígio definido por elas na Notificação para Arbitragem e na Resposta, tendo sempre presente que essas posições se devem conter no objecto da convenção de arbitragem, pode suceder que não se revelem de acordo. Pode tornar-se pois necessário um terceiro momento para que o objecto do litígio arbitral fique definitivamente fixado. E esse momento ocorrerá já na instância arbitral mediante decisão do árbitro”* p.397

O âmbito da convenção arbitral ficou assim fixado pela cláusula compromissória, completada pelo Acto de Instalação, sendo os seus termos:

“O processo arbitral tem por objecto dirimir o litígio emergente do referido contrato, no que respeita à sua validade ou invalidade, total ou parcial, cumprimento ou incumprimento das obrigações dele decorrentes e ao eventual pagamento de indemnização e de juros de mora” -contrato de 2008.

Fixado assim o objecto do litígio, a competência do tribunal arbitral ficou também delimitada nesses mesmos termos.

Donde, apreciar a admissão da reconvenção e a competência do tribunal para dela conhecer, são dois lados da mesma moeda.

O Tribunal Arbitral, defendendo a sua competência para apreciar a reconvenção, numa primeira abordagem, afirma que *“ a reconvenção tem como causa de pedir a invalidade total do referido contrato e o incumprimento de obrigações dele decorrentes, consistindo o pedido no pagamento de indemnização pelos prejuízos causados pela invalidade e pelo incumprimento.”*

Não nos merece concordância tal discurso.

Embora seja certo que o tribunal não está adstrito à qualificação jurídica dada pelas partes, não nos surge qualquer dúvida que o enquadramento feito pela reconvinte está perfeitamente consentâneo com os factos que alegou; invocou a existência de responsabilidade civil que qualificou como extra-contratual, porque derivada de actuações estranhas ao contrato propriamente dito.

Não é do contrato que a reconvinte retira responsabilidades indemnizatórias, mas sim da actuação concertada, entre as demandantes e o seu ex-director, que levou



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

à celebração do contrato do contrato e à criação pelas demandantes de empresa concorrente.

A reconvinte é explícita ao pedir a condenação das reconvidas no pagamento de uma indemnização por "Actos de Concorrência Desleal".

Não podendo ser despicienda a referência que faz, para justificar o seu pedido, ao facto de ainda não ter decorrido o prazo de 3 anos que a lei prevê para ser pedida indemnização por responsabilidade civil decorrente de factos ilícitos –art.º 498.º CC

Ainda que se esqueça a qualificação da responsabilidade como sendo "extra-contratual", dado que outra qualificação poderia o tribunal vir a fazer, não podemos ignorar que a causa de pedir do pedido reconvençional serão os concretos factos alegados que integrarão o conceito de "concorrência desleal".

Lida a peça processual, não se nos colocam dúvidas que não está em causa o contrato celebrado, algum dos seus efeitos, ou o cumprimento ou incumprimento dele, mas sim as condutas imputadas às demandantes, bem como ao ex- director da reconvinte, que rodearam a celebração desse contrato, assim como comportamentos posteriores, completamente estranhos ao contrato, como seja a criação de nova empresa concorrente.

Assim, o mais que a alegação da reconvinte poderia configurar era uma situação de responsabilidade pré-contratual, no tocante ao conluio e já extra-contratual no tocante à concorrência desleal.

Não se vislumbra que a causa de pedir da reconvenção radique na "invalidade do contrato" nem "no incumprimento de obrigações dele decorrentes", nem que o "pedido no pagamento de indemnização tenha suporte nos prejuízos causados pela invalidade e pelo incumprimento", como entendeu o tribunal arbitral.

Além disso, no Acto de Instalação do Tribunal, quando a demandada já havia anunciado que pretendia ampliar o objecto do litígio, para ser discutida a validade do contrato, tendo o objecto inicial sido definido por "indemnização por incumprimento contratual", veio a fixar-se ser o objecto do processo arbitral "dirimir o litígio emergente do referido contrato, no que respeita à sua validade ou invalidade, total ou parcial, cumprimento ou incumprimento das obrigações dele decorrentes e ao eventual pagamento de indemnização e de juros de mora"

Atendendo ainda a que na ampliação se alude apenas à "validade do contrato", sem qualquer indicação de se pretender vir a obter qualquer indemnização e que se usou a expressão "Indemnização" no singular, na definição do objecto do litígio (Auto de Instalação supra descrito), quando o litígio se iniciou com as demandantes a exigirem indemnização, tudo inculca que nem a apreciação da responsabilidade contratual da demandante ficou contemplada no objecto do litígio (acompanhamos aqui o desenvolvimento a este propósito feito pelo Prof. Lebre de Freitas, a fls. 32/35 do seu parecer), e muito menos a responsabilidade extra-contratual.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Neste contexto, o tribunal arbitral, ao admitir e conhecer do pedido reconvenicional extravasou a sua competência, dado que se tratava de matéria situada fora do âmbito do objecto do litígio, tal como ficou definido na cláusula compromissória, completada pelo Acto de Instalação.

Termos em que se terá que julgar o tribunal incompetente para conhecer, como conheceu, do pedido reconvenicional.

Ficam assim prejudicadas todas as questões suscitadas em sede de recurso que digam respeito ao conhecimento e decisão sobre o pedido reconvenicional, como sejam:

-capitulo III e V das conclusões de recurso.

16.3. Ineficácia do contrato/competência do tribunal

Defendem as recorrentes que o objecto do litígio e a competência do Tribunal estavam limitadas ao conhecimento das *invalidades* do Contrato de 2008, não já das eventuais *ineficácias*, para daí voltar a pugnar pela incompetência do tribunal arbitral para ter decidido, como decidiu, pela ineficácia devendo ser revogada a decisão de ineficácia das cláusulas 6.^a e 10.^a do Contrato de 2008.

Como já enunciado pelo Acto de Instalação e Regras de Funcionamento do Tribunal o objecto de litígio ficou definido para dirimir, além do mais, da questão da “*validade ou invalidade*” do Contrato de 2008.

Defende a recorrida que esta questão, independentemente da falta de razão, não pode integrar o objecto do recurso, dado que não foi questão suscitada pelas demandantes, na fase dos articulados, como impunha ao art.º 27.º 1 b) e, 2 e 3, da LAV.

Respondemos já à recorrida que a questão não foi suscitada nem o podia ser, como bem saberá, dado que o tribunal ainda não tinha feito uso de qualquer dessas figuras jurídicas.

Quanto à argumentação das recorrentes, apraz-nos considerar que, quando o objecto do litígio ficou definido, nele se incluindo a questão da “*validade ou invalidade, total ou parcial*” do contrato, não estavam as partes, a nosso ver, a fazer qualquer delimitação quanto às figuras jurídicas que o tribunal se poderia socorrer, sendo certo que aqui também tem que valer a máxima: “*dá-me os factos e eu dou-te o direito*”.

Por mais que se defenda que o âmbito em que se movem os tribunais arbitrais tem que estar bem definido e que não podem extravasar as competências que lhe estão conferidas pelas partes, não é admissível que se coarte ao tribunal, como tribunal que é, a possibilidade de enquadrar os factos no direito, não estando sujeito ao direito invocado.

Sobre a interpretação da convenção arbitral citamos, a propósito, o AC. STJ de 20/1/2011, proc. 2207/09.6TBSTB.E1.S1, acessível na base de dados da DGSI:

“Ora é justamente no domínio da aplicação de tais critérios jurídicos que nos encontramos, pois, como escreve Manuel P. Barrocas na sua obra de referência *Manual de Arbitragem*, «a convenção de arbitragem está submetida às regras de interpretação do negócio jurídico. Avultam, assim, as regras contidas nos artigos 236º, número 1, e 238º, número 1, do CC: a convenção vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir da posição do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele; e sendo um negócio formal, não pode valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento» (M. P. Barroca, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010, pg. 171).

Como ensinou o saudoso civilista Prof. Mota Pinto, na interpretação da declaração da vontade das partes serão atendíveis «todos os coeficientes ou elementos que um declaratório medianamente instruído, diligente e sagaz, na posição do declaratório efectivo, teria tomado em conta» (Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1980, pg. 421).

Por sua vez, Antunes Varela assim explica a *ratio* daquela teoria: «O objectivo da solução aceite na lei é o de proteger o declaratório, conferindo à declaração o sentido que seria razoável presumir em face do comportamento do declarante, e não o sentido que este lhe quis efectivamente atribuir» e, mais adiante, acrescenta: «a normalidade do declaratório, que a lei toma como padrão, exprime-se não só na capacidade para entender o texto ou o conteúdo da declaração, mas também na diligência para recolher todos os elementos que, coadjuvando a declaração, auxiliem a descoberta da vontade real do declarante» (P.Lima e A. Varela, *Código Civil anotado*, vol. I, anotação ao artº 236º).”

Indo ao caso, é por demais evidente que qualquer declaratório normal interpretaria a fórmula “validade ou invalidade” em sentido amplo, de modo a abranger qualquer vício que possa inquinar a força vinculativa do contrato, e não de forma restrita, limitando a apreciação a determinada construção jurídica, no caso “invalidade” versus “ineficácia”. Idêntico entendimento se seguiu na decisão arbitral –ver fls 64 da sentença – onde se escreve: “Como a ilicitude a que o Tribunal atendeu decorre tanto da nulidade provocada como do conhecimento colaborante dos requisitos de ineficácia, poder-se-ia, em relação a esta, duvidar da competência do Tribunal por a ineficácia não estar expressamente enunciada na convenção arbitrai. Julga-se que, no âmbito da convenção arbitrai, a ineficácia se pode incluir na invalidade, interpretada esta palavra extensivamente. Mas, ainda que assim não seja, a nulidade decorrente do abuso de posição dominante é bastante para cobrir a competência do Tribunal no que

respeita ao acto ilícito em que se baseia a imputação da responsabilidade civil.” (sublinhado nosso).

De qualquer modo, sempre se que diga que a construção desenvolvida pelas recorrentes não é inquestionável, pois também se nos afigura perfeitamente válida a argumentação desenvolvida pelo Prof. Ribeiro Mendes, no Parecer junto, quando afirma “*Seja como for, a ineficácia em sentido estrito é um minus em relação à invalidade. Se a parte sustentar que determinado negócio jurídico é inválido e o tribunal entender que a consequência de certo vício, como o abuso de representação, é a ineficácia, seguramente que pode decidir nesse sentido, visto se tratar de matéria de direito, importando apenas que os factos hajam sido alegados pela parte em causa: é a aplicação da velha regra iura novit curia.*”

Aqui poder-se-á ainda acrescentar que a “ineficácia” tanto é usada em sentido restricto como em sentido amplo. Sendo vista em sentido amplo, a “ineficácia” é uma espécie, sendo a “invalidade” um dos seus géneros; contudo, se vista for em sentido restricto, já a “ineficácia” (também dita *ineficácia relativa*), a par da nulidade e da anulabilidade, é uma espécie do género “invalidade”.

A propósito destas figuras e suas distinções citamos dois Acórdãos do STJ porque elucidativos, ambos acessíveis na base de dados da DGSJ:

-AC. Uniformizador de 31 de Janeiro de 1996, DR IIS DE 1996-06-07

“ I - Da validade e da eficácia:

A tendência mais reflectida na doutrina tende a considerar a ineficácia como a “mãe de todas as invalidades”, ou, dito mais juridicamente, como sendo a invalidade uma espécie de ineficácia (v.g. Prof. Doutor M. Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.^a ed., 591; Prof. Doutor M. Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 11, 411).

Mas, se assim pode ser em termos de construção conceptual, também é possível uma construção que, tendo em atenção as causas e as consequências de invalidades e de ineficácias distinga uma das outras, e até eleja aquelas como, lato sensu, o género dos vícios negociais, entre as quais se podem encontrar as ineficácias stricto sensu. Aliás, aqui como em tudo o que é o mundo do direito, na vida real de que se deve ocupar a jurisprudência, relevam muito mais as causas e as consequências do que as denominações formais mais ou menos globais dos institutos.

E é assim que se pode ter por inválido (nulo ou anulável, conforme as circunstâncias) o negócio que não respeita a lei, e por ineficaz aquele que é inoperante, irrelevante, praticamente um nada jurídico no que concerne a consequência ou a certas consequências.

Simplesmente, sendo perspectivável esta distinção, a invalidade ou é ou não é (e, aliás, sempre ressalvados os efeitos explícitos de eventual evolução legislativa e, até, o âmbito restricto da anulabilidade - v. g. artigo 287 do Código Civil); enquanto, no concernente à ineficácia ou inoponibilidade, tal é perfeitamente compaginável com

efeitos relativamente a umas pessoas e não relativamente a outras, e até com alteração ao longo do tempo, conforme os dados concretos a ponderar.

-Ac. STJ, Relator Torres Paulo, proc.01A2110 de 2001/7/5:

"Assim diremos, em resumo, que dentro do quadro dos valores negativos do negócio temos a ineficácia em sentido amplo e a irregularidade.

A irregularidade acarreta a aplicação de uma sanção ao negócio pleno de eficácia de efeitos, mas que está viciado por alguma desconformidade.

Se o vício - desconformidade entre o negócio em concreto e a norma - afecta a produção de plenitude dos efeitos, que lhe deviam corresponder, surpreendida fica a ineficácia em sentido amplo.

Esta abarca duas espécies: invalidade e ineficácia do sentido restrito. Ela compreende, assim, todas as hipóteses em que, por causas intrínsecas ou extrínsecas, o negócio não deve produzir os efeitos que deveria, sendo a invalidade apenas a ineficácia que provém de uma falta ou irregularidade dos elementos internos - essenciais, formativos - do negócio. A mera ineficácia autonomiza-se por a inviabilidade de produção dos efeitos não ter na sua origem factos que determinem a imperfeita génese do negócio, mas eventos supervenientes: a impossibilidade absoluta da prestação, a alteração das circunstâncias que constituem a base do negócio, a não verificação de condição suspensiva, a verificação da condição resolutiva. Por sua vez a invalidade abrange, no que agora nos interessa, a nulidade e a anulabilidade. Ensina-se desde Coviello - Doutrina Geral Direito Civil - Pag. 368 - que o contrato nulo é um nado-morto, enquanto que o contrato anulável é um nado-vivo diminuído na sua vitalidade e ameaçado de morte. A nulidade é assim característica do negócio que, ab initio, não produz, por força do vício, os efeitos que lhe corresponderiam - *quod nullum est, nullum perderet effectum*. É a consequência ou a sanção que o ordenamento jurídico liga às operações contratuais contrárias aos valores ou objectivos de interesse público - art. 294 CC - por ele prosseguidos, ou àqueles que o Direito não considera justo e oportuno, no interesse público, prestar reconhecimento e tutela.

Nulidade emergente da aplicação da teoria da responsabilidade e imposta pelos princípios da boa fé e equidade. Não a equidade espécie - art. 4 CC - que visa corrigir a generalidade abstracta da lei por meio de apreciação das particularidades da espécie. Mas a geral, visando aproximar-se do ideal de justiça e, como tal, recebida pelo sistema. Como projecção da "Jurisprudência do presente", filtrada pela incorporação no sistema de princípios assumidos com base numa casuística. Ou, como dizia Esser, como Topoi, "uma necessária perspectiva social dentro do sistema". Por outro lado a anulabilidade é a característica do negócio que, apesar do vício, produz efeitos correspondentes, os quais, no entanto, são retroactivamente destituídos pelo exercício - anulação - de um direito potestativo de anular, que em

virtude do vício uma das partes possa ter. Funda-se, assim, na infracção de requisitos dirigidos à tutela de interesses privados.

O CC - art. 285 a 291 - traça um quadro que leva a doutrina dominante a autonomizá-las, em regimes completamente diferentes: reputa de nulidade a invalidade absoluta, insanável e de eficácia automática e de anulabilidade a invalidade relativa, sanável e de eficácia não automática.

Só que a própria lei, casuisticamente, opera desvios a tal regime. A doutrina e jurisprudência normalmente apelidam tais casos de invalidades mistas ou híbridas. Seriam vistas como um regime assimétrico "pouco harmonioso e elegante, sob o aspecto lógico ou formal, mas útil e acomodado às exigências de justiça".

Não é necessário criar este *tertio genus* entre nulidade e anulabilidade - Rui Alarcão, "Sobre Invalidade" , Pag. 13 a 15, 21 e 22 e Carvalho Fernandes, "A Conversão", Pag. 230 a 234, em nota e Teoria Geral, 2ª ed., Vol. II, pág. 388. Igualmente tem sido a orientação sempre seguida pelo relator desde o Ac. do S.T.J. proferido no Proc. 86099, em 1995.

Com efeito nada impõe que aquele regime diferencial atrás traçado para a nulidade e a anulabilidade, seja considerado, face aos casuísticos desvios legais, essencial ou estrutural ao respectivo conceito.

Essencial a ambas é a natureza genética da sua causa. Assim se a nulidade e a anulabilidade apresentam aqueles traços atrás expostos serão típicas; caso contrário serão atípicas."

Neste enquadramento, alcançamos que a inclusão no objecto do litígio a dirimir pelo tribunal arbitral «além do mais da questão da *validade ou invalidade* do contrato de 2008» não limitou, de forma alguma , o enquadramento que o tribunal pudesse vir a fazer na sua decisão. Quer recorrendo à impressão do destinatário da declaração, quer às várias construções doutrinárias que se podem convocar, nenhuma restrição resulta, a nosso ver, que impeça a opção pelo tribunal arbitral da figura da "ineficácia" parcial do contrato.

16.4. Decisão surpresa/violação do princípio do contraditório

As recorrentes imputam à decisão a violação do princípio do contraditório, por constituir uma "decisão surpresa", em duas vertentes: ter configurado a responsabilidade civil subjacente ao pedido reconvenicional como pré-contratual e ter aplicado a figura da redução do negócio.

Quanto ao enquadramento na figura responsabilidade pré-contratual, ele foi feito no âmbito do reconhecimento do pedido reconvenicional.

Como julgamos não ser de admitir tal pedido, torna-se irrelevante apreciar da invocada decisão surpresa, neste ponto.

Quanto à redução do negócio/declaração de nulidade das cláusulas 6.º e 10.º do contrato de 2008:

O princípio do contraditório, do qual a proibição de “decisões surpresa” é uma sua concretização -com assento no art.º 3.º do CPC- emana do princípio constitucional consagrados no art.º 20.º da CRP., por via do qual se assegura a todos os cidadãos o “*acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos*” -n.º 1- sendo que essa defesa deve ser feita através dum “processo equitativo” -n.º 4.

Não suscita assim qualquer dúvida que o juiz, ao longo de todo o processo, está obrigado a fazer respeitar o princípio do contraditório, dando possibilidade a cada parte de se pronunciar sobre a pretensão da sua contra-parte e auscultando as partes sobre questões relevantes que tenha para decidir, quando elas ainda não o fizeram, não porque não quiseram, mas porque não equacionaram a questão, nem era exigível que a tivessem equacionado.

Estas regras não podem, contudo, impor que o juiz tenha que oscultar as partes, antecipando-lhes todo e qualquer juízo que pretenda levar a cabo no processo.

Como diz Lopes do Rego, Comentários ao CPC, pag. 34 – “Em suma: não deverá, na nossa perspectiva, “banalizar-se” a audição atípica e complementar das partes, ao abrigo do preceito ora em análise, de modo a entender-se que toda e qualquer mutação do estrito enquadramento legal das partes deram às suas pretensões passa necessariamente pela actuação do preceituado no art. 3/3 –”

Julgamos que esse princípio não pode ser invocado para todo e qualquer normal andamento do processo, nomeadamente quando o juiz, na sua decisão, está a actuar em conformidade com o que se dispõe no art.º 664.º do CPC.

Como se fez constar no acórdão do STJ de 11.3.2010, processo 1860/07.OTVLSB.S1, “o art. 664º consagra o princípio do conhecimento oficioso do direito: o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito. A articulação deste princípio com a regra da proibição das decisões-surpresa, contida no n.º 3 do art. 3º, significa tão só que, antes de proferir a decisão, deve o julgador facultar às partes o exercício do contraditório, apenas quando a qualificação jurídica a adoptar ou a subsunção a determinado instituto não correspondam, de todo, àquilo com que estas, pelas posições assumidas no processo, possam contar. Trata-se, a nosso ver, de um princípio que não pode ser levado tão longe que esqueça que as partes são representadas por técnicos que devem conhecer o direito e que, por isso, conhecendo ou devendo conhecer os factos, devem igualmente prever todas as qualificações jurídicas de que os mesmos são susceptíveis.”

A decisão-surpresa não pode ser confundida com as concretas expectativas que cada uma das partes foi adquirindo quanto àquilo que viria a ser a decisão.

O que importa não é aquilo com que as partes contavam mas aquilo com que elas deveriam contar, dado constituírem desenvolvimentos jurídicos possíveis, em

face das questões que as partes vinham debatendo nos autos e obviamente, com suporte nos factos que elas próprias haviam carreado para o processo.

Decisão surpresa haverá – não questionando aqui se o art.º 3.º do CPC é ou não aplicável aos autos – quando se trate duma solução jurídica que as partes, em face da unidade do sistema jurídico, não era exigível que equacionassem.

Na sequência do que se vem dizendo, não se compreende onde está a surpresa/violação quando se encontrava fixado como objecto do litígio apreciar a validade ou invalidade total ou parcial do contrato.

O tribunal limitou-se a aferir dessa validade e, concluindo pela procedência das excepções de abuso de representação e abuso de posição dominantes, decidiu pela “ineficácia stricto sensu” das ditas cl.ª 6.ª e 10.ª

Quanto à cl.ª 10.ª- que respeitava aos valores dos diferenciais pedidos pelas demandantes – em decorrência, tanto da ineficácia como da nulidade, a consequência foi a absolvição do pedido.

Quanto à cl.ª 6.ª – porque a ineficácia ou nulidade apenas decorriam do “preço excessivo”, operou-se a redução do negócio, ao abrigo da figura prevista no art.º 292.º do CC, fazendo-se uma redução quantitativa do preço.

Desde o início do processo que as recorrentes sabiam que estava em discussão a validade (total ou parcial) do contrato, donde teriam que ter equacionado que, a proceder alguma invalidade, daí havia o tribunal, no exercício das suas funções de julgar, de retirar as necessárias ilações jurídicas, sendo a “redução do negócio” uma decorrência legalmente prevista para a nulidade ou anulação parcial do contrato, conforme consagrado no art.º 292.º do CC.

As partes podem não ter previsto a aplicação de tal figura, mas era exigível essa previsão, porque era uma decorrência legalmente prevista, no caso de proceder a invalidade invocada.

Para além e independentemente disso, como bem nota a recorrida, não é qualquer violação dos princípios do art.º 16.º da LAV que levam à anulação da decisão; necessário é que essa violação “tenha influência decisiva na resolução do litígio”. Ora, tal influência não se vislumbra.

Depois de todas as argumentações expendidas ao longo do processo, não alcançamos utilidade em que o tribunal notificasse as partes para lhes dar oportunidade de se pronunciarem sobre as possíveis consequência da declaração de nulidade/invalidade/ineficácia de algumas cláusulas, onde se incluiria a redução do negócio.

Violação não ocorreu. Mas ainda que se entendesse de modo diverso, não era fundamento para anulação, por não se vislumbrar qualquer influência decisiva no desfecho do processo.

Invocando contradições, incorrecções e erros de julgamento pedem as recorrentes a alterações das respostas dadas a determinados pontos da Base Instrutória.

A decisão recorrida ancora-se nos meios de prova produzidos, constituídos por prova testemunhal- cuja transcrição integral foi junta aos autos pelas recorrentes, tendo a recorrida transcrito e traduzido os depoimentos prestados em língua inglesa – e abundante prova documental, elementos probatórios estes que foram sujeitos ao contraditório e à livre apreciação do tribunal.

Aqui, alguns considerandos se impõem.

Temos por norte que as recorrentes foram notificadas da selecção dos factos, tendo-lhes sido dada oportunidade para chamarem à atenção para eventuais lapsos – fls 2030.

As partes deram uso a tal faculdade –req. fls 2079 e fls 2103-, sendo que das correções pedidas nenhuma se reporta à natureza da matéria inclusa como sendo “conclusiva” (de facto ou de direito) e como tal devendo ser eliminada ou reformulada.

Realizado o julgamento vieram as partes alegar de facto e de direito.

No tocante aos factos, as agora recorrentes indicaram de forma exaustiva quais eram as respostas que deviam ser dadas aos factos e que pugnavam como sendo as correctas, em função da prova feita, sendo que em momento algum questionaram a correcção das perguntas, na vertente de deverem ou não serem consideradas como “elementos de facto”, tendo proposto respostas concretas às mesmas perguntas que agora, em sede de recurso, defendem dever serem dadas como “não escritas” por conclusivas.

Não podemos deixar de consignar esta realidade pois, tratando-se, além do mais, dum tribunal de natureza privada, de raiz contratual, onde as partes quiseram dirimir os seus litígios, através de juízes privados em detrimento dos juízes estaduais, mal se compreende que não tenham tido a hombridade de alertar os seus árbitros para as ditas incorrecções, de forma a obviar aos sérios prejuízos (tempo e dinheiro) advindos de possíveis “anulações”.

Trata-se uma actuação processualmente censurável, onde impera falta de boa fé e falta a transparência de actuação, tendo deixado “guardada na manga” argumentação adjectiva para obstar a todo um trabalho desenvolvido, no caso da solução não ser de feição.

Neste enquadramento, diremos já e também porque se tratam de tribunais arbitrais, onde impera um menor rigor processualista, como decorre da maior simplificação das normas regentes, em comparação com o processo civil, não deverá este tribunal de recurso actuar, como agora pretendem as recorrentes, de acordo com padrões rígidos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Não será despiciendo convocar a ordem adjectiva provinda do Novo CPC, onde se deixaram de lado os rígidos conceptualismos para uma melhor adequação do direito à realidade da vida, não havendo agora preceito equivalente ao art.º 646º do CPC, onde se dizia ter “por não escritas as respostas do tribunal colectivo sobre questões de direito e bem assim as dadas sobre factos que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes”.

Sendo que daqui se vinha extrapolando (e bem, em certos caso, não todos) que também os juízos de valor ou conclusivos deveriam ter-se por não escritos.

Sobre facto matéria de facto/matéria de direito/ juízos conclusivos e actuações processuais veja-se, porque pertinente para o caso e elucidativo o Ac. do STJ de 2012/2/9, proferido no processo 3208/04.6TBBRR.L1, relatado pelo Exmo. Cons. Gabriel Catarino, acessível na base de dados da DGSJ: “Numa demonstração despida de construções epistemologicamente elaboradas, como acontece na doutrina indígena, Michele Taruffo centra a distinção entre questão de facto e questão de direito no plano da actividade probatória. Para este autor *“o princípio geral comumente aceite é que o direito não pode ser “provado” em sentido próprio e específico da palavra: iura novit curia, e corresponde ao juiz conhecer o direito aplicável para decidir o caso. Só os factos (quer dizer os enunciados sobre os factos) são objecto de prova. Os enunciados relativos aos aspectos jurídicos do caso podem ser objecto de decisão, de interpretação, de argumentação e de justificação mas não podem ser provados. Também os enunciados relativos aos factos são matéria de decisão, de interpretação, de justificação e de argumentação mas sobre tudo pode-se provar se são verdadeiros ou falsos”*. “Um facto não é nunca uma entidade simples e homogénea, definível de forma exhaustiva através de um enunciado elementar do tipo “*x existe*”. Cada facto se identifica através de uma variedade de circunstâncias de (tempo, lugar, temperatura, de cor, de som, de conduta e conexão com outras circunstâncias) que, por assim dizer, compõe o facto de que se trata”. [4]De notar que a distinção entre questão de facto e questão de direito não possui contornos tão claros e precisos que não deva o interprete buscar uma compreensão mais polissémica do significado a atribuir ao que deve ser interpretado como realidade sensível e apreensível pela percepção humana do que deve ser um puro e singelo exercício de razoamento lógico-indutivo. [5/6]Tendo como parâmetro de compreensão e cognoscibilidade o quadro hermenêutico alinhado, afigura-se-nos que os juízos conclusivos que foram levados à base instrutória adquiriram uma pré-compreensão da realidade factual de modo a poder dizer-se que, embora empregues na caracterização e definição normativa e como indutor conceptual de uma realidade jurídica, são inteligíveis e apreensíveis



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

pelo comum dos cidadãos tendo adquirido uma concepção factual impressiva e condutora de uma percepção real-factual de emanações vivenciadas e experienciadas no quotidiano. Não sendo, no purismo dos critérios e regras de percepção e selecção factológica, um exemplo, não pode dizer-se que a sua inclusão numa base instrutória seja de todo inviável e possa ancorar um pedido de nulidade da decisão de facto proferida por um tribunal. Acresce que a nulidade acoimada à decisão revidada é totalmente extemporânea e carecida de razão. Como se escreveu num recente acórdão deste Supremo tribunal “[tendo] incorrido reclamação a que alude o art.º 511.º n.º 2 do CPC contra a base instrutória, defeso é ao não reclamante inserir conclusão na sua alegação de recurso que constitua autêntica reclamação supracitada.” [7] A recorrente não reclamou da selecção efectuada pelo tribunal da matéria de facto inerida na base instrutória, pelo que lhe está vedado, nesta sede, prevalecer-se de razões que deveriam ter sido aduzidas no momento próprio e referente à peça processual que continha as entorses ou desvios de técnica jurídica que agora pretendem ver corrigidos.”

Este último segmento é assaz pertinente para no caso, atendendo ao silenciamento das recorrentes no momento oportuno, como já aludido.

Cada vez mais a jurisprudência se vai afastando dos rigores conceptualitas, das amarras do processo, para se lançar naquilo que é a construção do caso concreto e da obtenção da verdade material de forma a alcançar uma decisão consentânea com a realidade dos factos e não com a realidade do processo.

O que se impõe e aí todos seremos intransigentes é que o facto provado não contenha em si aquilo que constitui a essência da norma, pois se assim fosse a actividade judicial de aplicar a norma ao facto ficaria esvaziada de conteúdo.

Outra achega relevante é o Acórdão do STJ de 19 Outubro 2004 (JusNet 4936/2004) “se qualquer pessoa medianamente instruída e diligente, mesmo não sendo jurista, pode apreender o significado e discorrer em juízo sobre o conteúdo de termos como empréstimo, arrendamento, benfeitorias, cheque, letra, factura, etc, etc - tudo realidades que, sem qualquer dúvida, apresentam uma conotação jurídica impossível de negar e ignorar - assim também, por idêntica razão, poderá fazê-lo relativamente ao que seja uma "contrapartida" num qualquer negócio. Nisto, como em tudo aquilo que se relaciona com o problema, nunca definitivamente resolvido, da distinção entre matéria de facto e matéria de direito, há que agir com cautela e circunspecção. Não pode perder-se de vista que é praticamente impossível formular questões rigorosamente simples, que não tragam em si implicados, as mais das vezes, juízos conclusivos sobre outros elementos de facto; e assim, desde que se trate de realidades apreensíveis e compreensíveis pelos sentidos e pelo intelecto dos homens, não deve aceitar-se que uma pretensa ortodoxia na organização da base instrutória impeça a sua quesitação, sob pena de a resolução judicial dos litígios ir perdendo

progressivamente o contacto com a realidade da vida e assentar cada vez mais em abstracções (e subtilezas jurídicas) distantes dos interesses legítimos que o direito e os tribunais têm o dever de proteger.”

Acresce ao ponto em reflexão que, extinguindo-se o poder jurisdicional dos árbitros com o depósito da decisão, como decorre do art.º 25.º da LAV, não contrariado pelo Reg. – parece-nos que não tem o tribunal da relação a possibilidade de fazer uso dos poderes conferidos pelo art.º 715.º n.º4 do CPC, inseridos nos âmbito da reapreciação da matéria de facto, dado que não pode reenviar o processo para que o julgamento seja repetido, caso tal se mostre necessário - ver Paula Costa e Silva, Revista da AO ano 52, 1992, pag. 1001.

Pertinente também a opinião expressa por esta autora, no mesmo local, p.1002/1003, quando diz: “se o recurso funciona como fase de reapreciação, esta reapreciação, bem como o exame do bem ou mal julgado pela instância arbitral, só fazem sentido se a relação os apreciar tendo em atenção os princípios e as normas, que levaram à adopção de determinada solução pelos árbitros. Assim, só existindo um critério de decisão uniforme é legítimo afirmar que o recurso funciona como meio de reapreciação de uma decisão “.

Esta opinião, que partilhamos, impõe que nos afastemos do entendimento que vem sendo seguido, em várias decisões dos tribunais das relações, que fazem uma rigorosa aplicação das regras de processo, na análise da decisão arbitral, tratando-as nos exactos moldes em que se tratam as decisões judiciais.

A proceder-se assim subverte-se a filosofia inerente a esta ordem de tribunais que visam uma justiça abreviada e informal, logo liberta de muitos dos apertados espartilhos do CPC.

E a consequência, como se vê da análise dessas decisões, é que a generalidade das decisões arbitrais “vêm morrer à praia”. Ou seja, todo o esforço desenvolvido fica perdido, pois a consequência é sistematicamente a anulação da decisão arbitral. Mais negativamente impressivo é o entendimento de que as decisões arbitrais estão sujeitas à “fundamentação da decisão de facto” nos exactos moldes que as decisões judiciais, levando a sua omissão ou insuficiência à anulação da decisão decorrida. – ver, por todos, acórdão da Relação do Porto de 2012/12/3, proferido no processo 227/12.2YRPRT, acessível na base de dados do ITIJ.

Em sentido contrário, vejam-se as decisões jurisprudenciais que vêm referidas nesse mesmo acórdão, entre os quais três acórdãos do STJ.

Esta a posição que também este mesmo colectivo já tomou no acórdão de 21/2 de 2013 proferido na apelação 1139/12.5YRLSB (não publicado, ao que se saiba)

Aqui chegados diremos que na reapreciação da matéria de facto, não vamos usar dos canones estreitos do processo civil, antes faremos uma leitura tanto quanto possível consentânea com a que as partes e os Exmos. Árbitros fizeram, quando organizaram os factos assentes e aqueles que eram a provar, produziram e decidiram

a prova, sem que algum obstáculo ao uso dos “conceitos de facto” tenha sido levantado.

No tocante à reapreciação da matéria de facto, os poderes do tribunal de recurso resultam da conjugação do disposto no art.º 712.º com o art.º 685.º-A.

Deve o recorrente obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição do recurso – art.º 685.º-B n.º 1 CPC (a expressão “obrigatoriamente” foi introduzida nesta nova redacção, não existindo no preceito anterior correspondente –art.º 690.ºA-expressão equivalente):

- a) os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados;
- b) os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnada diversa da recorrida.

A parte que impugna a decisão proferida sobre matéria de facto tem, assim, um duplo ónus: circunscrever ou delimitar o âmbito do recurso, indicando claramente qual a parcela ou segmento da decisão proferida que considera viciada por erro de julgamento; fundamentar, em termos concludentes, as razões por que discorda do decidido, indicando ou concretizando os meios probatórios (constantes de auto ou documento incorporado no processo ou de registo ou gravação nele realizada) que implicavam decisão diversa da tomada pelo tribunal, quanto aos pontos da matéria de facto impugnados - veja-se Carlos Lopes do Rego, Comentários ao Código do Processo Civil, Almedina, pág.465.

De acordo com os princípios gerais adjectivos (que não podemos deixar de ter em consideração), as provas são livremente apreciadas pelo juiz, decidindo este segundo a sua prudente convicção, acerca de cada facto -nº 1, do art. 655, do CPC-, excepcionando-se desta regra os factos em que, por lei, a sua existência ou prova dependa de qualquer formalidade especial, caso em que esta não pode ser dispensada -nº 2 do mesmo preceito.

No caso em apreço, os factos controvertidos não dependem, seja quanto à sua existência (formalidade substancial) seja quanto à sua prova (formalidade probatória) de qualquer forma especial, designadamente documental ou pericial. Donde, a força probatória dos depoimentos das testemunhas sobre eles produzidos e dos documentos particulares apresentados é criticamente analisada e livremente apreciada pelo tribunal (art. 396.º do CC).

Estando assim, no caso, os factos controvertidos apenas sujeitos ao regime da livre apreciação do juiz, tem o julgador liberdade para formar a sua convicção sobre os mesmos, mas o que é necessário e imprescindível é que, no seu livre exercício de convicção, o tribunal indique «os fundamentos suficientes para que, através das regras da ciência, da lógica e da experiência, se possa controlar a razoabilidade daquela convicção sobre o julgamento do facto como provado ou não provado» - Miguel Teixeira de Sousa, Estudos Sobre o Novo Processo Civil, Lex, 1997, pág.348.

Neste caso dos autos, porque nos deparamos com uma fundamentação, que as mais das vezes remete para a simples indicação dos meios de prova, terá este tribunal que aferir se os meios indicados fornecem suporte suficiente que permita que se retire a convicção que se retirou, o que impõe uma análise detalhada da globalidade dos depoimentos prestados, o que faremos de seguida.

17.1. Prova ilícita

Nas suas contra-alegações a recorrida alude diversas vezes àquilo que denomina de “prova ilícita”.

Trata-se de um conjunto de documentos que as recorrentes lograram fazer juntar aos autos, com a oposição da recorrida que defendeu tratar-se de documentação interna e/ou com carácter confidencial e por isso não deveria ser admitida.

Contudo, por despacho de 11 de Outubro de 2010 –fls 2032- o tribunal arbitral (com um voto de vencido) decidiu admitir essa junção, por entender não se tratar de prova ilícita, sendo certo que essa decisão não foi objecto de impugnação, donde a temos por transitada.

17.2. Impugnação das recorrentes

I. Invocam as recorrentes contradição no confronto das matérias dos arts.º 21.º e 22.º com as matérias dos arts.º 73.º, 55.º e 60.º

Art.º 21.º

“A Demandada não procedeu ao switch de sell-in para sell-out na dimensão constantes das previsões, mantendo uma parte significativa dos produtos por si comercializados com base na informação dos laboratórios, usando, nalguns casos, a informação das farmácias para verificar e validar os dados oriundos dos armazenistas”

Art 22.º da BI – *“Ao não utilizar os dados das Demandantes na escala constante das previsões, a Demandada impediu que a parceria tivesse facturação mais elevada”.*

Art.º 73.º

“O pagamento de diferenciais, previsto na cláusula 10ª, conferia às Demandantes uma vantagem sem qualquer justificação económica plausível” –

Art.º 55.º -parte *“O contrato contraria os interesses da Demandada, no que respeita ao preço e ao pagamento de diferenciais” – parte final da resposta ao facto 55.*

Art.º 60.º-*“A contradição com os interesses económico-financeiros da Demandada, considerados globalmente, era evidente para qualquer pessoa conhecedora daquela área de negócio, em especial, para Carlos Mocho e para as Demandantes e seus legais representantes, profissionais altamente qualificados”*

Invocam ainda, em abono da contradição alegada, a matéria dos arts.º

-28.º *“em datas incertas do 2º semestre de 2008, mas antes de Outubro, João Cordeiro,*

presidente da Direcção da ANF, manifestou a Carlos Mocho, gerente da Demandada, a sua insatisfação com o resultado da parceria."

-29.º "em meados de 2008, João Cordeiro, presidente da Direcção da ANF, comunicou a Carlos Mocho, gerente da Demandada, que a ANF queria, até ao final desse ano, pôr termo ao contrato em vigor"

- 57.º "a reacção das Demandantes aos maus resultados da parceria não colheu de surpresa a Demandada".

Alegam que: "não se alcança por que razão o Tribunal considera provado, por um lado, que um dos pressupostos/expectativas do Contrato de 2006 era o *switch* de dados de armazenistas (*sell in*) para os dados de farmácia (*sell out*); que a Recorrida IMS não procedeu àquele *switch* na dimensão esperada; que a Recorrida utilizou, nalguns casos, dados de farmácia (*sell out*) para validação de dados provenientes do painel armazenista (*sell in*) (o que, nos termos do contrato, implica que se conclua que a Recorrida utilizou dados fora dos termos da parceria e nela não reportados...),

E, por outro, que considere que ao não proceder à utilização de dados de farmácia (*sell out*) em larga escala, ou pelo menos na escala constante das previsões, a Recorrida impediu que a parceria tivesse facturação mais elevada, Sem que, num tal cenário, considere violado – ou pelo menos comprometido – o Contrato de 2006..."

Contra-argumenta a recorrida que:

- o Tribunal não considerou que o *switch* era um dos pressupostos do Acordo de 2006;

-o Tribunal admite que nas previsões estava incluída uma mudança progressiva de um painel (*sell in*) para outro (*sell out*) (ver respostas aos factos 5, 6, 7, 13 da BI), mas o *Switch* não está contratualizado, não consta do Acordo de 2006, nem de nenhuma adenda; não foi igualmente contratualizada a garantia de qualquer mínimo de facturação (facto 10 da BI), foi proposto mas recusado pela Recorrida (pela equipa de trabalho constituída para negociar o Acordo de 2006); está provado que: as dificuldades de implementação do Acordo de 2006, importou para os contraentes prejuízos em partes iguais e que o *Xponent* contribuiria significativamente para as receitas da parceria (factos 13, 13-A, 14 da BI); não houve incumprimento contratual da Recorrida.

Cuidamos aqui tão só da invocada contradição, uma vez que iremos seguir a metodologia das recorrentes e adiante se apreciará de novo alguma desta factualidade.

Querem as recorrentes retirar ilações que neste ponto não alcançamos; pretendem fazer uma ligação directa entre o facto da demandada não ter procedido à mudança dos dados de armazenista (*sell-in*) para os dados de farmácia (*sell-out*) com os valores fixados a título de compensação.

Não temos para nós que seja questão esclarecida, contrariamente às



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

recorrentes, que as “compensações” fixadas no contrato de 2008 tenham sido uma contrapartida decorrente de “incumprimentos” do contrato de 2006. Nem sequer a questão do incumprimento do contrato de 2006 é matéria assente.

Uma coisa é as recorrentes discordarem das respostas, outra coisa é imputar-lhes a deficiência da contradição.

E a haver contradições, têm as mesmas que ser evidentes e por isso a imporem uma alteração. Ora, evidência de contradição não se alcança.

II- contradição entre as respostas aos arts.º 36.º e 35.º

Art.º 36.º *“Em relação a 2007, a compensação de € 2.291.613,03 foi calculada a partir do montante de € 2.761.000 (valor de 50% da previsão de receita feita em 15.12.2006), acrescido de € 350.000 (valor igual ao de facturas emitidas e contabilizadas pela IMS, que a ANF não reconhecia) e deduzido de € 819.386,97 (valor já pago à ANF) Em relação a 2008, o valor de 2.440.399,24 (correspondente ao valor, sem IVA, da factura n.º GER — 0900002 emitida pela ANF “pelo diferencial relativo a 2008”) foi calculado a partir do montante de € 3.511.550 (valor de 50% da previsão de receita feita em 15.12.2006), deduzido de € 105.000 (valor igual a metade da contribuição em serviços a prestar pela ANF, que esta afinal não disponibilizou) e de € 966.150,76 (valor já pago à ANF).*

O art.º 35.º, que mereceu a resposta de “Não Provado”, tinha a seguinte formulação “A compensação estipulada no contrato de 2008 pelos valores não recebidos em 2007 e 2008 justificava-se pela expectativa criada pela Demandada que serviu de base à negociação do contrato de 2006 de que os valores projectados seriam atingidos.

Defendem as recorrentes que: “Neste caso, independentemente de o Tribunal Arbitral entender que foi, ou não, justificada a compensação estipulada no contrato de 2008, é inequívoco que a razão de ser daquela compensação reside na diferença entre as expectativas projectadas para a parceria e os montantes efectivamente recebidos pelas Recorrentes ao abrigo daquela mesma parceria.”

Contra-alega a recorrida que:

- as Recorrentes não lograram provar que as estimativas faziam – porque de facto não faziam – parte integrante do Acordo 2006; Não ficou provado que as expectativas foram criadas pela Recorrida (porque efectivamente não foram),

- o que ficou provado foi que as projecções/estimativas foram sendo progressivamente revistas pelas partes;

- as Recorrentes não lograram provar a base negocial da expectativa, nem o fundamento para a compensação prevista na Cláusula 10ª do Acordo de 2008 (vide resposta ao facto 35 da BI);

Concluem, assim, que dificilmente o Tribunal Arbitral poderia concluir pela (alegada) justificação do cálculo efectuado para a compensação estipulada na Cláusula 10ª do Acordo de 2008.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Não vemos a apontada contradição.

No art.º 36.º pretendia-se apurar como é que foi efectuado o cálculo das compensações e assim se respondeu em conformidade.

O art.º 35.º tinha um alcance completamente distinto e que era o de saber se essas compensações tinham ou não “justificação”, resposta que impõe uma apreciação completamente diversa; que as compensações foram fixadas e como é que foram calculadas, é um facto. Agora saber se são compreensíveis no contexto dos contratos, se devem ser tidas como “justificadas”, no âmbito de relações comerciais do tipo das estabelecidas entre as partes, é questão completamente diversa, que impõe um juízo sobre toda a dinâmica económico-contratual que rodeou as ditas “compensações”.

Por outro lado, também dificilmente haverá contradição entre um facto provado e outro não provado; é que o não provado, nada significa, a não ser que o tribunal não alcançou convicção segura que lhe permita dar qualquer resposta positiva. Não provado, como é sabido, não significa a prova do contrário. Daí apenas se retira que o tribunal não ficou convencido que “as compensações tivessem justificação pela expectativa...”; não quer dizer que as não tenham, só o tribunal é que disso não se convenceu, sendo que a convicção do julgador é um momento de liberdade de consciência, em face da panóplia dos elementos probatórios. Erro de julgamento poderá haver. Contradição não se vislumbra.

III- contradição entre o art.º 13.º-A da BI por um lado e os arts.º 9.º e 17.º dos FA e resp. Art.º 8BI

Art.º 13-A BI perguntava-se: *“Não alcançar os objectivos da joint venture implicou prejuízos para os contraentes em partes iguais”*.

Respondeu-se *“Provado que não alcançar as previsões da joint venture implicou prejuízos para ambos os contraentes”*.

Art.º9.º FA *“Ao abrigo deste contrato [o de 2003], a IMS pagou às Demandantes as seguintes verbas: € 386.700 em 2004, € 1.121.400 em 2005 e € 1.294.500 em 2006”* –

Art.º17.º FA e resposta art.º 8.ºBI *“As receitas não evoluíram como se esperava: em 2007 e 2008, as Demandantes apenas receberam € 819.386,97 e 966.150,76, respectivamente, ou seja, menos de um terço do valor previsto na mais conservadora das previsões constantes do FP XXVIII e pouco mais de metade do que receberiam pelo contrato de 2003”*

Entendem as demandantes que deverá ser dado como “não provado” o facto 13-A da BI.

O facto das demandantes terem recebido menos do que o esperado ou, se quisermos, terem tido prejuízo, não vemos em que moldes poderia estar em colisão com o outro grupo de factos, onde se alude àquilo que as demandantes efectivamente receberam.

IV – Art. 55.º Pretendem que se elimine a expressão “surpresa”, por violação dos art.º 513.º e 646.º do CPC.

Tem o seguinte teor a resposta impugnada:

“ na preparação e negociação do novo contrato com a ANF não participaram Directores e demais colaboradores da Demandada, que a sua assinatura apanhou de surpresa a hierarquia internacional e que o contrato contraria as políticas comerciais do Grupo IMS Health e os interesses da Demandada, no que respeita aos aspectos a que se referem as respostas aos n.ºs 73 e 87 da BI”

Alegam que “a expressão “surpresa” ou “apanhou de surpresa” incluída na resposta ao aludido facto 55 da BI não constitui um facto, enquanto acontecimento do mundo exterior susceptível de apreensão sensorial.”

Propõem a resposta: *“Provado que na preparação e negociação do novo contrato com a ANF não participaram Directores e demais colaboradores da Demandada, e que o Grupo IMS Health não foi previamente informado da data de assinatura do contrato”.*

Contrapõe a recorrida que as deficiências das respostas não podem ser sindicadas à luz do CPC, por inaplicável.

Aqui não podemos deixar de lembrar, mais uma vez, que as partes decidiram ir esgrimir as suas armas e obter uma decisão num tribunal de natureza privada, com regras próprias por si definidas mas, contrariamente à regra neste tipo de processo – não existência de recurso para os tribunais estaduais- fizeram questão de não aceitar essa regra do jogo e quiseram deixar consignando a possibilidade de recurso, sendo certo que não o restringiram à reapreciação das questões de direito; donde, está este tribunal confrontado com as questões inerentes à reapreciação da decisão de facto, o que obviamente impõe o uso de algumas regras, sendo que os tribunais estaduais só conhecem o CPC.

Quanto à questão “surpresa”, não concordamos com as recorrentes: trata-se de uma expressão que é do senso comum e que é perfeitamente apreensível; “ser surpreendido”, “ser apanhado de surpresa” é o mesmo que não estar à espera que determinado acontecimento ocorra, não estar prevenido, avisado etc.etc... Ora, o que se pretendia saber era se a assinatura do contrato constituiu um facto com o qual a entidade patronal não estivesse a contar, não fosse previsível, não fizesse parte das expectativas e os mais termos que se possam chamar à colação.

O Tribunal (mal ou bem, aqui não importa ainda) convenceu-se de que a assinatura do contrato não foi uma ocorrência expectável para a estrutura da demandada, não estava a contar com isso, logo, foi surpreendida por esse facto.

Obstáculo à resposta não vemos, sendo que a resposta proposta pelas demandantes apenas tem em vista retirar sentido útil à questão que estava subjacente

à pergunta.

Se é a melhor técnica de pergunta, isso é outra questão, mas irreleva agora.

Mantém-se pois a resposta dada.

V- art.º 60.º BI - Pretendem que se elimine a expressão “evidência”, por violação dos art.º 513.º e 646.º do CPC.

Art.º 60.º “ a contradição com os interesses económico-financeiros da Demandada, considerados globalmente, era evidente para qualquer pessoa conhecedora daquela área de negócio, em especial, para Carlos Mocho e para as Demandantes e seus legais representantes, profissionais altamente qualificados”

Alegam que “a conclusão sobre a “evidência” de uma determinada situação da vida real não constitui um facto determinável por si (não se aplica aqui o artigo 514.º do CPC), antes constituindo uma conclusão lógica a extrair dos demais elementos de facto disponíveis (o Tribunal Arbitral apenas podia considerar como provados os específicos interesses económico-financeiros da Recorrida e a qualificação profissional de Carlos Mocho e dos legais representantes da Recorrente ANF). A resposta ao facto 60 da BI (FP LXXX) deverá, por isso, ser considerada não escrita, nos termos dos artigos 513.º e 646.º, n.º 4, do CPC, por radicar num juízo valorativo de factos e não ser um facto em si e por consubstanciar uma mera conclusão.”

Não concordamos que a expressão tenha que ser irradicada.

Na perspectiva duma maior flexibilização do mundo dos “factos”, como atrás apontado, julgamos que aferir do que seja o sentir do “homem médio” com os conhecimentos específicos da específica área onde nos movemos, terá que ser apurado em face dos elementos de prova produzidos; a não ser assim teriam as partes que ter alegado e provado o que é “normal”, “comum”, “ajuizado” num caso como o dos autos, para então depois se poder retirar a ilação que decorre da pergunta feita. Como assim não foi feito (o que também seria de um purismo técnico extremo e quiçá até inadmissível, pois poderia ser contra-argumentado que se tratavam de questões abstractas), teve o tribunal que emitir o seu juízo, em função dos meios que lhe foram apresentados (depoimentos de pessoas qualificadas) sobre a questão de saber se qualquer técnico qualificado, com conhecimentos na área onde se movem as partes, entenderia o negócio realizado como económica e financeiramente desfavorável à demandada, ou seja, feito em moldes que não salvaguardavam os interesses da empresa, por funcionário a quem caberia, enquanto tal, zelar pela salvaguarda desses mesmo interesses.

Mantém-se pois a resposta.

VI – art.º 73.º



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

“ o pagamento de diferenciais, previsto na cláusula 10.ª, conferia às Demandantes uma vantagem sem qualquer justificação económica plausível”.

Alegam as recorrentes: *“a expressão “(...) sem qualquer justificação económica plausível” é uma pura conclusão que, para se alcançar, terá de se basear em factos concretos e identificáveis. Acontece que o Tribunal não provou qual a vantagem traduzida para as Recorrentes com os pagamentos de diferenciais constantes da cláusula 10.ª nem qual o prejuízo concreto para a Recorrida com aquela cláusula do mesmo contrato. Por estas razões, e por consubstanciar um facto meramente conclusivo sem suporte em factos reais, deverá, nos termos dos artigos 513.º e 646.º, n.º 4, do CPC, ser considerada não escrita a resposta do Tribunal Arbitral”*

O Tribunal Arbitral fundamentou a sua resposta nos moldes seguintes:

“Sendo o pagamento de diferenciais objectiva é evidentemente desvantajoso para a IMS, não lograram os negociadores e subscritores do contrato, JC e CM, apresentar qualquer justificação coerente; para as expectativas unilaterais da ANF, que alegaram, não apresentaram qualquer fundamento económico ou jurídico plausível; quanto à eliminação das cláusulas de exclusividade e de não concorrência e à necessidade de uma cláusula de protecção do know how, a prova produzida, v. g. o depoimento de HM, não foi convincente).”

Com esta fundamentação fica bem compreendida a motivação da resposta. Numa lógica economicista e comercial pagar é sempre uma “desvantagem”, dado significar uma diminuição de património. Assim, cada pagamento haverá que ter um fundamento concreto, alicerçado numa qualquer contrapartida já obtida ou a obter, do outro contraente.

O que se pretendia apurar era se no âmbito das regras que regiam naquele concreto tipo de relações comerciais, as contrapartidas fixadas tinham um suporte técnico-financeiro compreensível; ou seja, se os montantes fixados como contrapartidas tinham efectiva correspondência no concreto prejuízo que a recorrida tivesse causado às recorrentes, por incumprimento do anterior contrato.

No fundo, esses diferenciais, mais não eram do que a fixação duma compensação por qualquer actuação da demandada, no âmbito da execução do anterior contrato. Ora, o que o tribunal diz é que não encontrou na actuação da demandada justificação consentânea, dentro duma normal lógica económico-financeira, para os valores encontrados, ao que acresce ainda que esse mesmo contrato, para além de prever as ditas compensações, apresentava outro tipo de desvantagens para a recorrida, pois punha fim à cláusula de exclusividade e não salvaguardava o know-how da recorrida que tinha passado a ser acessível à ANF, por via de vários anos daquela relação comercial.

Neste quadro e dada a grandeza de valores fixados a título de diferenciais, o que o tribunal diz é que não encontrou justificação de cariz económico, que torne

compreensível os valores fixados (inferimos que terá atendido à exigência daquele mínimo de equilíbrio que deverá presidir ao estabelecimento das prestações de cada um dos contraentes, no âmbito da celebração de qualquer negócio de natureza lucrativa, por oposição a gratuita).

Assim entendida, julgamos que se pode ainda considerar a resposta no âmbito dos factos.

Mantém-se a resposta.

VII – art.º 76.º

“no mercado relativo aos dados das vendas das farmácias em Portugal, necessários para os estudos de pharma market intelligence, nalguns segmentos de mercado, a ANF detém uma quota esmagadora, reunindo no seu âmbito como associadas 97% das farmácias portuguesas, sendo difícil a outras empresas obter aqueles dados” (FP VIII).

Alegam: “conceito de *difficuldade* ou *facilidade* na obtenção de dados directamente às farmácias não é um facto concretamente apurável *de per se*, pelo que, nos termos dos artigos 513.º e 646.º, n.º 4, do CPC, deverá a expressão “*sendo difícil a outras empresas obter aqueles dados*” ser eliminada da resposta ao aludido facto 76 da BI (FP VIII), sugerindo-se a seguinte redacção de resposta: “*provado que no mercado relativo aos dados das vendas das farmácias em Portugal, necessários para os estudos de pharma market intelligence, nalguns segmentos de mercado, a ANF detém uma quota esmagadora, reunindo no seu âmbito como associadas 97% das farmácias portuguesas*”.

Não colhe a censura feita.

O conceito de “*difficuldade*” terá sido aferido no circunstancialismo do caso, parecendo até redundar numa evidência essa *difficuldade*, em face da afirmação antecedente de que a ANF detém 97% do mercado das farmácias como suas associadas, a que acresce que “a ANF centraliza o fornecimento dos dados de grande maioria das farmácias suas associadas” –resp. art.º 80.ºBI.

Neste contexto, os dados que possam vir a ser fornecidos, fora do circuito da ANF, não terão valor significativo, para o mercado da dita recolha de dados, pois provêm de um universo muito restrito; os dados só terão relevância, na medida em que provenham dum universo alargado.

O tribunal ter-se-á convencido da *difficuldade* doutras empresas de virem a obter os ditos dados, “*difficuldade*” a que sempre se chegaria em face da conjugação dos sobreditos factos, mesmo sem a alusão expressa à *difficuldade*.

Embora com contornos de algum juízo valorativo, não existem razões válidas para se eliminar a expressão, que assim se mantém.

VIII – art.º 87.º

“O preço de 255€ fixado na cláusula 6.º, n.º 1, do contrato de 2008 é excessivo, porque não

tem em conta o custo directo para a ANF e é muito superior ao preço praticado noutros mercados para serviços equivalentes” (cfr. FP LXXVII).

Alegam as recorrentes “Da resposta ao aludido facto resulta evidente que não foi considerado provado qualquer *facto* concreto. Para que o Tribunal Arbitral pudesse *concluir* que o preço de €255,00 era “*excessivo*” – e a *excessividade* do preço de €255,00 não é um facto em si mesmo – teria de, previamente, provar qual o custo efectivo, para a ANF, com a venda de dados por farmácia e qual o preço praticado no mercado para a venda de dados por farmácia; de qualquer forma, essa determinação não permitiria concluir pelo carácter excessivo, sendo necessário operar um juízo noutra sede, que não na discussão da matéria de facto.

Deverá, por isso e ao abrigo dos artigos 513.º e 646.º, n.º 4, do CPC, ser considerada não escrita a resposta ao facto 87 da BI (FP LXXVII).”

A expressão não deveria ter constado da resposta, não sob a vertente de ser conclusiva (dado que a “conclusão” não aparece desgarrada, pois contém em si mesma os elementos que levaram o tribunal a alcançar o juízo de “excessivo”), mas porque a “expressão” contém, no caso, matéria de direito, dado que o conceito de “preço excessivo” é usado para a aplicação das normas que regem no direito da concorrência.

Mas, como é evidente, o caso não é para se dar a resposta como não escrita, sendo antes de modificar a resposta, eliminando-se o conceito e elaborando a resposta de forma a conter matéria de facto, pertinente, abrangida pela pergunta e resultante da prova (depoimentos de CM e AAS).

Assim altera-se a resposta nos moldes seguintes:

Art.º 87.º

O preço de 255€ fixado na cláusula 6.º, n.º 1, do contrato de 2008 não tem em conta o custo directo para a ANF e é o valor mais alto conhecido, várias vezes superior ao preço praticado noutros mercados para serviços equivalentes.

IX- Art.º 91.º

“(…) nas circunstâncias actuais, a Demandada não tem de facto condições para ser cliente da ANF”

Defendem as recorrentes que :“Ao considerar que a Recorrida “(…) não tem de facto condições para ser cliente da ANF” o Tribunal está a produzir um juízo valorativo e hipotético sobre quais são essas condições, já que a existência, ou não, de *condições necessárias* para a Recorrida continuar a ser cliente da Recorrente ANF não pode ser provada com meros em juízos hipotéticos.

Deverá, assim e de acordo com o disposto nos artigos 513.º e 646.º, n.º 4, do CPC, ser considerada não escrita a resposta do Tribunal ao facto 91 da BI (FP CXVII).”

Contrapõe a recorrida: “Resulta bastante evidente da imposição de condições não equitativas à IMS, em particular do preço exigido pelas Recorrentes de 255 euros, acrescido das compensações (5.678.414,69 euros) que se está perante uma situação em que é economicamente irracional a Recorrida manter qualquer relação comercial com aquela não tendo, portanto, condições para ser sua cliente. Se fosse possível à Recorrida pagar o preço exigido pelas Recorrentes, estas estariam numa posição de flagrante superioridade concorrencial e, conseqüentemente, a IMS encontrar-se-ia sem condições para ser cliente/concorrente da ANF. Vejam-se, neste sentido, os depoimentos das testemunhas Adel Al-Saleh e Carlos Mocho”.

O tribunal indicou como fundamentos para a sua convicção os depoimentos de Adel A-Saleh, Carlos Godinho Hugo Mendes e Carlos Mocho.

Contrariamente ao que invocam as recorrentes, não se tratam de juízos hipotéticos, mas sim da própria posição da recorrida que foi peremptória em afirmar que, exigindo as demandante os pagamentos em discussão (como exigem tendo arrestado bens da recorrida para garantir esses valores), antes de poderem ser reatadas quaisquer outras negociações e instalado que está o litígio, negando a recorrida a obrigação desse pagamento, por via da obtenção de declaração de invalidade do contrato, decorre à evidência o facto dado como provado.

Vejam-se os excertos pertinentes dos depoimentos transcritos pela recorrida nas suas alegações, salientando-se:

AL-SALEH:” *tentei contactar o Sr. Cordeiro, por cartas e por telefonemas para marcar uma reunião e a resposta que recebi foi: “terão de liquidar o pagamento de retroactivos, antes da abertura de quaisquer negociações. ... nas actuais condições e nas condições em que estamos em disputa, não podemos ser um cliente da ANF; é impossível. Em outras circunstâncias, outras condições, é possível. Mas não nas actuais condições.”*

Mantém-se, pois, a resposta.

X- art.º 5.º

Perguntava-se: O contrato de 2006 teve como pressuposto projecções de receita elaboradas e desenvolvidas pela Demandada e apresentadas às Demandantes, que foram sendo progressivamente afinadas, conforme o seguinte quadro:

Respondeu-se: “Provado que o contrato de 2006 teve como pressuposto projecções que foram sendo progressivamente revistas, conforme o seguinte quadro:

	2007	2008	2009	2010	2011
<i>Previsão de 15.12.2006</i>	5.522.0 00,00	7.023.1 00,00	7.916.7 55,00	8.985.78 0,00	10.270. 979,00
<i>Previsão de 10.11.2006</i>	6.122.0 00,00	7.615.6 00,00	8.496.3 80,00	9.546.19 9,00	10.804. 759,00

Previsão de 07.09.2006	6.552.0 00,00	8.067.1 00,00	8.970.4 55,00	10.043.9 78,00	11.327. 427,00
------------------------	------------------	------------------	------------------	-------------------	-------------------

O tribunal fundamentou a sua convicção nos depoimentos das testemunhas Paulo Duarte, Carlos Mocho, Suzete Duarte, João Paulo Guerra e nos documentos 5 junto com a p.i e 13 junto com a contestação.

A discordância situa-se ao nível do segmento eliminado: que as projecções foram elaboradas e desenvolvidas pela Demandada e apresentadas às Demandantes

Alegam que “o Tribunal Arbitral não tomou em consideração o **Docs. n.ºs 4** (Cláusula 2.ª, n.º 1) e **5** junto pelas Recorrentes na Petição Inicial nem os Docs. n.ºs 10, 13 a 18 [em especial o Ponto 4, alíneas a) e b)] , 19 a 21 e 26 da Contestação da Recorrida. De acordo com tais documentos, os produtos constantes das projecções – à excepção do produto (2) ANF – Produtos & Serviços – apenas podem ter sido elaborados e trabalhados pela própria Recorrida, não possuindo as Recorrentes qualquer forma de confirmar tais valores.

Quanto à prova testemunhal, as testemunhas Paulo Duarte, Carlos Mocho, João Paulo Vaz e João Paulo Guerra, confirmaram que os produtos da IMS foram elaborados pela IMS, enquanto os produtos da ANF (que aliás era apenas um...) foram elaborados pela ANF e que a Recorrente ANF não tinha possibilidade de proceder à sua elaboração.” Pedem a alteração da “provado”.

Transcrevem diversos excertos dos depoimentos das referidas testemunhas.

Pretendem assim as recorrentes que o tribunal errou ao não se convencer de que projecções foram elaboradas e desenvolvidas pela Demandada e apresentadas às Demandantes, o que significaria concluir que a ANF não teve intervenção nem na elaboração nem no desenvolvimento dessas mesmas projecções.

Os documentos indicados não são de molde a impor uma alteração à convicção alcançada pelo tribunal (ou à falta dela).

Dos próprios segmentos dos depoimentos das testemunhas, transcritos nas alegações, não podemos concluir como pretendido, antes se retira que se tratou de um trabalho conjunto, entre elementos da ANF e da IMS.

Que a IMS terá tido maior intervenção não se questiona, mas que não resultou dum trabalho conjunto, não podemos afirmá-lo.

A testemunha João Paulo (ex-ANF) a fls 4882 – é peremptória em afirmar que os estudos e as estimativas foram feitas em conjunto pela ANF e pela IMS, e não só pela IMS.

Também a testemunha Hugo Mendes, embora não indicada concretamente a esta matéria, esclareceu, de forma circunstanciada, que as estimativas foram feitas em conjunto, por si, pelo lado da IMS e João Guerra e Paulo Vaz, pelo lado da ANF, que

eram pessoas conhecedoras dado terem ligações a multinacionais – ver depoimento transcrito a fls. 5007.

O documento 5 apresenta-se como uma base de trabalho para futuras discussões e como sendo o produto dos pressupostos analisados em anterior reunião.

O documento 13 não permite qualquer conclusão determinante, o mesmo se dizendo em relação à demais provada documental avançada.

Os documentos 9 e 11, juntos com a contestação, confirmam a colaboração estreita entre as partes, com a formação duas equipas de trabalho, com vista à construção de joint venture.

Para se proceder à alteração pretendida teria que se detectar um erro do julgador perante os elementos indicados. Ora, destes elementos não ressalta qualquer erro evidente a necessitar de ser corrigido. O tribunal não se convenceu no sentido pretendido pelas recorrentes, não encontrando nós elementos que nos sugiram convicção diversa.

Nada a alterar.

XI – Art.º 7.º perguntava-se :” *“Foi com base nestes pressupostos que as Demandantes aceitaram os termos da parceria e concordaram em atribuir a exclusividade a essa parceria”*

Tendo-se respondido: *“Provado o que consta do FA 13.º (na parte em que remete para o doc. N.º 4 PI) e das respostas aos ns.º 5 e 6 da BI (os depoimentos de PD, SD, JC e JPG foram, na parte não provada, imprecisos e/ou não convincentes).*

Sendo que no antecedente art.º 6.º se perguntava: *“A parcela fundamental das previsões referidas no FA 15º dizia respeito, pelo menos nos primeiros anos, aos produtos já comercializados pela IMS, nomeadamente os produtos até então produzidos com base na informação oriunda dos armazenistas e que deveriam passar a ser produzidos, de forma progressiva, com base na informação oriunda do painel de farmácias.”*

Tendo-se respondido: *“Provado que a parcela fundamental das previsões referidas no FA 15º dizia respeito, pelo menos nos primeiros anos, aos produtos já comercializados pela IMS, nomeadamente os produtos até então produzidos com base na informação oriunda dos armazenistas, prevendo-se a diminuição dos valores oriundos do painel armazenista e o aumento dos valores do painel das farmácias, de tal modo que, a partir de 2008, este valor ultrapassaria o valor oriundo do painel armazenista (conforme resulta dos depoimentos de CM e SD e dos docs. N.ºs 13 e 14 C).*

Alegam as recorrentes: *“o Tribunal Arbitral não considerou provado que foi com base nas previsões constantes do quadro junto como Doc. n.º 5 na Petição Inicial (e reflectidos na resposta ao facto 5 da BI – FP XXVIII), que por sua vez pressupunha*

uma mudança progressiva do painel armazenista para o painel de farmácias, que as Recorrentes aceitaram os termos da parceria e concordaram em atribuir a exclusividade a essa parceria.

Ora, o que neste facto 7 da BI se pretendia apurar era uma relação de causa-efeito. O Tribunal, em vez de responder a isso, optou por dar uma resposta que indiciasse que as Recorrentes não tinham qualquer expectativa jurídica relevante de que as previsões se concretizassem. Não era isso que se perguntava. Aqui o Tribunal deveria ter simplesmente respondido à questão de saber se tinha sido por causa daquele conjunto de estimativas que as Recorrentes haviam entrado no acordo de parceria.

Começando pelo acervo documental, consta do **Doc. n.º 66** das Recorrentes (ou do Doc. n.º 13, 2.^a folha, junto pela Recorrida em 04.01.2011) que o pressuposto da parceria era a verificação das projecções que pela Demandada, Recorrida, haviam sido apresentadas às Demandantes, Recorrentes.

Sabemos ainda que *“As receitas [da parceria] não evoluíram como se esperava: em 2007 e 2008, as Demandantes apenas receberam €819.386,97 e €966.150,76, respectivamente, ou seja, menos de um terço do valor previsto na mais conservadora das previsões constantes do FP XXVIII e pouco mais de metade do que receberiam pelo contrato de 2003”* – FP XXII (FA 17 e resposta ao facto 8 da BI) e que *“A reacção das Demandadas aos maus resultados da parceria não colheu de surpresa a Demandada”* (cfr. resposta ao facto 57 da BI, FP LVI).

Quanto à prova testemunhal, as testemunhas Paulo Duarte, João Paulo Guerra, Suzete Costa e João Cordeiro, de uma maneira ou de outra, confirmaram que as Recorrentes, Demandantes, apenas celebraram o Contrato de 2006 porquanto acreditaram nas projecções elaboradas pela Recorrida, Demandada, que às primeiras foram apresentadas. As projecções eram, como foram, o pressuposto da parceria.

Transcrevem segmentos desses depoimentos e concluem pedindo que a resposta ao facto 7 da BI seja alterada, passando a constar como *“Provado que foi com base nestes pressupostos que as Demandantes aceitaram os termos da parceria e concordaram em atribuir a exclusividade a essa parceria”*.

Em face das respostas conjugadas aos art.º 5.º, 6.º da BI e do art.º 15.º dos FA já está provado que:

-o contrato de 2006 teve na sua base as projecções de receitas que constam do quadro que integra ao art.º 5.º da BI

-essas projecções (ou previsões) tinha como pressuposto o desenvolvimento de novos produtos e serviços -art.º 15.º FA

- a parcela fundamental das previsões referidas no FA 15.º dizia respeito, pelo menos nos primeiros anos, aos produtos já comercializados pela IMS, nomeadamente aos produtos até então produzidos com base na informação oriunda dos armazenistas, prevendo-se a diminuição dos valores

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

oriundos do painel armazenista e o aumento dos valores do painel das farmácias, de tal modo que, a partir de 2008, este valor ultrapassaria o valor oriundo do painel armazenista.

O tribunal entendeu não dar por provada mais matéria que esta.

Nós também não alcançamos que tenha sido por causa das projecções que a ANF “aceitou” fazer a parceria e dar exclusividade à IMS.

A pergunta, tal como está equacionada, inculca uma ideia que, de alguma forma, é contrária àquela que se adquire no confronto da prova documental. Temos para nós que foi um projecto em que ambas as partes embarcaram, em conjunto, para assim assumirem riscos e lucros e não uma proposta feita pela IMS à ANF, que esta se limitou a aceitar, porque “acreditou” nas estimativas dos lucros que iria auferir. Para se responder no sentido pretendido pelas recorrentes necessário era que nos tivéssemos convencido do segundo cenário e não nos convencemos.

Assim, mantém-se a resposta tal como foi dada, restritivamente.

XII – art.º 21 da BI

Perguntava-se: “A Demandada não procedeu ao referido switch, mantendo a maioria dos produtos por si comercializados com base na informação dos laboratórios, usando a informação das farmácias quase exclusivamente para verificar, validar e suprir a falta de qualidade dos dados oriundos dos armazenistas, sem nada pagar por esta utilização, aumentando as receitas e diminuindo consideravelmente os custos com a aquisição de dados às farmácias.

Respondeu-se: “Provado que a Demandada não procedeu ao switch de sell-in para sell-out na dimensão constante das previsões, mantendo uma parte significativa dos produtos por si comercializados com base na informação dos laboratórios, usando, nalguns casos, a informação das farmácias para verificar e validar os dados oriundos dos armazenistas (conforme resulta dos depoimentos de PD, SG, CM, SD e HM e dos docs. ngs CM-1, 51, 53 e 80 juntos pelas Demandantes).

Alegam as recorrentes: “O Tribunal Arbitral não considerou provado que a Recorrida nada liquidou às Recorrentes, tendo aumentado as receitas e diminuído consideravelmente os custos com a aquisição de dados às farmácias.

Se dúvidas não há de que a Recorrida utilizou os dados de farmácia obtidos ao abrigo da parceria para verificar e validar os dados de armazenistas e que a Recorrida passou a gastar menos com a aquisição dos dados às Recorrentes (FP XXXIV), certo é que a prova do pagamento, sendo facto extintivo (n.º 2 do artigo 342.º do Código Civil), caberia à Recorrida pelo que, não tendo sido feita prova, nada

haveria a registar.

Ora, resulta inequívoco dos **Docs. n.ºs 53, CM-1** das Recorrentes que a Recorrida não apresentou qualquer prova de pagamento pela utilização indevida dos dados de farmácia. O *Parecer* da New Next Moves junto pela Recorrida vem confirmar este facto (de acordo com os pareceristas, a Recorrida escondeu das Recorrentes receitas no valor total de €1.598.924,54). No que respeita à frequência e intensidade com que os dados eram utilizados, vejam-se os Docs. n.ºs 5, 8, 11, 9 e 13, 2.ª folha, juntos pela Recorrida em 04.01.2011.

Quanto à prova testemunhal, as testemunhas Sofia Guerreiro, Carlos Mocho, Suzete Costa, João Cordeiro e Paulo Duarte confirmaram que a Recorrida utilizava indevidamente dados de *sell out* das Recorrentes (fora da parceria) e que a Recorrente ANF nada recebia por essa utilização de dados.

Deverá, assim, ser alterada a resposta ao facto 21 da BI (FP XLVII), considerando-se como provado que *“A Demandada não procedeu ao switch de sell-in para sell-out na dimensão constante das previsões, mantendo uma parte significativa dos produtos por si comercializados com base na informação dos laboratórios, usando a informação das farmácias para verificar e validar os dados oriundos dos armazenistas sem nada pagar por esta utilização, aumentando as receitas e diminuindo consideravelmente os custos com a aquisição de dados às farmácias”*.

Em abono da sua alegação transcrevem trechos dos depoimentos das testemunhas indicadas.

A recorrida contra-alega, transcrevendo por sua vez outros trechos dos mesmos depoimentos, defendendo a manutenção a resposta dada.

Analisados os depoimentos, na sua integralidade e os documentos referenciados, não alcançamos que tenha ocorrido um erro de julgamento. Os documentos, só por si, não impõem a alteração pretendida, sendo que depoimentos prestados não são dotados de credibilidade suficiente para por em crise a validade da resposta restritiva. Os depoimentos do Carlos Mocho e do João Cordeiro não oferecem a este tribunal de recurso credibilidade, se não estiverem acompanhados de outros elementos que os secundem, dado o envolvimento que tiveram nos factos e os interesses que defenderam e defendem (directa ou indirectamente). Em especial o depoimento da testemunha Carlos Mocho apresenta-se, aos nossos olhos, como altamente comprometido: foi o principal contribuinte para que surgisse o litígio dos autos; outorgou o contrato, quando já suspeitava que ia ser dispensado pela IMS; deixou cair a cláusula de exclusividade de que a IMS beneficiava junto a ANF, abrindo assim a porta a que a ANF pudesse passar a entrar na mesma área de negócio e a concorrer directamente com a IMS (que por via da cessação de fornecimento de dados ficou com grandes dificuldades de prosseguir), com a constituição da empresa HMR, passados escassos meses, para servir o mesmo

mercado que a IMS é dirigida pela própria testemunha (ex-director da IMS).

Daqui temos por certo que só factos inócuos ou desfavoráveis à ANF poderão ser aceites, quando provindos destas duas testemunhas.

De qualquer forma sempre se acrescentará que nem o depoimento do Carlos Mocho foi minimamente consistente, para suportar a resposta que as recorrentes defendem.

Perguntado se a IMS andou a utilizar informação das farmácias para os seus produtos e não partilhou a receita, respondeu que: *“Eu acho que num limite, podemos entender isso. Mas sempre, penso, também e de uma forma muito directa, que não era com esse objectivo que a IMS o fazia, sinceramente, ou seja, não era um objectivo de esconder, de tratar mal o parceiro. De forma nenhuma! Eu acho que existiu aqui pelo meio alguma confusão”*-depoimento transcrito a pag 4553 verso.

E também afirma ter dúvidas se essas situações de “não partilha” estavam a coberto do contrato, ou seja, se a IMS estava ou não contratualmente obrigada a “partilhar”, para concluir que “eticamente “deveria ter pago .

A testemunha Hugo Mendes, embora não indicada a estes factos, durante o seu depoimento, veio a negar peremptoriamente que a IMS tenha tido a actuação que as recorrentes lhe pretendem imputar.

Diz: “os dados do sell out, volto a dizer, eram utilizados exclusivamente nos serviços que estavam na parceria. E eram repartidos, portanto, aqui a transparência quanto a mim é total”; perguntado se alguma vez foi questionado por alguém da ANF –Suzete, Vaz ou Guerra - sobre o facto de andarem a esconder receitas, afirma que não, esclarecendo depois a forma que a ANF tinha para auditar aquilo que seriam as contas -ver depoimento a fls. 4993 .

Assim, não se impõe alteração à resposta dada.

XIII –art.º 29 da BI

Perguntava-se: *“As Demandantes transmitiram que não estavam interessadas em continuar a parceria nesses termos, que pretendiam voltar ao modelo da venda de dados, como sucedia no contrato de 2003, e que tencionavam, com base na violação das expectativas criadas e da base negocial que servira de base ao acordo, pôr termo ao contrato, pretendendo ainda ser compensadas pela perda de receitas nos dois últimos anos.”*

Respondeu-se: *“em meados de 2008, João Cordeiro, presidente da Direcção da ANF, comunicou a Carlos Mocho, gerente da Demandada, que a ANF queria, até ao final desse ano, pôr termo ao contrato em vigor”*.

Alegam: “A única coisa que neste facto se pretende extrair é se as Recorrentes agiram de certo modo e o que é que as levou a agir de tal forma. Da resposta ao facto não tem de resultar (e não deve) se as mesmas estavam certas ou erradas. A testemunha João Cordeiro confirmou a este propósito que foi em face dos maus resultados que a parceria vinha apresentando que decidiu pôr termo ao Contrato de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2006 e que o pagamento dos retroactivos era, para si e com conhecimento de Carlos Mocho, questão fundamental na renegociação do acordo. Não foi sem qualquer razão ou motivação que a Recorrente ANF – na pessoa do Dr. João Cordeiro – comunicou à Recorrida – na pessoa do Dr. Carlos Mocho – a intenção de pôr termo ao contrato de 2006. No mesmo sentido, as testemunhas Carlos Mocho, Paulo Duarte e Suzete Costa (referindo-se ao Relatório junto pelas Recorrentes em Audiência de 22.12.2010).

Os documentos da autoria da Recorrida confirmam que a Recorrente ANF pretendia voltar ao modelo do contrato de 2006: Doc. n.º 13, 2.ª folha, junto pela Recorrida em 04.01.2011, o Doc. n.º 57 junto pela Recorrida na Contestação.

Deverá, por isso, ser alterada a resposta ao facto 29 da BI (FP LVII) e considerar-se como provado que *“As Demandantes transmitiram que não estavam interessadas em continuar a parceria nesses termos, que pretendiam voltar ao modelo da venda de dados, como sucedia no contrato de 2003, e que tencionavam, com base na violação das expectativas criadas e da base negocial que servira de base ao acordo, pôr termo ao contrato, pretendendo ainda ser compensadas pela perda de receitas nos dois últimos anos”*.

Contrapõe a recorrida: “ O que o Tribunal não podia fazer e não fez, foi considerar provados factos que o não foram. As Recorrentes alegaram mas não provaram o incumprimento do Contrato de 2006, o que bem se compreende já que este não era objecto desta arbitragem. ...Paulo Duarte e Suzete Costa Duarte, para prova de factos que não presenciaram e cujo alegado conhecimento só pode ser indirecto, por todos, incluindo João Cordeiro, foi referido que não participavam das reuniões com Carlos Mocho. Não consta dos autos qualquer documento elaborado por uma destas testemunhas a comunicar um alegado incumprimento do Contrato de 2006, nem a informar a base de cálculo da compensação pela perda de receitas dos dois últimos anos a que alegadamente as Recorrentes diziam ter direito, pelo que não podem os seus depoimentos servir os intentos das Recorrentes. No que respeita aos depoimentos de João Cordeiro e Carlos Mocho, os mesmos não podem, como pretendem as Recorrentes, servir para prova integral do artigo 29º da BI, designadamente, a existência de “expectativas criadas” e da “base negocial”. Recordemos que o Tribunal Arbitral na sua decisão sobre a matéria de facto considerou não provada a contratualização das expectativas e/ou que estas foram a base do negócio (cfr. resposta ao artigo 5º, 9º da BI), e, de igual modo, considerou apenas provado que João Cordeiro comunicou a Carlos Mocho a sua insatisfação com o resultado da parceria (cfr. resposta ao artigo 28º da BI), pelo que, sob pena de insanável contradição, não podia julgar provado neste artigo o que considerou no todo como não provado.”

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Assiste razão à recorrida. A resposta ao art.º 28.ºBI não foi impugnada, donde e desde logo, obstáculo se criaria se fosse alterada a resposta ao art.º 29 agora impugnado, no sentido pretendido, gerando-se uma contradição.

E como também anota a recorrida, o que confirmamos, o documento 13 citado é posterior à data de celebração do contrato de 2008, donde irreleva e o documento 57 junto com a contestação não impõe a modificação pedida.

Mantém-se pois a resposta.

XIV – art.º 33 da BI

Perguntava-se: *“O valor médio da informação por farmácia assim calculado seria de € 200, ao qual acresciam os custos de comunicação relacionados com o projecto X-Ponent, fixados em € 55/farmácia/mês, que já ao abrigo da parceria de 2006 eram custeados em separado.”*

Respondeu-se: *Provado que o valor médio da informação por farmácia assim calculado seria de € 200, ao qual acresciam os custos do desconto que era concedido às farmácias aderentes ao X-Ponent (€ 50/farmácia/mês), acrescidos de € 5 pelos custos da linha instalada pela PT*

Defendem as recorrentes: *“O Tribunal não respondeu à pergunta que havia colocado e que implicava saber se o valor dos €55,00 / farmácia / mês já era custeado em separado ao abrigo do contrato de 2006. Sobre esse ponto depuseram longamente as testemunhas Miguel Lança e Bonifácio Lopes, tendo explicado com detalhe o conteúdo do Doc. n.º 9 da Petição Inicial, concluindo que uma vez que já não estava em causa uma parceria, não tinha lógica as Recorrentes suportarem em partes iguais o custo de €55,00 (que na parceria era pago em 50%). Deveria assim, por referência ao facto 33 da BI, ter sido dado por provado que *“O valor médio da informação assim calculado seria de €200, ao que acresciam os custos do desconto que era concedido às farmácias aderentes ao X-Ponent (€50/farmácia/mês) que já ao abrigo da parceria de 2006 eram custeados em separado, acrescidos de €5 pelos custos da linha instalada pela PT”*.*

Efectivamente, o tribunal deu uma resposta restritiva. Não se deu como provado que no âmbito da parceria de 2006, o desconto de €50/mês às farmácias aderentes ao X-Ponent era custeado em separado.

Do depoimento das testemunhas Miguel Lança e Bonifácio Lopes retira-se ser entendimento destas testemunhas que esse custo devia ser suportado apenas pela IMS, no âmbito do contrato de 2008, porque já não se estava no âmbito da parceria, sendo que ambos afirmam que, no âmbito da parceria, o custo era suportado em 50% por cada uma das partes; do doc. 9.º resulta que efectivamente a ANF facturou à IMS €25/mês/farmácia, a partir de Fevereiro, sob a designação de custos com o X-Ponent.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Contudo, não alcançamos se a IMS aceitou essa imputação de custos, desconhecendo-se se tais facturas foram ou não pagas, ou pelo menos aceites, pela IMS. Assim, não podemos concluir, com segurança, ter ocorrido erro de julgamento, pelo que não se procede à alteração.

XV –art.º 35 da BI

Perguntava-se: “A compensação estipulada no contrato de 2008 pelos valores não recebidos em 2007 e 2008 justificava-se pela expectativa criada pela Demandada que serviu de base à negociação do contrato de 2006 de que os valores projectados seriam atingidos”, o Tribunal Arbitral considerou tal facto como “*Não Provado*”.

O tribunal fundamentou a sua resposta nos seguintes moldes “os depoimentos de CM, BL e JC não lograram justificar de modo convincente nem a base negocial da expectativa nem o fundamento para a compensação a que se refere a cláusula 10ª do contrato de 2008.”

Alegam as recorrentes: “Tudo o que aqui importava apurar não era se a justificação das Recorrentes era, em si, justa (ou legítima), mas tão só se aquela foi, para as Recorrentes, a justificação da compensação. Como se disse na resposta ao facto 5 da BI *supra*, as projecções que serviram de base à celebração do Contrato de 2006 foram elaboradas pela própria Recorrida, sem que face às mesmas as Recorrentes tenham participado de forma activa (*vide Docs. n.ºs 1* (Cláusula 10.ª, n.º 1) e 5 das Recorrentes, Docs. n.ºs 10, 13 e 21 juntos pela Recorrida na Contestação e Doc. n.º 13, 2.ª folha, junto pela Recorrida por requerimento de 04.01.2011). A este propósito as testemunhas João Cordeiro, Bonifácio Lopes e Carlos Mocho esclareceram que a Recorrida tinha criado expectativas de recebimento de determinados montantes ao abrigo da parceria que vieram a resultar goradas.”

Transcrevem-se nas alegações os trechos dos depoimentos entendidos relevantes, concluindo que deverá ser alterada a resposta para provado que “*a compensação estipulada no contrato de 2008 pelos valores não recebidos em 2007 e 2008 justificava-se, no entender das Demandantes, pela expectativa criada pela Demandada que serviu de base à negociação do contrato de 2006 de que os valores projectados seriam atingidos*”.

Das respostas aos arts.º 5.º e 7.º também se retira que o tribunal não se convenceu da seriedade das alegadas “expectativas”. Da análise dos depoimentos dos dois únicos intervenientes no contrato não se colhe, em última análise, suporte para a pretensão das recorrentes; é que embora falem muitas vezes em “expectativas” acabam por dizer que os valores fixados se destinaram a pagar valores que deviam ter sido integrados pela IMS, na parceria e que não o foram. Vejam-se os seguintes excertos:

JOÃO CORDEIRO – “..... a IMS tinha, informava que as previsões não se tinham confirmado. E portanto, eu estou a utilizar o argumento de uma parte, e o argumento da minha parte. Não há contradição relativamente a esta matéria. Nós continuamos, e foi dentro dessa base que a posição de exigência de pagamentos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

retroactivos na medida em que toda a nossa convicção é no sentido de que a IMS beneficiou largamente da informação que nós lhe disponibilizamos, não a contabilizando na rubrica da parceria, e essa é a razão única pela qual havia desvios nas previsões.”

(...)

CARLOS MOCHO – “Se fosse só por gorar expectativas seguramente não pagaria esse valor... acho que não andamos aqui para gorar ou não expectativas, agora a IMS usou dados que à partida foram utilizados para outros fins.... As previsões da IMS não estavam erradas. O que se passa é que as receitas da IMS foram transferidas para outras rubricas, não as imputando à mais-valia resultante dos nossos dados. E a partir daí, obviamente não era o problema tanto de as provisões estarem erradas. Era a forma como se contabilizava o valor da informação que nós fornecíamos à IMS.”

Daqui decorre que os próprios outorgantes apresentaram como justificação para as aludidas “compensações”, não as previsões propriamente ditas, mas o facto da IMS não ter contabilizado devidamente os valores que deviam entrar para a parceria. A dado passo o Carlos Mocho chega mesmo a afirmar que o valor desse desvio seria muito superior ao valor fixado a título de compensação.

Neste contexto, a resposta de “não provado” não merece censura.

XVI-art.º 51 da BI

Perguntava-se: “Carlos Mocho, o único dos gerentes da Demandada residente em Portugal, não tinha, nos termos do doc. N.º 54 junto com a Contestação, poderes para assinar contratos acima de determinados valores sem pedir autorização à hierarquia internacional.”

Respondeu-se: “Provado que Carlos Mocho, o único dos gerentes da Demandada residente em Portugal, não tinha, nos termos do doc. N.º 54 junto com a Contestação, poderes perante a hierarquia internacional para assinar contratos acima de determinados valores sem pedir autorização a essa mesma hierarquia.

Fundamenta a resposta nos depoimentos das testemunhas AJ, PM, BL, BM, AAS e CM.

Defendem as recorrentes que a resposta devia ser diversa, propondo a seguinte: *“Carlos Mocho, o único dos gerentes da Demandada residente em Portugal, conhecia os procedimentos constantes do doc. n.º 54 junto com a Contestação para assinar contratos acima de determinados valores”.*

Alegam: *“(i) dos estatutos da sociedade (Doc. n.º 10 das Recorrentes) nada impedia que o Contrato de 2008 fosse apenas assinado pelo Dr. Carlos Mocho, (ii) o Doc. n.º 54 junto pela Recorrida na Contestação, denominado “Policy on Data Costs”, não corresponde a uma deliberação da sociedade e a Recorrida não estava vinculada pelo seu teor (artigos 488.º e ss., 493.º e ss. e 498.º e ss. do CSC), (iii) ainda que existindo políticas internacionais de Grupo, aquelas políticas não eram aplicadas nem respeitadas (vide Docs. 3, 4, 69 e 74 juntos pelas Recorrentes que confirmam que o Contrato de 2006 não foi sujeito a qualquer autorização prévia de celebração). No*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mesmo sentido, a testemunha Carlos Mocho. Face ao exposto, quanto ao facto 51 da BI, e aceitando-se que o referido Doc. n.º 54 junto pela Recorrida na sua Contestação existe e era conhecido, o Tribunal apenas poderia dar por provado que Carlos Mocho, o único dos gerentes da Demandada residente em Portugal, conhecia os procedimentos constantes do doc. n.º 54 junto com a Contestação para assinar contratos acima de determinados valores.”

A invocação do contrato de 2006 é carecida de qualquer utilidade, uma vez que o contrato não se reporta a valores como os que estavam em causa no contrato de 2008. As testemunhas das IMS foram peremptórias em afirmar que, para contratos acima de \$500.000, o gerente em Portugal da IMS tinha que sujeitar o contrato à apreciação da sua hierarquia. O documento 54 em conjugação com estes depoimentos é manifestamente suficiente para nos convencer no sentido da resposta dada. Trata-se de uma situação que não oferece grandes dúvidas; numa grande estrutura internacional mal se compreenderia que contratos a partir de determinados montantes não estivessem sujeitos a escrutínio dos superiores hierárquicos das chefias, ao nível de cada país. Não se trata duma pequena empresa em que o gerente é o “dono” e a pode gerir a seu belo prazer. Mantém-se a resposta.

XVII- arts.º 54.º e 56.º

Art.º 54.º perguntava-se: *“Em 2008 nem a Demandada nem a sua estrutura internacional planeavam nem tinham conhecimento de nenhuma razão para planear a alteração dos termos da joint-venture e, até 9 de Fevereiro de 2009, só tinham efectivo conhecimento dos acordos de 1987, 2003 e 2006?”*.

Respondeu-se: *“Provado que em 2008, a estrutura internacional da IMS só tinha efectivo conhecimento de negociações para potenciais alterações da joint venture, mas, até 09.02.2009, não tinha conhecimento da negociação de um contrato que revogasse a joint venture em curso (conforme resulta dos depoimentos de CM, AL, PM e AAS e do doc. N.º 57 C).*

Art.º 56.º perguntava-se: *“A estrutura internacional em que se integra a Demandada teve conhecimento da existência de negociações entre Carlos Mocho e João Cordeiro relativas aos valores do contrato de 2008, assim como das minutas que iam circulando?”*.

Respondeu-se *“Provado, além do que consta das respostas aos n.ºs 54 e 55 da BI, que em 16 de Dezembro de 2008 foram trocados entre Rui Sousa e Andy Jackson, com conhecimento de Carlos Mocho, os emails constantes do Doc. n.º 57 C, nos quais se faz referência a uma minuta do contrato em português”*.

Importa atender também à matéria do Art.º 55.º, onde se perguntava: *“A assinatura de um novo contrato com a Demandante ANF foi feita dentro do mais absoluto secretismo, apanhou de surpresa não só a hierarquia internacional, como todos os Directores e demais colaboradores da Demandada, contra os seus interesses económicos e financeiros e ao arrepio das políticas comerciais internas e internacionais do Grupo IMS*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Health e sem apoio em quaisquer alterações de circunstâncias ou por imperativos de mercado.”

Respondeu-se: *Provado que na preparação e negociação do novo contrato com a ANF não participaram Directores e demais colaboradores da Demandada, que a sua assinatura apanhou de surpresa a hierarquia internacional e que o contrato contraria as políticas comerciais do Grupo IMS Health e os interesses da Demandada, no que respeita aos aspectos a que se referem as respostas aos n.º.s 73 e 87 da BI*

Esta resposta ao art.º 55.º não foi objecto de impugnação.

Defendem as recorrentes, a propósito apenas das respostas aos art.º54.º e 56.º :
“As respostas dadas pelo Tribunal aos factos em apreciação contrariam a prova junta aos autos que evidencia que era do conhecimento da estrutura internacional o teor integral do Contrato de 2008 (*vide* Docs. n.ºs 79 e CM-4 das Recorrentes, Docs. n.ºs 57 e 69 juntos pela Recorrida na Contestação e Doc. n.º 13, 2.ª folha, junto pela Recorrida em 04.01.2011). A estrutura internacional estava, por isso, a par de negociações entre a Recorrida (Portugal) e as Recorrentes. Neste sentido se depuseram as testemunhas Carlos Mocho, Suzete Costa, Andy Jackson e Pavel Mirovsky.

Em suma, e em face da argumentação vertida *supra*, deverá ser alterada a resposta do Tribunal Arbitral ao facto 54 da BI, devendo considerar-se tal facto como *Não Provado*.

Relativamente ao facto 56 da BI, deverá ser alterada a resposta do Tribunal, dando-se por provado que “*A estrutura internacional em que se integra a Demandada teve conhecimento da existência de negociações entre Carlos Mocho e João Cordeiro relativas aos valores do contrato de 2008, tendo nomeadamente, em email recebido por Andy Jackson em 16 de Dezembro de 2008 (Doc. n.º 57 C) e enviado por Rui Sousa, com conhecimento de Carlos Mocho, no qual se faz referência a uma minuta do contrato em português, anexa ao mesmo*”.

Não se vê suporte para a pretensão das recorrentes.

Os depoimentos das testemunhas Mocho e Andy são concordantes neste ponto, ambos reconhecendo que os contactos entre os membros da IMS – Andy, Pavel, Rui e Mocho, primeiro por conference-call e depois por e-mail, tinham por base os “*oustanding receivables*”, que eram as facturas vencidas por devedores da IMS e ainda não pagas, onde se incluía ANF.

O Andy afirmou ter recebido um anexo ao e-mail, anexo esse em português, sendo que a testemunha declarou não saber da língua portuguesa para além do “*obrigado*”. O Mocho, à pergunta se o anexo (minuta do contrato de 2008) seguiu em português responde: “oh pá, Doutor, eu penso que sim!”

Alegam as recorrentes a dado passo: “A estrutura internacional estava, por isso, a par de negociações entre a Recorrida (Portugal) e as Recorrentes, tendo naquele mesmo email junto pela Recorrida como Doc. n.º 57 tomado igualmente conhecimento da minuta do Contrato de 2008. Saber se leram ou não o documento, se o compreenderam, é questão que já não diz respeito aos factos em análise, mas porventura a outros (aliás não alegados).”

É inaceitável esta afirmação.

Se todas as comunicações entre os diversos membros da IMS – portuguesa e internacional – eram em língua inglesa, como abundantemente decorre da documentação junta aos autos – só a intenção de ocultar os termos do contrato pode justificar que não se tenha enviado uma minuta do contrato, traduzida, para depois se poder vir afirmar o que agora as recorrentes afirmam: a minuta foi enviada à estrutura internacional (irrelevando se foi em português!!!).

Ter sido enviada uma minuta em português ou não ter sido enviada de todo é, para este tribunal, uma situação equivalente.

Que valoração se pode dar ao envio de documentos em português, provindos de dentro da estrutura empresarial da IMS, por funcionários seus dirigidos a outros funcionário que não dominam a língua, quando todas comunicações se processavam em língua inglesa?

Só motivações desleais podem justificar tal envio e dele pretender depois retirar conclusões no sentido da comunicação ter sido levada a cabo.

Questionada a testemunha Mocho se entendeu que do email constavam indicações claras de que “não podia fornecer qualquer espécie de condições mais favoráveis” à ANF, respondeu sem qualquer dúvida “Claro”...vindo logo depois a acrescentar que o contrato de 2008 não tinha condições mais favoráveis.

Mais afirma que estes membros da IMS não eram, na linha hierárquica, as pessoas com quem devesse ser discutido o contrato, sendo que acaba por afirmar que não era suposto discuti-lo com ninguém, dado essa ter vindo a ser a prática seguida nos outros contratos.

Questionado pelo Exmo. Árbitro o que é que queria dizer quando fez constar do email que “I’m discussing.../this is what they mean I’m proposing in point 10...before escalating to IMS internacional” e se isso era independentemente da assinatura do contrato, a testemunha não dá cabal resposta; diz que estava a ponderar a questão nos retroactivos – que ficaram a constar do ponto 10 do contrato-; que não estava propriamente ligada com assinatura do contrato... rematando assim: “É obvio que a partir do momento em que eu assino o contrato obrigo a situação, relativamente a esse contrato”.

Neste contexto, conjugando o teor do falado email com os depoimentos das testemunhas Andy e Pavel, a insurgirem-se veemente contra a afirmação de que a estrutura internacional conheceria os termos do contrato e com o depoimento da

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

testemunha Mocho, que assumiu a postura atrás retratada, não logramos encontrar o mínimo de suporte para as alterações pretendidas pelas recorrentes. Não se compreende que, no confronto destes depoimentos, insistam em querer retirar dos emails em causa ilações que estão em perfeita contradição com aquilo que os seus subscritores afirmaram em tribunal.

Sem fundamento é pois a alteração pretendida.

XVIII- art.º 84.º

Perguntava-se: *“As farmácias não associadas à ANF não possuem capacidade (legal, regulamentar e factual) para expandir (significativamente) a sua produção, de forma a que a Demandada possa suprir a ausência desses dados.”*

Respondeu-se: *Provado que, nalguns segmentos de mercado, não é possível suprir a ausência de dados com as farmácias não associadas à ANF.*

O tribunal fundou a sua convicção nos depoimentos de AAS e HM

Alegam as recorrentes: *“A resposta dada pelo Tribunal não se pode aceitar, seja por referência ao Doc. n.º 65 das Recorrentes (pontos 237, 242 e 243) e ao Doc. n.º 69 da Recorrida, seja considerando que nenhuma prova foi apresentada quanto a este facto pela Recorrida (sobre quem recaía o ónus da sua prova).*

Por outro lado, as testemunhas Miguel Lança, Paulo Duarte e Sofia Guerreiro confirmaram que as farmácias associadas da ANF podem ceder dados apenas à ANF, não ceder dados à ANF, ceder apenas dados à ANF ou ceder dados à ANF e a terceiros. As testemunhas Paulo Duarte e António Canaveira de Campos referiram que fornecem dados das suas farmácias a terceiros que não a ANF e as testemunhas António Almeida e João Braz Frade esclareceram que recebem dados de farmácias não associadas da ANF.

Deverá, assim, ser alterada a resposta do Tribunal Arbitral ao facto 84 da BI (FP XIV), considerando-se o mesmo como *Não Provado.*”

O tribunal suportou a sua resposta nos depoimentos das testemunhas Hugo Mendes e Adel Al-Saleh, tendo estas deposto em moldes que suportam perfeitamente a resposta dada.

Os depoimentos indicados pelas recorrentes não inquinam a resposta dada, nem sequer são de molde a afectar os depoimentos que estiveram na base da decisão.

Os testemunhos de que se socorrem as recorrentes versam sobre hipóteses abstractas; admitem que é possível obter os dados no contexto do mercado, mas não contrariam o teor da resposta dada.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Os testemunhos que alicerçam a resposta foram bem esclarecedores de que, com o reduzido universo de farmácias não associadas à ANF - convindo aqui relembrar que as associadas representam 97% das existentes no país- não se conseguem recolher dados que permitam fazer uma leitura fidedigna do mercado.

A testemunha das recorrentes, Sofia Guerreiro perguntada: qual é o grau de erro numa análise de 100 farmácias? Respondeu "O grau de erro é muito significativo. Uma vez que estamos a falar de 100 para estimar 2.800."

Atente-se também nos seguintes trechos:

MANDATÁRIO DA RECORRIDA – E com 100, 120 farmácias, consegue-se ter Xponent?

HUGO MENDES – Não, não.

(...)

"MANDATÁRIO DA RECORRIDA – Quantas farmácias é que isso poderia representar depois para termos o Xponent a funcionar?

CARLOS GODINHO – O Xponent funcionou maioritariamente – é sempre uma relevância estatística – o XPONENT funcionou sempre maioritariamente com 800 farmácias, com uma qualidade e com uma representatividade estatística muito aceitável e, portanto..

MANDATÁRIO DA RECORRIDA – Ou seja, abaixo das 800, não é, não está aceitável.

CARLOS GODINHO – Abaixo das **800** não é, obviamente, se a distribuição for homogénea, 800 estamos bem, abaixo de 800, eventualmente já começamos a ter desproporções que podem não ser explicáveis depois em termos de mercado".

Veja-se os depoimentos de Carlos Mocho e Hugo Mendes, aquando da explicação relativa à incapacidade de, com o painel remanescente de 100 farmácias, ser impossível prestar alguns serviços:

"HUGO MENDES - o In-Motion também não, tudo o que seja regional, uma desagregação regional com base no *sell out* acabou. E mesmo em termos nacionais, algumas categorias como a própria nutrição, a parte de parafarmácias, dermocosmética também não conseguimos dar com a qualidade e obviamente cortamos com esses serviços."

Carlos Mocho "O In-Motion é um produto se quiser mais ou menos comparado ao pharमतrend mas com menos regiões, com 99 ou 100 regiões."

Neste quadro, a resposta mostra-se perfeitamente suportada nos elementos probatórios, não se detectando erro de julgamento, donde se mantém a resposta dada.

XIX- art.º 104 da BI (FP XCIX)

Perguntava-se: "*As Demandantes recusaram receber o pagamento dos dados fornecidos à Demandada para poderem invocar a exceção de não cumprimento e com ela cortar o fornecimento dos dados das farmácias à Demandada, bem sabendo que tal corte a colocaria na impossibilidade de a Demandada prestar alguns dos seus serviços mais relevantes, entre os quais o Xponent, e numa situação de incumprimento contratual quase generalizado perante os seus clientes.*"

Respondeu-se: *Provado que as Demandantes recusaram receber o pagamento dos dados fornecidos à Demandada invocando que tal pagamento não correspondia aos valores devidos segundo o contrato de 2008.*

Fundamentação: conforme resulta do doc. N.º 46 PI e do depoimento de BL; o depoimento de HM não forneceu elementos bastantes para a prova da intenção das Demandantes.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Alegam: “A resposta dada pelo Tribunal ao facto em apreciação não se compadece com o FA 28 (FP C), nem com o Doc. n.º 46 das Recorrentes nos termos dos quais decorre que a intenção de pagamento da Recorrida dirigida às Recorrentes resultou apenas da instauração de uma acção de consignação em depósito. Nada mais consta dos autos. Neste sentido, a testemunha Bonifácio Lopes. Deverá, por isso, ser alterada a resposta ao facto 104 da BI nos seguintes termos: *“provado apenas que as Demandantes recusaram receber o pagamento dos dados fornecidos à Demandada, porquanto aquele pagamento foi oferecido condicionalmente, no âmbito de um processo especial de consignação em depósito”*.”

Não assiste qualquer razão às recorrentes na impugnação feita, nem sequer a proposta de redacção tem acolhimento na prova produzida.

O pagamento condicional a que as recorrentes se reportam só foi oferecido em Junho de 2009- data da entrada da acção de consignação em depósito. Antes dessa data e entre Fevereiro e Maio de 2009 –ver docs. N.º 62 a 68 juntos com a contestação - a IMS propôs-se efectuar pagamentos à ANF, ao abrigo do contrato de parceria de 2006, o que esta recusou, com o argumento de que os preços teriam que ser calculados ao abrigo do contrato de 2008, contrato esse que a IMS já havia feito saber à ANF, através da hierarquia internacional, não aceitar os seus termos.

A recusa desses recebimentos foi confirmada pela testemunha Bonifácio Lopes.

Portanto, a resposta dada está em consonância com a prova feita, ao contrário da resposta proposta.

XX- art.º115 da BI (FP CXVIII)

Perguntava-se: *“O desvio de clientela da Demandada relativa a consumer health cifra-se no final de 2008 em 65% (40 de 61 dos clientes) e pode ser ainda mais potenciado.”*

Respondeu-se: *“Provado que, até ao 1º trimestre de 2010, a Demandada perdeu cerca de 65% dos seus clientes de consumer health”*

Fundamentação: conforme resulta dos depoimentos de CM, CL, AAS e HM e do doc. N.º 78 junto pela Demandada.

Defendem as recorrentes: “ em face da inexistência de qualquer prova (que à recorrida competia) quanto ao facto em apreciação, à excepção do Doc. 78 junto com a Contestação (uma mera tabela, impugnada), que aliás nada diz quanto ao número de clientes da Recorrida, deverá ser alterada a resposta dada pelo Tribunal Arbitral ao facto 115 da BI (FP CXVIII), considerando-se o mesmo como Não Provado.”

Ignoram as recorrentes a fundamentação dada pelo tribunal. Para além do documento 78, a resposta apoia-se também nos depoimentos de CM, CL, AAS e HM.

A recorrida extratou os segmentos destes depoimentos nas suas contra-alegações (que por isso nos dispensamos de aqui repetir), sendo depoimentos que revelam coerência entre si, que não foram contrariados por outros depoimentos e que por isso permitiram, em conjugação com o documento em causa, dar suporte minimamente seguro à resposta dada, que assim mantemos.

XXI- Art.º 116 da BI (FP CXIX)

Perguntava-se: *“Do desvio de clientela e da impossibilidade de negócio resultam para a IMS danos patrimoniais que, até 2011, se estimam em € 14.023.838, compreendendo as seguintes quantias: a) €951.094 de perda efectiva e imediata de clientes em 2009; b)€1.982.738 de perda efectiva de clientes prevista para 2010, com base nas vendas dos primeiros 3 meses deste ano; c) €11.090.006 de potencial estimado entre 2009 e 2011, dos quais € 2.222.818, correspondem à perda total de negócio de Consumer Health (considerando o volume de negócio em 2008) e € 8.867.188, referentes à perda de negócio esperada com Xponent, com base num plano de negócios da parceria ajustada.”*

Respondeu-se: *“Provado que das circunstâncias referidas no FA 23.º e nas respostas ao Q 41, 91 e 115 resultaram, e é possível que resultem no futuro, perdas de receitas, das quais, por sua vez, resultaram, e podem resultar, prejuízos em montante que não foi possível ao Tribunal quantificar”.*

Fundamentou-se a resposta: Conforme resulta, em relação à existência e possibilidade de prejuízos, passados e futuros, dos depoimentos de AJ, AAS, HM e MR; todavia nem estes depoimentos nem o parecer da New Next Moves junto pela Demandada com o requerimento de prova fizeram prova da quantificação de tais prejuízos, visto que: 1.º os valores apresentados se referem apenas à perda, e à previsão de perda, de receitas; 2.º alguns desses valores têm como base cálculos assumidamente optimistas; 3.º não foram considerados e deduzidos os custos, variáveis e fixos, inerentes; 4.º os valores apresentados como prejuízos não puderam ser confrontados com a contabilidade da IMS e não têm apoio em estudo económico rigoroso que projecte todas as variáveis influentes no cálculo.

Defendem das recorrentes que: *“Sem prejuízo do que se referiu acerca da liquidação dos alegados prejuízos da Recorrida para execução de sentença, impunha-se que o Tribunal concretizasse minimamente os prejuízos, por forma a que mais tarde pudesse haver elementos enformadores para proceder à respectiva liquidação. O Tribunal assim não fez. Seja como for, a verdade é que absolutamente nada foi demonstrado com um mínimo de coerência – nem a testemunha Hugo Mendes confirmou o conteúdo do facto em apreço, nem o Doc. n.º 1 junto pela Recorrida em 26.01.2011 provam o que quer que seja. Na falta de quaisquer outras provas que permitam concluir sobre que danos suportou a Recorrida – e nos autos não há*

documentos que suportem quaisquer danos –, deveria o Tribunal ter considerado como não provado o facto”.

Uma perda de clientes da ordem dos 65%, só por si, será elemento informador da existência de perdas de receitas. Da conjugação dos depoimentos das testemunhas, indicadas na fundamentação, resulta abundantemente feita a prova da existência de prejuízos, carecendo em absoluto de qualquer suporte a pretensão das recorrentes de que se altere a resposta para “não provado”: pretenderão defender que inexistente prova de qualquer prejuízo por banda da recorrida, como consequência da cessação do fornecimento de dados?

Questão diversa é a de saber se a condenação será manter, mas é questão a analisar noutra sede. A resposta não merece censura.

17.3. Impugnação de Facto na Ampliação do Objecto do Recurso efectuada pela recorrida-IMS

Art.º 61.º perguntava-se: *As Demandantes sabiam que o Carlos Mocho não tinha poderes para sozinho negociar e formalizar um contrato com o objecto e os valores envolvidos no contrato de 2008.*

Respondeu-se: *Não provado.*

Fundamentou-se: o depoimento de JC, o único que, no processo, poderia ser relevante para a prova deste facto, não permite extrair uma conclusão precisa.

Art.º 66.º perguntava-se: *“Assinando o contrato de 2008, Carlos Mocho agiu em conluio com as Demandantes, obtendo em contrapartida um emprego como Director Geral na HMR — Health Market Research, Lda., nova sociedade concorrente da Demandada, cujo capital social é detido, em 90%, pela Demandante Farminveste, que, por sua vez, é detida, em 99,9%, pela Demandante ANF.*

Respondeu-se: *Provado que a HMR — Health Market Research, Lda., nova sociedade concorrente da Demandada, cujo capital social é detido, em 90%, pela Demandante Farminveste, é, por sua vez, detida a 100% pela Demandante ANF.*

Fundamentou-se: conforme resulta dos docs. N.ºs 60 a 62 PI, do doc. junto pelas Demandantes na sessão de 14.12.2010; dos depoimentos de AA, BF, CM, JC e HM não resultou que houvesse relação de causalidade entre a assinatura do contrato de 2008 e a contratação e a remuneração de Carlos Mocho como Director Geral da HMR, a que se referem o FA 39 e o doc. junto pelas Demandantes em 18.01.11.

Art.º 71 perguntava-se: *Carlos Mocho assinou o Acordo de 2008 ciente de que a sua relação laboral na IMS estaria a terminar.*

Respondeu-se: *Não provado*

Fundamentou-se: os depoimentos de PM, BM e AAS no sentido de que CM teria sinais da insatisfação da estrutura internacional da IMS são incompatíveis com o doc. N.º 68 PI.

Art.º 75.º perguntava-se: *“O acordo de 2008 geraria para a Demandada uma margem operacional negativa de cerca de 9 milhões de euros, nos 4 anos que o mesmo abarca (2007 a 2010).”*

Respondeu-se: *Não provado*

Fundamentou-se: o único suporte de prova apresentado, o parecer da New Next Moves junto pela Demandada com o requerimento de prova, p. 6, 14 ss, baseia-se em dados que, em parte, estão insuficientemente demonstrados, v. g. quanto às receitas e aos custos da Demandada, e não é claro nas projecções que deles extrai.

A recorrida defende que estas respostas devem ser alteradas nos moldes seguintes i) Facto 61.º - Provado apenas que sabiam que Carlos Mocho precisava de autorização internacional; ii) Facto 66.º - Provado; iii) Facto 71.º - Provado, e iv) Facto 75.º - Provado apenas que o acordo de 2008 geraria para a Recorrida uma margem operacional negativa.

A pretensão da recorrida assenta nos fundamentos exposto pelo Exmo Árbitro que discorreu assim no seu voto de vencido.

“Votei parcialmente vencido na decisão da matéria de facto, mais especificamente em relação aos quesitos 61, 66, 71, 75, 104, 105, 106 e 117, pelas razões que a seguir indico: Quesito 61: Responderia “provado apenas que as Demandantes sabiam que Carlos Mocho tinha de pedir autorização à estrutura internacional antes de assinar o contrato” (o depoimento de JC é muito claro no sentido de que o CM lhe referia nas negociações necessitar de autorização internacional).

Quesito 66: Considero o quesito provado integralmente. A existência de conluio entre a ANF e Carlos resulta claramente do facto de esta ter aceite pagar facturas emitidas pela IMS que não reconhecia e depois incluir na compensação prevista no contrato esse mesmo valor (vide resposta ao quesito 36), cuja cobrança estava a ser reclamada pela estrutura internacional da IMS a Carlos Mocho. Não acredito que tenha sido uma mera coincidência o facto de CM ter sido contratado escassos meses depois pela HMR com um salário muito superior ao que naquele momento estava a auferir na IMS. Consideraria por isso provado este quesito por presunção judicial.

Quesito 71. Responderia provado. A posição que fez vencimento desvaloriza os testemunhos prestados em relação a este quesito com base unicamente num documento que corresponde apenas a uma carta de cortesia.

Quesito 75. Responderia "Provado apenas que o acordo de 2008 geraria para a Demandada uma margem operacional muito negativa". Independentemente do valor concreto da margem negativa, que não ficou claramente demonstrado, é notório que os retroactivos e o elevado valor estabelecido como preço para as farmácias permitem claramente sustentar essa conclusão."

Quanto aos arts.º60.º e 61.º não vemos elementos que permitam afirmar, com segurança suficiente, a sua veracidade. Podemos julgar indiciado que o João Cordeiro soubesse da necessidade do contrato, com aqueles contornos, ser sujeito a aprovação pela hierarquia da IMS e que tenha existido acordo entre ambos os sujeitos outorgantes, no sentido de se obter um contrato altamente favorável à ANF, em proporção inversa ao desfavorecimento da IMS, mas esses indícios não passam disso mesmo, pois não são alicerçados em dados objectivos, com força probatória suficiente para que o tribunal possa afirmar uma convicção positiva e assim alterar a resposta dada.

Quanto ao art.º75.º a resposta é para manter porque os fundamentos para a resposta dada se nos afiguram correctos.

Quanto ao art.º 71.º julgamos assistir razão à impugnante.

Não vislumbramos qualquer contradição entre o aludido documento 68.º e o depoimento onde se declara que "só se o Carlos Mocho fosse estúpido é que não saberia que iria ser despedido" (tradução livre do depoimento da testemunha Pavel, então responsável da IMS para a Europa, Médio-Oriente e África.

Os contornos que rodearam a celebração do negócio e os posteriores desenvolvimentos inculcam fortes indícios de que o Carlos Mocho já sabia que iria ser "despedido" (despedido não terá sido, mas antes "convidado a sair" com contrapartidas generosas), e que é nesse conhecimento (e certamente por isso) que omitiu da hierarquia as "contrapartidas" em que comprometeu a IMS face à ANF e que "deixou cair" a cláusula de exclusividade de que a IMS beneficiava face à ANF.

E tratam-se de indícios que não constituem "meras suspeitas", mas indícios de base factual, que foram aportados ao processo pela prova testemunhal produzida em segmentos que não nos mereceram qualquer dúvida, quanto à sua credibilidade.

Vejamos a que factos nos reportamos:

-Os valores do Acordo de 2008 não foram provisionados nas contas da Demandada- resposta art.º 53 BI;

- Participar na elaboração do orçamento em meados de Outubro/Novembro e não incluiu a rubrica que permitiria dar cabimento às ditas compensações (conforme prova testemunhal);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- ser convocado para reunir com o superior hierárquico em 6 de Janeiro, aí negociando a saída da IMS e ocultar-lhe que já tinha celebrado o contrato de 2008 (conforme prova testemunhal-Pavel, corroborada pela demais prova);

- No relatório relativo ao 4.º trimestre de 2008, **datado de 13.01.2009**, o Carlos Mocho não fez qualquer referência às responsabilidades que havia assumido no contrato, celebrado a 23/12 -resposta art.º 53 BI;

- em 29 de Dezembro envia um email a Bob Thorton, para agendar uma conference-call para 5 de Janeiro para “falar sobre a ANF e projectos para o futuro” – doc. Fls 2319 – quando já tinha celebrado o contrato a 23/12; em julgamento Carlos Mocho depôs de forma perfeitamente inconsistente no tocante à explicação (ou melhor, falta dela, pois não soube explicar) do motivo porque não informou o Thorton de que já havia celebrado o contrato; afirma que deu conhecimento do contrato na conference-call de 5/6, mas esta afirmação não está secundada por nenhum outro elemento credível;

- o Carlos Mocho ocultou, de forma ostensiva, aos outros membros da IMS portuguesa a celebração do contrato; veja-se que em 6/2 Hugo Mendes (IMS) manda facturação à ANF, relativa ao mês Janeiro, com base no contrato de 2006, pois desconhecia o novo contrato – informação dada pela testemunha B.Lopes e pelo próprio Hugo Mendes;

- Hugo Mendes deu a conhecer ao tribunal que pediu várias vezes o contrato ao Carlos Mocho, mas este nunca lho disponibilizou;

- Carlos Mocho só veio a dar conhecimento à estrutura portuguesa da IMS, que tinha assinado “aquele” contrato, no dia 9 de Fevereiro de 2009, em reunião que para o efeito convocou, mais comunicando que ia sair da IMS e que iria “trabalhar para a concorrência” (prova testemunhal);

- só nessa data de 9 de Fevereiro é que a estrutura hierárquica tem conhecimento do contrato, por outros funcionários portugueses que resolveram comunicar superiormente, depois do Carlos Mocho lhes ter feito a aludida comunicação (prova testemunhal e documental);

- em 1 de Junho seguinte já está a assinar contrato de trabalho, pelo valor anual de 240 mil euros, na empresa constituída entretanto pela ANF para desenvolver trabalho na mesma área em que a IMS desenvolvia, a HMR (prova documental e testemunhal);

Posição do Carlos Mocho perante a hierarquia

- já desde inícios de 2008 que a hierarquia equacionava reestruturações que passariam por despedimentos, além de que a hierarquia não estava satisfeita com o desempenho do gerente português, que teria, no entender dela, perdido a confiança da equipa que com ele trabalhava, tendo depois vindo a constatar-se - face à auditoria feita após o seu afastamento, que o Carlos Mocho registava ganhos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

“fictícios” para dar a aparência de melhoria da situação financeira da IMS Portuguesa perante a sua hierarquia.

Retratamos os excertos mais significativos dos depoimentos dos responsáveis pela IMS Internacional, sendo que o teor destes depoimentos foi coerente e concordante entre si, sem ter sido apresentada qualquer prova que os infirmasse:

- depoimento da testemunha Adel Al-Saleh – Presidente do Grupo IMS para a Região EMEA – Europe, Middle East and África, em 2008:

- A decisão acerca do Carlos foi de facto um processo continuo ao longo de 2008. Antes de 2008, Carlos era responsável pela península Ibérica, ou seja Espanha e Portugal. O seu desempenho era fraco pelo que decidi retirá-lo dessa função, ficando apenas com Portugal. Esse foi o primeiro passo. Então decidimos reduzir a sua responsabilidade e centrar o seu foco em Portugal. Ao longo de 2008 o seu desempenho em Portugal foi fraco.

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: E Carlos estava consciente disso?

Adel Al-Saleh: Certamente

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: O Sr. Pavel disse-nos que imediatamente após ter começado o seu relacionamento com Carlos Mocho soube que Carlos Mocho tinha de sair.

Adel Al-Saleh: Correcto. Mas eu, como Presidente tomei a decisão de lhe dar mais tempo uma vez que Pavel não conhecia Carlos. Pavel iniciou as suas funções em meados de 2008 e pedi a Pavel para dar mais algum tempo a Carlos.

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: Então esta informação está correcta, de Sr. Pavel

Adel Al-Saleh: Sim, sim.

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: Que ele quis imediatamente que Carlos Mocho saísse.

Adel Al-Saleh: Sim, por isso eu disse-lhe “Não, vamos dar mais tempo ao Carlos, mais uma oportunidade para ter um melhor desempenho.” E depois no final do terceiro trimestre, no final de Setembro, Pavel disse “Chega, é impossível trabalhar com ele.”

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: É impossível trabalhar com ele. Mas quais foram os motivos? Não foi o contrato, ele não sabia nada acerca disso.

Adel Al-Saleh: Não, não. Foi a sua falta de envolvimento nos detalhes do negócio, as suas interacções com o cliente eram fracas, o desempenho de negócios. Porque Carlos tinha avaliações claras do seu director, Pavel, que ocorriam quase de duas em duas semanas.

-depoimento da testemunha Pavel – Director Geral da IMS Internacional para a Europa Central e Oriental, em 2008:

MANDATÁRIO DA DEMANDADA – Então qual foi o motivo para a rescisão?

PAVEL MIROSKY – Bom, é uma longa história mas vou tentar abreviá-la. Descobri muito cedo que não podia confiar no Carlos Mocho. Ele estava a alterar a informação que me dava, bem como à equipa de gestão. Não era fiável e perdeu a confiança da sua equipa de gestão. E um Director Geral que perdeu a confiança do seu Director Comercial, do seu Chefe do Departamento de Consultoria, bem...

MANDATÁRIO DA DEMANDADA – Está a falar de Daniel Santos e...?

PAVEL MIROSKY – Sim, Daniel Santo e Ricardo e Tiago Bartolomeu, ou seja pessoas chave na empresa, na presença do Sr. Mocho, ou seja publicamente efectuaram comentários acerca das suas decisões, e sabe, desafiaram-no. Então eu tinha a responsabilidade por esta região em Julho de 2008 e no espaço de 2 meses decidi que não queria continuar a trabalhar com o Sr. Mocho.

MANDATÁRIO DA DEMANDADA – Então em Setembro estava decidido a por termo à relação contratual com o Sr. Carlos Mocho?



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

PAVEL MIROSKY – Bem, eu não estava decidido em Setembro. Em Setembro eu tinha sérias dúvidas. Decidi o que queria fazer após a análise do orçamento de Outubro. E consultei esta decisão com os meus superiores.

MANDATÁRIO DA DEMANDADA – O Sr. Adel e...?

PAVEL MIROSKY – O Sr. Adel, e sabe, e eles aceitaram a minha decisão.

MANDATÁRIO DA DEMANDADA – Então podemos dizer que em Outubro a IMS Internacional estava decidida a livrar-se do Sr. Carlos Mocho?

PAVEL MIROSKY – No final de Outubro / princípio de Novembro a IMS decidiu que pretendia terminar o vínculo entre o Sr. Mocho e a empresa.

Testemunha Melagrano – Director Financeiro da IMS Internacional, para a Região EMEA, em 2008:

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: Alguém nos disse antes que Portugal tinha um péssimo histórico de cobranças com várias centenas de milhares ou alguns milhões, eu não sei. Conhece o número?

Blaise Melagrano: Bem, o que... Se eu puder voltar atrás e explicar. O que aconteceu durante vários anos, na verdade, quando eu estava na região de média dimensão e tinha responsabilidades sobre Portugal, decorriam nessa altura chamadas mensais que costumavam ocorrer sobre como efectuar cobranças aos nossos clientes a quem estávamos a vender. A cobrança era uma das piores em todas as empresas que temos na EMEA. E depois, analisando a nível global o desempenho dos pagamentos dos nossos clientes, era muito fraco. Por isso, costumávamos fazer estas chamadas mensais para compreender o porquê destes pagamentos serem tão fracos. Por vezes registavam-se algumas melhorias mas depois pioravam outra vez. Essas chamadas então, quando eu mudei para um cargo diferente, passaram a ser semanais.

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: E eu penso que Andy Jackson nos disse que ele telefonava semanalmente para verificar melhorias.

Blaise Melagrano: Sim, eu não estava nessas chamadas semanais, mas estava nas chamadas mensais em 2007. Quando fizemos a nossa auditoria interna que mencionei anteriormente...

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: Em Fevereiro.

Blaise Melagrano: Em Fevereiro, depois de irmos para Portugal e percebermos de que haviam problemas.

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: E despendeu quanto tempo nessa auditoria aqui em Portugal?

Blaise Melagrano: Passámos mais de um mês e meio, pouco menos de dois meses. Foi uma das mais longas auditorias que já alguma vez realizámos, ou pelo menos desde que eu estou nesta equipa.

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: Então estive aqui durante Março e Abril.

Blaise Melagrano: Eu cheguei, penso eu, no dia 10 ou 9 de Fevereiro e penso que não partimos até Abril. Depois tive que convocar a equipa, tive que chamar a Deloitte. Descobrimos naquela altura ganhos fraudulentos de mais de dois milhões de Dólares USD e isso explicava os motivos das contas a receber e das cobranças serem tão fracas, porque estes proveitos que estavam registados não estavam a ser cobrados. As facturas nunca foram enviadas aos clientes. E esses produtos nunca tinham sido fornecidos aos clientes. E que produtos nunca tinham sido enviados aos clientes.

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: Então esse foi o motivo em Janeiro. O motivo em Fevereiro para o despedimento foi o contrato de 2008, obviamente.

Blaise Melagrano: Estávamos a falar sobre o despedimento. Mas o despedimento, o baixo nível de cobranças, nada disto se percebeu que era fraude até depois da nossa investigação.

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: Depois da sua auditoria em...



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Blaise Melagrano: Depois de tomada a decisão de despedimento do Carlos é que descobrimos os ganhos fraudulentos. Antes disso, apenas sabíamos apenas que tínhamos baixo...

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: Baixo desempenho.

Blaise Melagrano: Baixo desempenho e fraca cobrança dos nossos clientes, não conseguíamos obter o dinheiro dos clientes.

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: Depois daquilo que viu nos números de, nas contas do escritório local nessa auditoria, poderia dizer ao Tribunal, na sua opinião, o que poderia fazer com que o Carlos Mocho assinasse tal contrato em violação flagrante de todas as políticas da IMS. Por que é que ele assinou esse contrato?

Blaise Melagrano: Bem, sabe, depois das coisas que descobrimos na nossa auditoria. Bem, se voltar atrás e observar os factos e o padrão dos factos, ele tinha que saber que iríamos descobrir. Num determinado momento, o seu desempenho era tão baixo que ele teve que registar ganhos fraudulentos para fazer a empresa parecer mais saudável, que não estava. Quero dizer, ele teve que fazer coisas que não eram éticas, ele estava a violar a política e procedimentos da empresa.

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: Então ele deveria saber que algum dia iriam descobrir.

Blaise Melagrano: Se eu estivesse a violar as políticas e procedimentos da empresa e estivesse a actuar sem ética, a empresa acabará por perceber e viria a descobrir o que eu fizera e despedir-me-iam.

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: Sim, por isso ele deveria saber que ele tinha...

Blaise Melagrano: Eu penso que foi o início de uma bola de neve.

MANDATÁRIO DA RECORRIDA: Quando foi que, não sei se sabe...Tivemos aqui um testemunho do Sr. Pavel Mirovsky que nos disse isso, mas não sei se tem conhecimento do momento em que a IMS decidiu por termo ao contrato com Carlos Mocho?

Blaise Melagrano: Bem, em 2008, eu estava a conduzir um programa de reestruturação para a Europa, Médio Oriente e África que implicava despedir mais de 700 pessoas da empresa. Destinava-se a ajudar a melhorar as margens da Europa, da EMEA, ok. Portugal fazia parte desse plano. Como tal, eu costumava participar nessas chamadas que ocorriam, eram chamadas de meia hora com cada um dos Directores Gerais e que eram efectuadas duas vezes por mês. Assim nós íamos... A decisão foi tomada numa dessas reuniões em que participei no início de Dezembro.

E a rematar alguns excertos do depoimento da testemunha Hugo Mendes:

HUGO MENDES – ...assinar um contrato que é altamente penalizador para a IMS, portanto o Carlos Mocho sabia nessa altura que estaria de saída da IMS, já sabia que estava de saída entre Junho de 2008, já sabia que estava para sair, isto era conversado...

Há um conjunto de sinais, quer dizer. A própria destituição dele de um cargo ibérico, voltar para Portugal, e sentir alguma insatisfação dentro daquilo que é a estrutura internacional sobre aquilo que seria a continuidade dele.

ÁRBITRO – Sr. Dr., quais eram os sinais?

HUGO MENDES – Olhe, determinado descontentamento por parte de algumas chefias internacionais sobre aquilo que seria a postura, a percepção dos resultados, a forma como ele geria o próprio negócio. E esta destituição, chamemos-lhe assim...

ÁRBITRO – Sr. Dr. sinais é vago

HUGO MENDES – Posso lhe dizer, olhe, o facto de o Dr. Carlos Mocho não estar minimamente preocupado com aquilo que seria o resultado que a gente teria atingido nesse ano.

ÁRBITRO – Não estava preocupado?

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

HUGO MENDES – Não estava minimamente, mostrava-se despreocupado, passava pouco tempo na empresa, não havia o compromisso que sentimos face ao passado com aquilo que era a forma dele gerir o negócio. O distanciamento que existia face ao negócio. O descontentamento também por algumas da estrutura internacional que me também mencionou.

Neste contexto, não cremos que a carta que constitui o doc. 68, datada de 29 de Janeiro de 2009, tenha qualquer relevância em termos probatórios, de molde a poder contrariar ou sequer inquinar o que foi testemunhado, como entendeu o tribunal arbitral; trata-se, de forma evidente, de uma carta de despedida em que o superior hierárquico comunica às estruturas da IMS nos outros países, a saída do gerente português, agradecendo-lhe os serviços prestados, mas numa altura em que ainda não era conhecida nem a celebração do contrato 2008, nem os registos fictícios de ganhos.

Acresce que não é minimamente plausível que um gerente duma multinacional, a trabalhar nela há 19 anos, negocie a saída a empresa de uma dia para o outro (parece que foi no mesmo dia -6/1) sem ser já minimamente conhecedor de que a empresa ponderava dispensá-lo.

E só na perspectiva de saber que ia sair é que se pode compreender o que doutro modo não seria compreensível: assinar um contrato altamente desfavorável para a IMS que deixou a estrutura hierárquica em desnorte, ao ponto do Director vir para Portugal imediatamente a ter sabido do dito contrato.

E é na ponderação de todos estes elementos indiciários que este tribunal alcançou a convicção, por presunção judicial, com um nível de segurança suficiente para alterar a resposta de que o Carlos Mocho, quando assinou o contrato dos autos, já sabia que a sua relação laboral iria terminar, e tanto assim foi que esperou que ela fosse efectivamente formalizada (em fins de Janeiro), escondendo até lá o contrato que celebrou, para só o “deixar vir a lume” quando já fosse tarde demais, nomeadamente no tocante à indemnização que logrou obter da sua entidade patronal (mais de 200 mil euros), por cessação do contrato.

Nestes termos altera-se a resposta ao art.º 71.º para “Provado”.

Art.º 63.º da BI-

Impõe-se fazer aqui officiosamente uma correcção, pois a resposta, tal como está dada, pode gerar interpretações ambíguas.

Pretendia-se apurar os poderes legais para o gerente da IMS outorgar no contrato; a testemunha Cordeiro esclareceu o tribunal que a ANF, antes de assinar o contrato, como nos demais casos, certifica-se dos poderes para o acto; essa certificação é feita no registo comercial, donde impõe-se esclarecer, completando a resposta assim:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- Em vésperas da assinatura do contrato de 2008, as Demandantes confirmaram os poderes de Carlos Mocho para celebrar o contrato, através de consulta ao registo comercial.

18.Factos

A matéria de facto a ter em consideração configura-se então do seguinte modo (vamos manter a organização feita pelo tribunal arbitral para obviar a maior confusão):

I - A Demandante Associação Nacional das Farmácias (ANF) é uma associação patronal, com sede na Rua Marechal Saldanha, n° 1, 1249-069 Lisboa, constituída nos termos do Decreto-Lei n° 215-C/75, de 30 de Abril, representativa de 2679 farmácias, o que corresponde a mais de 90% das farmácias portuguesas (FA 1).

II - A Demandante FARMINVESTE - Investimentos, Participações e Gestão, S.A., (FARMINVESTE) é uma sociedade comercial, com sede na Travessa de Santa Catarina, n9 8, 1200-403 Lisboa, que concentra e gere as participações do universo empresarial da Associação Nacional de Farmácias, e que, no âmbito do contrato assinado entre a ANF e a IMS com data de 18 de Dezembro de 2008, disponibilizava, mediante pagamento, os dados fornecidos à IMS Health, Lda (FA 2).

III - ANF, por intermédio da FARMINVESTE e de outras sociedades por esta participadas, desde há muitos anos que presta um leque de serviços às farmácias suas associadas (FA 3).

IV - No âmbito destes serviços foi desenvolvida pela ANF, por intermédio da FARMINVESTE, uma rede e um conjunto de ferramentas, em constante desenvolvimento, que permitem às farmácias beneficiarem (i) de um sistema informático adequado ao seu exercício profissional, (ii) de informação permanentemente actualizada sobre produtos e medicamentos existentes no mercado, (iii) sua composição e (iv) informação actualizada relativamente a regras de comparticipações pelo Estado e restantes entidades privadas (BI 1).

V - O desenvolvimento e o custeio de tal rede, com um custo anual de cerca de 5 milhões de euros, dos quais cerca de 1,4 milhões de euros suportados pelas farmácias, só foram possíveis na medida em que a ANF e a FARMINVESTE conseguiram financiar os serviços que prestam, reduzindo a parcela dos custos a suportar pelas farmácias suas associadas através da comercialização dos dados relativos às vendas das farmácias (BI 2).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

VI - A ANF realizou diversos investimentos que contribuíram para o mercado de produtos baseados nos dados das farmácias, nomeadamente o desenvolvimento novas versões de software, a optimização da infra-estrutura de comunicações e criação do sistema Sifarma e do suporte Farmalink (BI 89).

VII - As Demandantes detêm uma rede informática própria, que está ainda em expansão e que lhes permite estarem ligadas às farmácias suas associadas e, assim, receber instantaneamente a informação sobre as vendas de cada farmácia que depois vendiam à Demandada (FA 27 e BI 44).

VIII - No mercado relativo aos dados das vendas das farmácias em Portugal, necessários para os estudos de pharma market intelligence, nalguns segmentos de mercado, a ANF detém uma quota esmagadora, reunindo no seu âmbito como associadas 97% das farmácias portuguesas, sendo difícil a outras empresas obter aqueles dados (BI 76).

IX - Os dados relativos às vendas das farmácias são necessários para, em Portugal, operar com efectividade e qualidade nalguns segmentos de mercado dos serviços de pharma market intelligence (BI 77).

X - Neste mercado incluem-se dados fornecidos pelas farmácias e pelos grossistas e, com menor relevância, pelos médicos e pelos hospitais (BI 78).

XI - A ANF centraliza o fornecimento dos dados de grande maioria das farmácias suas associadas e é fornecedora das farmácias associadas noutros mercados (BI 80 e 82).

XII - A ANF goza de grande poder económico e actua, em larga medida, independentemente dos seus concorrentes (BI 79).

XIII - Algumas farmácias associadas da ANF não lhe cedem dados e algumas cedem dados a outras entidades (BI 85).

XIV - Nalguns segmentos de mercado não é possível suprir a ausência de dados com as farmácias não associadas à ANF (BI 84).

XV - A Demandada IMS Health, Lda (IMS) é uma sociedade por quotas, com sede na Alameda dos Oceanos, n2 1.06.1.1, Edifício Smart, 1990-217 Lisboa, cuja actividade de estudos de mercado se centra no tratamento e na sistematização de informação sobre consumo de medicamentos em Portugal, tendo como principais



S.  R.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

clientes as empresas da indústria farmacêutica que operam no nosso País (FA 4 e doc. n.º 55 junto pelas Demandantes).

XVI - A Demandada é uma sociedade que tem por objecto: (i) a consultoria e a elaboração de estudos de mercado, quantitativos e qualitativos, na área da saúde, nomeadamente estudos relacionados com a indústria e o comércio de especialidades farmacêuticas, parafarmacêuticas, dermocosméticas e veterinárias, bem como a prestação de serviços e acções de formação no âmbito desses estudos; (ii) o desenvolvimento e a comercialização de programas informáticos com as inerentes actividades de formação e assistência técnica dos seus clientes; (iii) a sociedade poderá adquirir e alienar participações em quaisquer outras sociedades (FA 5).

XVII - A Demandada é uma sociedade que se estabeleceu no mercado português há mais de 30 anos e está integrada no grupo internacional de sociedades IMS Health, que opera em mais de 100 países, com 50 anos de experiência e um portfólio amplo e global de produtos e serviços (FA 6).

XVIII - A Demandada, entre outras actividades, desenvolve e fornece estudos de mercado ao sector farmacêutico Ético e de Consumer Health (BI 3 e 4).

XIX - A ANF contribuiu para a criação de um mercado para produtos baseados nos dados das farmácias e incentivou a recolha dos dados necessários (BI 88)

Antecedentes do contrato de 2008

XX - Em 1987 foi celebrado entre a IMS - Investigações Mercadológicas e Sociológicas, Lda e a ANF o contrato reproduzido pelo documento n.º 2 junto com a Pl. (FA 7).

XXI - Em 25.09.2003 foi celebrado entre a ANF e a IMS o contrato reproduzido pelo documento n.º 3 junto com a PI (doravante designado por contrato de 2003) (FA 8).

XXII - No período de vigência deste contrato, a informação agregada era fornecida por farmácia, por semana e por produto e respeitava ao produto, ao número de unidades vendidas, sem receita e com receita, ao número de actos de venda, com receita e sem receita, ao número unidades compradas, ao número de actos de compra, ao stock no final do período e ao preço médio de venda (FA 9).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

XXIII - Ao abrigo deste contrato, a IMS pagou às Demandantes as seguintes verbas: € 386.700 em 2004, € 1.121.400 em 2005 e € 1.294.500 em 2006 (FA 10).

XXIV - Considerando o valor mensal por farmácia de € 100, o número médio de farmácias que em cada ano forneceu dados foi de 322,3 farmácias em 2004, 934,5 farmácias em 2005 e 1078,8 farmácias em 2006, havendo a expectativa (que se veio a confirmar) de continuar a aumentar (FA 11).

XXV - Em meados de 2006, a ANF informou a IMS de que estava em condições de passar a fornecer dados numa base diária, em vez de semanal, bem como outro tipo de informação mais detalhada, pretendendo em contrapartida rever os termos do contrato existente (FA 12).

XXVI - Durante o segundo semestre de 2006, começou a ser discutido e negociado um novo contrato, assinado em 22.12.2006, que está reproduzido pelo Doc. N.º 4 junto com a PI (doravante designado por contrato de 2006, acordo de 2006, parceria ou joint venture) (FA 13 e BI 9, 1.ª parte).

XXVII - As Demandantes receberiam 50% do valor da receita, pelo que, no cenário mais pessimista (previsão de 15 de Dezembro de 2006), receberiam, em 2007, € 2.761.000 e, em 2008, € 3.511.550 (FA 14).

XXVIII - O contrato de 2006 teve como pressuposto projecções, que foram sendo progressivamente revistas e que as partes estimaram alcançar, conforme o seguinte quadro (BI 5 e 9, 2.ª parte, e 11):

	2007	2008	2009	2010	2011
Previsão	de 5.522.000,0	7.023.100,0	7.916.755,0	8.985.780,0	10.270.979,
Previsão	de 6.122.000,0	7.615.600,0	8.496.380,0	9.546.199,0	10.804.759,
Previsão	de 6.552.000,0	8.067.100,0	8.970.455,0	10.043.978,	11.327.427,

XXIX - As previsões relativas ao contrato de 2006 tinham por pressuposto o desenvolvimento de novos produtos e serviços, cuja parcela fundamental dizia respeito, pelo menos nos primeiros anos, aos produtos já comercializados pela IMS, nomeadamente os produtos até então produzidos com base na informação oriunda dos armazenistas, prevendo-se a diminuição dos valores oriundos do painel armazenista e o aumento dos valores do painel das farmácias, de tal modo que, a partir de 2008, este valor ultrapassaria o valor oriundo do painel armazenista (FA 15 e BI 6).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

XXX - Nas negociações do contrato de 2006, a ANF pretendeu fixar um limite mínimo para as suas receitas igual ao que auferiu ao abrigo do contrato anterior, pretensão que foi recusada pela Demandada (BI 10)

XXXI - A facturação era num primeiro momento efectuada pela FARMINVESTE, mas, a partir de Março de 2008 (factura emitida em Maio de 2008), a facturação passou a ser feita pelo CEFAR, um centro de estudos na área do medicamento e da saúde que é propriedade da INFOSAÚDE LDA., por sua vez detida a 100% pela FARMINVESTE (FA 16).

XXXII - As receitas não evoluíram como se esperava: em 2007 e 2008, as demandantes apenas receberam € 819.386,97 e € 966.150,76, respectivamente, ou seja, menos de um terço do valor previsto na mais conservadora das previsões constantes do FP XXVIII e pouco mais de metade do que receberiam pelo contrato de 2003 (BI 8 e FA 17, 1.ª parte).

XXXIII - As Demandantes haviam recebido em 2006, com base no contrato de 2003, € 1.295.640 (FA 17, 2.ª parte).

XXXIV - Houve dificuldades de implementação do Acordo de 2006 e não alcançar as previsões da joint venture importou prejuízos para ambos os contraentes (BI 13 e 13-A)

XXXV - As Demandantes passaram a disponibilizar a partir de Janeiro de 2007 informação diária, mas a Demandada só teve meios para processar essa informação em Junho de 2007 (BI 23).

XXXVI - O serviço Xponent contribuiria significativamente para as receitas da parceria, mas só foi implementado em Junho de 2008, alguns meses mais tarde do que estava previsto (BI 14).

XXXVII - No início de 2008, a ANF escreveu às suas associadas propondo a adesão ao Xponent em contrapartida de uma redução de € 50 mensais no preço que pagavam em contrapartida do Farmalink, que não foi criado para a recolha de dados para o Xponent, mas permitiu essa recolha (BI 49).

XXXIX - O Xponent só em Junho de 2008 estava em condições de funcionar devidamente, porque:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- a) Só em Setembro de 2007 é que a Demandada entregou às Demandantes a última versão do ficheiro DLL e um ficheiro das especialidades médicas;
- b) A informação sobre locais de prescrição, essencial para o produto, só ficou concluída em 2008, com a colaboração das Demandantes;
- c) Só em Março de 2008 foram levantadas as objecções suscitadas prestados pelo INFARMED e pela Ordem dos Médicos (BI 15).

XL - A Demandada desenvolveu para a joint venture uma biblioteca (DLL - Dynamic Link Library) que convertia o número de cédula do médico num código fictício (abstracto), tornando possível recolher a especialidade médica prescritora, sem identificação da origem e sem conhecimento da chave de encriptação DLL IMSCoding.dll por qualquer parceiro de negócio ou tecnológico (FA 33).

XLI - A DLL IMSCoding.dll, que está instalada no sistema de recolha de informação das farmácias aderentes e associadas da ANF, é um mecanismo essencial à encriptação da informação recolhida nas farmácias que permite que essa informação seja tratada sem infracção de regras deontológicas e normas legais, nomeadamente no que respeita à protecção de dados pessoais (FA 34).

XLII - Além do atraso no lançamento do Xponent, não foram implementados outros novos produtos da joint venture acordada em 2006, como, por exemplo, a avaliação de investimento promocional, dos estudos dos subsistemas de saúde, dos estudos qualitativos e quantitativos e dos estudos FAST (FA 20).

XLIII - Durante a execução dos negócios abrangidos pela joint venture, as partes tiveram sempre uma sã comunicação, reuniram com uma base mensal para avaliação da execução do contrato e elaboraram actas e relatórios (BI 16).

XLIV - Foram enviados os e-mails e respectivos anexos reproduzidos pelos Docs. 5 a 22, assim como os e-mails reproduzidos pelos docs. N.ºs 26, 28, 35, 43, 44, 48, 49, 50, 52, 53 e 57 (original em inglês), todos juntos com a Contestação (FA 18 e 21).

XLV - As fotografias reproduzidas pelo doc. n2 23 junto com a Contestação foram tiradas no acto de assinatura do contrato de 2006 (FA 19).

XLVI - A Demandada continuou a usar informação oriunda dos armazenistas (sell in) em parte significativa (BI 17).



S.  R.
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

XLVII - A Demandada não procedeu ao switch de sell-in para sell-out na dimensão constante das previsões, mantendo uma parte significativa dos produtos por si comercializados com base na informação dos laboratórios, usando, nalguns casos, a informação das farmácias para verificar e validar os dados oriundos dos armazenistas (BI 21).

XLVIII - Ao não utilizar os dados das Demandantes na escala constante das previsões, a Demandada impediu que a parceria tivesse facturação mais elevada (BI 22).

XLIX - A informação recolhida nas farmácias, que documenta as vendas efectivas para o mercado (sell out), é mais esclarecedora do que a informação das vendas dos armazenistas às farmácias (sell in), porque esta não reflecte a dimensão do inventário (stocks) nem as compras pelos clientes finais nem os prescritores e respectiva especialidade (BI 19).

L - O número de farmácias que forneciam informação assegurava o grau de cobertura do território com o pormenor desejado (BI 20).

LI - A informação facultada pelas farmácias é informação que precisa de ser trabalhada para ser usada nos produtos e serviços comercializados pela Demandada (BI 24).

LII - A informação recebida do painel armazenista abrange 99% do mercado dos medicamentos vendidos pelos armazenistas, enquanto a informação das farmácias fornecida pela ANF teria como base uma amostra de cerca de 2000 farmácias, o que representa uma cobertura média de dados de vendas, a nível nacional, de 70% do total dos produtos comercializados pelas farmácias (BI 25).

LIII - A informação das farmácias não fornece em separado as compras directas e as compras via armazenista (BI 26).

LIV - A Demandada usava habitualmente um histórico com o mínimo de 24 meses para fornecer dados aos seus clientes (BI 27).

Negociação do contrato de 2008

LV - Em datas incertas do 22 semestre de 2008, mas antes de Outubro, João Cordeiro, presidente da Direcção da ANF, manifestou a Carlos Mocho, gerente da Demandada, a sua insatisfação com o resultado da parceria (BI 28).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

LVI - A reacção das Demandantes aos maus resultados da parceria não colheu de surpresa a Demandada (BI 57).

LVII - Em meados de 2008, João Cordeiro comunicou a Carlos Mocho que a ANF queria, até ao final desse ano, pôr termo ao contrato em vigor (BI 29).

LVIII - As negociações entre o Director-Geral da Demandada, Carlos Mocho, e o presidente da Direcção da ANF, João Cordeiro, para revogação do contrato de 2006 e celebração de um novo contrato, tiveram início em Outubro de 2008 e, no decurso das negociações, foram redigidas três minutas do contrato (BI 30).

LIX - Na sequência da primeira reunião formal entre Carlos Mocho e João Cordeiro, onde este anunciou que pretendia rever os termos do contrato, Carlos Mocho apresentou uma proposta às Demandantes por e-mail enviado em 21.10.2008, a qual contemplava duas hipóteses:

- a manutenção do Acordo de 2006, garantindo a Demandada uma receita mínima (a repartir) de 3 milhões em 2009, 5 milhões em 2010 e 6,5 milhões em 2011, ou
- o pagamento de € 150/mês/farmácia, ou seja, de entre 2,5 e 3 milhões de euros por ano (consoante o número de farmácias), caso em que o novo contrato "seria em tudo idêntico ao que foi estabelecido anteriormente ao que está actualmente em vigor" (BI 58).

LX - As compensações resultantes da cláusula 10.º do contrato de 2008 foram calculadas pela ANF e aceites por Carlos Mocho, sem qualquer análise financeira por parte da estrutura interna da Demandada (BI 65, 2.ª parte).

LXI - Nos termos das políticas internacionais do Grupo, que foram comunicadas a todos os colaboradores do Grupo e eram conhecidas de todas as chefias, os poderes dos gerentes da Demandada eram limitados e delimitados pelas chefias, de quem dependiam e a quem reportavam (BI 50 e 50-A).

LXII - Carlos Mocho, o único dos gerentes da Demandada residente em Portugal, não tinha, nos termos do doc. N.º 54 junto com a Contestação, poderes perante a hierarquia internacional para assinar contratos acima de determinados valores sem pedir autorização a essa mesma hierarquia (BI 51).

LXIII - O negócio que culminou no Acordo de 2008, com valor muito superior ao referido no n.º anterior, não foi objecto de qualquer pedido de autorização internacional para a sua celebração (BI 52).

LXIV - Os valores do Acordo de 2008 não foram provisionados nas contas da Demandada nem Carlos Mocho, no relatório relativo ao 4.º trimestre de 2008, datado de 13.01.2009, fez qualquer referência às responsabilidades nele assumidas (BI 53).

LXV - Em 2008, a estrutura internacional da IMS só tinha efectivo conhecimento de negociações para potenciais alterações da joint venture, mas, até 09.02.2009, não tinha conhecimento da negociação de um contrato que revogasse a joint venture em curso (BI 54).

LXVI - Na preparação e negociação do novo contrato com a ANF, interveio, por parte da IMS, apenas Carlos Mocho, não tendo participado Directores e demais colaboradores da Demandada (BI 55, 1.ª parte, e 65, 1.ª parte).

LXVII - A assinatura do contrato, que apanhou de surpresa a hierarquia internacional, contraria as políticas comerciais do Grupo IMS Health (BI 55, 2.º parte).

LXVIII - Em 16 e 17 de Dezembro de 2008, foram enviados os e-mails constantes do Doc. n2 57 junto com a Contestação, tendo Andy Jackson advertido Carlos Mocho de que não poderia incluir nas negociações os outstanding receivables (facturas em dívida) nem conceder à ANF condições mais favoráveis do que as que resultam do contrato em vigor em troca do pagamento dessas facturas (BI 69).

LXIX - Dois desses e-mails foram trocados, em 16 de Dezembro de 2008, entre Rui Sousa e Andy Jackson, com conhecimento de Carlos Mocho, neles se fazendo referência a uma minuta do contrato em português (BI 56).

LXX - Em vésperas da assinatura do contrato de 2008, as Demandantes confirmaram os poderes de Carlos Mocho para celebrar o contrato, **através de consulta ao registo comercial** (BI 63).

Contrato de 2008

LXXI - O contrato com data de 18 de Dezembro de 2008 (doravante designado por contrato de 2008 ou acordo de 2008), reproduzido pelo doc. N.º 1 junto com a PI, foi assinado, em 23 de Dezembro de 2008, por Carlos Mocho, gerente da IMS, que já havia subscrito os contratos de 2003 e 2006, e por João Cordeiro e João Gonçalves da Silveira, em nome das Demandantes (FA 22 e BI 37).

LXXII - O contrato de 2008 voltava ao modelo de 2003, embora com diferenças substanciais no que respeitava à quantidade (e qualidade) da informação vendida, que passou também a incluir informação diária e detalhada por farmácia (embora sem a sua identificação) e por acto de venda, com o seguinte conteúdo: data/hora da venda, especialidade médica, local de prescrição, linha da venda, código de produto, pvp, valor pago pelo utente, quantidade, stock mínimo, stock máximo, posição de stock, comparticipação, código de organismo, valor da comparticipação (BI 31).

LXXIII - No preço dos dados, fixado em € 255/farmácia/mês e calculado pela ANF, o valor de € 200/farmácia/mês, componente desse preço, teve como base o valor das receitas esperadas pela ANF para os anos 2009, 2010 e 2011, segundo as estimativas relativas ao contrato de 2006 realizadas em 07.09.2006, a que se refere a resposta ao n.º 5 da BI, dividindo 50% da média desses valores pelo número médio de farmácias (computado em 2100) que se previa viessem a fornecer dados nesses três anos (BI 32).

LXXIV - O valor médio da informação por farmácia assim calculado seria de € 200, ao qual acresciam os custos do desconto que era concedido às farmácias aderentes ao X-Ponent (€ 50/farmácia/mês), acrescidos de € 5 pelos custos da linha instalada pela PT. (BI 33)

LXXV - A compensação de € 2.291.613,03, relativa a 2007, foi calculada a partir do montante de € 2.761.000 (valor de 50% da previsão de receita feita em 15.12.2006), acrescido de € 350.000 (valor igual ao de facturas emitidas e contabilizadas pela IMS, que a ANF não reconhecia) e deduzido de € 819.386,97 (valor já pago à ANF) (BI 34, a).

LXXVI - O valor da compensação de 2.440.399,24, relativo a 2008 (correspondente ao valor, sem IVA, da factura n.º GER - 0900002 emitida pela ANF "pelo diferencial relativo a 2008"), foi calculado a partir do montante de € 3.511.550 (valor de 50% da previsão de receita feita em 15.12.2006), deduzido de € 105.000 (valor igual a metade da contribuição em serviços a prestar pela ANF, que esta afinal não disponibilizou) e de € 966.150,76 (valor já pago à ANF) (BI n.º 34, b).

LXXVII -

O preço de 255€ fixado na cláusula 6.º, n.º 1, do contrato de 2008 não tem em conta o custo directo para a ANF e é o valor mais alto conhecido, várias vezes superior ao preço praticado noutros mercados para serviços equivalentes. (BI 87)



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

LXXVIII - O pagamento de diferenciais, previsto na cláusula 10.º, conferia às Demandantes uma vantagem sem qualquer justificação económica plausível (BI 73).

LXXIX - O contrato contraria os interesses da Demandada, no que respeita ao preço e ao pagamento de diferenciais (BI 55, última frase).

LXXX - A contradição com os interesses económico-financeiros da Demandada, considerados globalmente, era evidente para qualquer pessoa conhecedora daquela área de negócio, em especial, para Carlos Mocho e para as Demandantes e seus legais representantes, profissionais altamente qualificados (BI 60).

Factos posteriores ao contrato de 2008

LXXXI - Em 23.01.2009, a Demandada e Carlo Mocho assinaram o acordo de cessação de contrato de trabalho reproduzido pelos docs. 59 junto com a Contestação e 49 junto com a Resposta à Reconvenção, tendo Carlos Mocho renunciado ao cargo de gerente da Demandada (FA 30 e BI 70, a).

LXXXII - Carlos Mocho convocou, na manhã de 09.02.2009, uma reunião com todos os colaboradores da Demandada, no decurso da qual referiu que estava a considerar a possibilidade de criar um concorrente alternativo à IMS; na tarde do mesmo dia, Carlos Mocho deu a conhecer o acordo de 2008 aos trabalhadores da Demandada com funções de gestão (BI 72).

LXXXIII - Em 18.02.2009 foi enviada por um alto quadro do Grupo IMS uma comunicação em que informava que Carlos Mocho já não exercia funções na Demandada e que o assunto passaria, em consequência, a ter outro responsável (FA 312).

LXXXIV - Conhecido o contrato de 2008 e analisado o seu impacto, considerado desastroso pela estrutura internacional da IMS, a Demandada comunicou a Carlos Mocho, por carta da mesma data, a decisão de instaurar procedimento disciplinar contra ele e de o suspender preventivamente do exercício de funções de Director Geral (FA 31-A e BI 70, b).

LXXXV - A Demandada, por deliberação de 17.03.2009, levada ao registo em 18.03.2009, alterou o seu pacto, nos seguintes termos "Forma de obrigar: a) Em actos de valor igual ou superior a 200.000,00€, pela assinatura conjunta de dois gerentes" (BI 64.º)



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

.LXXXVI - A Demandada, em 21.04.2009, apresentou participação criminal contra Carlos Mocho, que, em 12.12.2009, foi constituído arguido em auto de inquérito nos termos constantes do documento n.º 2 junto com a Contestação (BI 70 c) e FA 32-A).

LXXXVII - Após a entrada em vigor deste contrato, em 1 de Janeiro de 2009, continuaram as Demandantes a fornecer dados, do mesmo modo que antes, até 09.04.2009 (por referência a 31 de Março), tendo a partir desse dia suspenso o envio de quaisquer dados (BI 38 e FA 23).

LXXXVIII - O número de farmácias sobre o qual as Demandantes enviaram informação foi de 1.931, 1.968 e 2.017 em Janeiro, Fevereiro e Março de 2009, respectivamente, sendo expectável que continuasse a crescer (BI 45).

LXXXIX - Após o envio à Demandada, em Janeiro de 2009, de facturas e, em Fevereiro seguinte, de cartas destinadas a apurar o fundamento da falta de pagamento das quantias em dívida, as Demandantes, face ao silêncio da Demandada, insistiram em 19 e 20 de Fevereiro pelo pagamento da primeira das facturas vencidas (BI 39).

XC - Em resposta a insistências das Demandantes, um representante local da Demandada, Daniel Santos, escreveu às Demandantes em 20.02.2009 dizendo: "Conforme é de conhecimento de V. Exas., o Dr. Carlos Mocho não se encontrava autorizado a celebrar qualquer contrato do tipo em questão e nunca dispôs da autoridade para agir com este tipo de autonomia" (FA 32).

XCI - Em 27.02.2009 as Demandantes responderam à Demandada insurgindo-se contra as insinuações feitas na referida carta e solicitando que esta confirmasse se pretendia ou não, na sequência das afirmações proferidas, cumprir com o acordado (BI 40).

XCII - Em 25.03.2009, uma vez que nenhum dos pagamentos das facturas vencidas no valor total de € 3.340.821,60 havia sido efectuado, as Demandantes informaram que iriam suspender o fornecimento de dados que vinham realizando, com efeitos a partir de 31.03.2009 (BI 41).

XCIII - Na sequência, foi trocada a correspondência constante dos docs. N.ºs 30 e 31 juntos com a PI (BI 42).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

XCIV - As Demandantes emitiram as seguintes facturas (no total de € 7.488.710,69) que a Demandada não pagou:

Factura n.º GER - 0900001, no valor de € 2.749.935,60 (diferencial relativo a 2007), vencida em 08.02.2009;

Factura n.º GER - 0900002, no valor de € 2.928.479,09 (diferencial relativo a 2008), vencida em 30.04.2009;

Factura n.º GER - 0900003, no valor de € 590.886 (relativa a dados de Janeiro de 2009), vencida em 01.03.2009;

Factura n.º GER - 0900050, no valor de € 602.208 (28.02.2009), vencida em 30.03.2009;

Factura n.º GER - 0900082, no valor de € 617.202 (Março 2009), vencida em 29.04.2009 (BI 43).

XCV - Em 23.04.2009 e 18.05.2009, as Demandantes enviaram à Demandada as cartas reproduzidas pelos docs. N.º 35 e 36 juntos com a P.I.(FA 26)

XCVI - Em 14.04.2009, a Demandada enviou aos seus clientes cartas sobre "suspensão temporária de serviço" nos termos dos docs. 34 junto com a PI e 70 junto com a contestação (FA 24)

XCVII - Em 18.05.2009, a ANF enviou cartas sobre a "suspensão de prestação de dados à IMS Health Lda" nos termos dos docs. 37 junto com a PI e 71 junto com a Contestação (FA 25).

XCVIII - A ANF emitiu em 29.05.2009 a circular reproduzida pelo doc. 75 junto com a Reconvenção (FA 35)

XCIX - As Demandantes recusaram receber o pagamento dos dados fornecidos à Demandada invocando que tal pagamento não correspondia aos valores devidos segundo o contrato de 2008 (BI 104).

C - Em 02.06.2009 a Demandada apresentou no Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa um processo especial de consignação em depósito contra a Demandante ANF, no âmbito do qual consignou o montante de € 622.596,06 (FA 28).

CI - Em 05.06.2009, a Demandada requereu, no Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, contra a Demandante ANF providência cautelar não especificada, que foi indeferida por decisão de 05.08.2009 (FA 29).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

CII - A Demandada enviou em 05.06.2009 a carta reproduzida pelo doc. 76 junto com a Reconvensão (FA 36).

CIII - Por circular datada de 08.06.2009, a ANF remeteu a empresas da área da indústria farmacêutica informação sobre o lançamento da sociedade HMR (BI nº 109, 1.º parte).

CIV - A Demandada apresentou, em 18.06.2009, na Autoridade da Concorrência uma queixa contra a ANF a quem imputou vários ilícitos de concorrência (FA 40).

CV - Em 21.09.2009 foi ordenado pela 3.º Secção da 3.º Vara Cível de Lisboa, a instância das Demandantes, o arresto dos saldos de 2 contas bancárias da Demandada, bem como os créditos que a mesma detivesse sobre um conjunto de empresas farmacêuticas, tendo a Demandada, citada em 07.10.2009, deduzido oposição, que foi julgada improcedente por decisão do mesmo tribunal proferida em 11.02.2010 (FA 419

Factos relacionados com a HMR

CVI - Em 26.06.2009, constituiu-se a sociedade HMR - Health Market Research, Lda, cujo capital social é detido, em 90%, pela Demandante Farminveste, a qual é, por sua vez, detida a 100% pela Demandante ANF (FA 37 e BI 66).

CVII - Na gerência da HMR estão representantes legais das Demandantes (BI 109, 2.ª parte).

CVIII - A HMR tem objecto social semelhante ao da Demandada, presta o mesmo tipo de serviços oferecidos pela Demandada, que é o seu principal concorrente (FA 38, BI 66 e 92).

CIX - A HMR começou a preparar a sua actividade em Junho de 2009 e efectuou as primeiras vendas de dados em Dezembro de 2009 (BI 111).

CX - Carlos Mocho assumiu as funções de Director Geral da HMR desde 01.06.2009, beneficiando a HMR dos conhecimentos e da experiência que adquiriu ao longo de 15 anos que colaborou com a Demandada (FA 39 e BI 112).

CXI - Carlos Mocho iniciou em Fevereiro de 2009 contactos com um terceiro com vista à implementação de um projecto conjunto, o qual deu origem à criação em



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

24.04.2009 da sociedade Grau de Interesse, S.A., com objecto social concorrente com a Demandada (BI 67).

CXII - Na HMR trabalham várias pessoas que adquiriram conhecimentos técnicos quando estavam ao serviço da IMS (BI 103).

CXIII - No âmbito da joint venture com a Demandada, a ANF passou a ter acesso a informação usada pela Demandada e relativa aos serviços de market intelligence para o sector dos cuidados de saúde, incluindo o serviço Xponent, que a Demandada introduziu no mercado português, e a DLL IMSCoding.dll, criada pela Demandada para a prossecução dos objectivos comerciais da joint venture (BI 98 e 99).

CXIV - As Demandantes beneficiaram de rendimentos provenientes dos dados das farmácias que eram objecto do Acordo de 2008, através de uma nova sociedade (a HMR), que integra o seu universo empresarial, tendo auferido, em relação a 2009, um valor de € 20.000 e, em relação a 2010, um valor próximo de 75% do que aufeririam ao abrigo do contrato de 2008 (BI 47).

CXV - A HMR beneficiou, em 2010, de um desconto de 25% em relação ao preço de € 255 acordado com a ANF (BI 97).

Danos

CXVI - A execução total do contrato de 2008 até 31.12.2010 permitiria previsivelmente às Demandantes facturar o fornecimento de dados durante mais 21 meses, desde Abril de 2009 até Dezembro de 2010, em relação a 2017 farmácias (pelo menos), no montante de € 10.801.035, mais IVA, assim calculado: € 255 por farmácia x 2.017 farmácias x 21 meses (BI n2 46).

CXVII - Nas circunstâncias actuais, a Demandada não tem de facto condições para ser cliente da ANF (BI 91).

CXVIII - Até ao 12 trimestre de 2010, a Demandada perdeu cerca de 65% dos seus clientes de consumer health (BI n2 115).

CXIX - Das circunstâncias referidas nos FP LXXXVII (última frase), XCII, CXVII e CXVIII resultaram, e é possível que resultem no futuro, perdas de receitas, das quais, por sua vez, resultaram, e podem resultar, prejuízos em montante que não foi possível ao Tribunal quantificar (BI 116).

CXX- Carlos Mocho assinou o Acordo de 2008 ciente de que a sua relação laboral na IMS estaria a terminar.

Estes os factos.

19. Recurso de direito

19.A) Apelação – demandantes

I- Abuso de representação

a) Defendem as recorrentes que não há lugar a aplicação do Artigo 269º do Código Civil, dado estarmos no âmbito da representação orgânica nas Sociedades Comerciais e não da representação voluntária, donde não são aplicáveis directamente aos gerentes as disposições dos artigos 262.º e segs. do Código Civil, mas antes o disposto no Código das Sociedades Comerciais.

b) Não há lacuna no regime do CSC. Não é mera a similitude de nomes (representação) ou de fenómenos empíricos que pode ser a base de detecção de lacuna e/ou do preenchimento da mesma através do regime do artigo 269º do CC.

Entendeu o Tribunal estarem preenchidos os requisitos do abuso de representação, bem como ser de aplicar o artigo 269º do Código Civil ao caso, por via analógica ou subsidiária.

Dispõe o art.º 260.º do CSC, sob a epígrafe “**Vinculação da sociedade**”:

1 - Os actos praticados pelos gerentes, em nome da sociedade e dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na para com terceiros, não obstante as limitações constantes do contrato social ou resultantes de deliberações dos sócios.

2 - A sociedade pode, no entanto, opor a terceiros as limitações de poderes resultantes do seu objecto social, se provar que o terceiro sabia ou não podia ignorar, tendo em conta as circunstâncias que o acto praticado não respeitava essa cláusula e se, entretanto, a sociedade o não assumiu, por deliberação expressa ou tácita dos sócios.

3 - O conhecimento referido no número anterior não pode ser provado apenas pela publicidade dada ao contrato de sociedade.

4 - Os gerentes vinculam a sociedade, em actos escritos, apondo a sua assinatura com indicação dessa qualidade.

5 - As notificações ou declarações de um gerente cujo destinatário seja a sociedade devem ser dirigidas a outro gerente, ou, se não houver outro gerente, ao órgão de fiscalização, ou, não o havendo, a qualquer sócio.

Por sua vez o art.º268º do CC sob a epígrafe: "**Representação sem poderes**" dispõe no seu n.º1:

"O negócio que uma pessoa, sem poderes de representação, celebre em nome de outrem é ineficaz em relação a este, se não for por ele ratificado."

Sendo que o art.º 269.º estipula que: "O disposto no artigo anterior é aplicável ao caso de o representante ter abusado dos seus poderes, se a outra parte conhecia ou devia conhecer o abuso."

Na decisão recorrida o tribunal discorreu assim:

"... julgamos ser claro que os n.sº 1 e 2 do artigo 260.º do Código das Sociedades Comerciais têm directamente em vista excluir as limitações estatutárias sobre o objecto social e as deliberações sociais relativas a um determinado acto, enquanto fundamentos que a sociedade possa invocar para se eximir à sua vinculação perante terceiros por actos praticados por gerentes no âmbito dos seus poderes estatutários genéricos.

É o que resulta da fonte dos preceitos, a 1.ª Directiva comunitária sobre sociedades, de 1968, cujo artigo 9.º pretendeu harmonizar os direitos dos Estados-membros, em favor da protecção de terceiros e contra o rigor do princípio da especialidade e da doutrina ultra vires, que se mantinham vivos nalgumas correntes doutrinárias e jurisprudenciais. O mesmo artigo 92 admitiu porém uma atenuação, facultando aos Estados-membros que legissem no sentido de manter a regra ultra vires em relação a actos fora do objecto social, se tal circunstância for conhecida ou não possa ser ignorada pela contraparte.

Assim se explica o citado n.º2 do artigo 260.º (e o n.º 2 do artigo 409.º do mesmo Código) que, em relação ao objecto social, concretiza a opção legislativa do Estado português em desfavor de terceiros de má fé, cominando com a ineficácia esta situação específica de abuso de representação.

Se o alegado abuso de representação por parte do gerente de uma sociedade por quotas incidir sobre um qualquer outro aspecto influente na conformação e no exercício dos seus poderes perante terceiros, o regime do citado artigo 260.º não é aplicável, pelo menos directamente. Para preencher esta lacuna a solução mais adequada é a aplicação analógica do artigo 269.º do Código Civil, como têm entendido de modo quase pacífico os académicos que colocaram o problema"

Em favor deste entendimento convoca-se: RAÚL VENTURA, Sociedades por quotas, III, Coimbra, 1991, p. 175 s; J. ESPÍRITO SANTO, Sociedades por quota e anónimas. Vinculação: objecto social e vinculação plural, Coimbra, 2000, p. 446 ss; P. TARSO DOMINGUES, A vinculação das sociedades por quotas no Código das

Sociedades Comerciais, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2004, p. 277 ss (p. 304); J. COUTINHO DE ABREU, Curso de Direito Comercial, vol. II, 32 ed., Coimbra, 2009, p. 566 ss; contra, ANA MARIA PERALTA, Vinculação das sociedades comerciais, Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n2 2, 1993, p. 107 ss (p. 123), admitindo porém que a aplicação dos princípios e das regras gerais levem à invalidade do negócio.

E continua o acórdão:

“Na verdade, este preceito, regulando embora directamente o abuso de representação voluntária, é o único preceito legal português com suficiente generalidade de previsão para merecer tal extensão. A representação voluntária vem sendo a matriz das outras modalidades de representação (legal e estatutária) e apresenta especial semelhança com a representação orgânica, porque uma e outra (diferentemente da representação legal) se fundam em actos jurídicos pelos quais o representado atribui poderes ao representante, a procuração e a designação, respectivamente. Assim se compreende que a aplicação analógica do artigo 268.º tenha sido recomendada para a regulação da falta de poderes dos representantes das pessoas colectivas. Ora, se o regime da falta de poderes é adequado para o efeito, adequadas serão também as regras sobre o abuso de poderes, que funcionam como seu complemento natural e correcção da vinculação pelo representante com poderes.

A alternativa seria a aplicação do n.º 2 do artigo 260.º do Código das Sociedades Comerciais, mas a marca da harmonização comunitária, estritamente ligada à questão ultra vires, dificulta a generalização. Note-se, ainda assim, que, extraído do preceito que é essencial, fica afinal a desprotecção dos terceiros de má fé (em sentido subjectivo), que é também o essencial do artigo 269.º do Código Civil. Este coloca-se porém em vantagem pela simplicidade e clareza da sua enunciação, aliadas ao aprofundamento que lhe foram conferindo a reflexão doutrinária e a concretização jurisprudencial dos conceitos indeterminados contidos no preceito.

De qualquer modo, não se deve esquecer que tanto o n.º 2 do artigo 260.º do Código das Sociedades Comerciais como o artigo 269.º do Código Civil valem como especificações do princípio geral da proibição do abuso de direito, que, no caso, consiste simultaneamente no abuso do representante no exercício dos seus poderes e no abuso da contraparte na invocação desses poderes e da consequente vinculação do representado. O interesse de terceiros e a segurança jurídica, que são fulcrais no instituto de representação, em qualquer das suas modalidades, cedem perante o interesse do representado sempre que a protecção do terceiro conduza à extensão em benefício de quem actua de má fé (em sentido objectivo ou subjectivo).”

Contra este entendimento o Professor Menezes Cordeiro, no Parecer anexo, onde defende que o art.º 260.º CSC não contém qualquer lacuna a necessitar de ser integrada pelo art.º 268.º CC.

A ser tratada fora do âmbito previsto no art.º 260.º o Professor só equaciona a hipótese de “conluio”: se se provar que o gerente, em conluio com terceiro, concluiu um negócio puramente danoso para a sociedade a solução não há-se ser buscada no instituto da representação, mas sim no art.º 281.º do CC: o negócio é nulo porque celebrado com um fim contrário à lei, ou à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes.

Esta lógica estende-a a outras hipóteses de abuso manifesto.

Descendo ao caso dos autos, defende não haver qualquer prova de conluio, nem de “fim contrário” ao pretendido pelas sociedades em presença, donde conclui não ocorrer qualquer abuso de representação a justificar o recurso ao art.º 268.º do CC.

Os Professores Pinto Monteiro/Pedro Maia, no Parecer junto, pronunciam-se no sentido de ser admissível a aplicação analógica do 269.º CC à “representação” por gerentes, (que assumem ser defendida por vários autores), mas restringem-na apenas ao caso de conluio “em que o gerente e o terceiro agem *conscientes de que a sua actuação é contrária ao interesse da sociedade, determinado pelo órgão competente*, isto é, agem com intenção e divergiram do interesse da sociedade”.

Indo ao caso, salientam que não provado o conluio e nem sequer provado que o gerente tivesse agido com intenção prejudicar a IMS, ou seja, que tivesse identificado um determinado interesse da sociedade por si representada e tivesse agido em sentido desconforme com esse interesse, que definiu como sendo o da sociedade, não há qualquer justificação para o recurso ao art.º 269.º do CC.

Criticam a doutrina do acórdão, com a argumentação de que a sua adopção levaria a que as sociedades tivessem a sua esfera de acção limitadas por duas vias: pelo seu *fim* e pelo seu *interesse objectivamente definido*, apontando ao acórdão o defeito de permitir que o interesse da sociedade venha ser definido, não por ela própria, mas por elementos de fora, como o próprio tribunal, que vai apreciar os concretos termos do negócio e aferir do “interesse económico objectivo da sociedade”, o que têm por desadequado, uma vez que o negócio pode ter sido previamente deliberado pela sociedade e se assim fosse, porque não contrário ao fim, não seria nulo, mas eventualmente apenas anulável; os gerentes estavam então obrigados legalmente a executar uma deliberação, mas o seu acto de representação seria abusivo e o negócio seria ineficaz.

Concluem que o entendimento que suporta a decisão arbitral teria implicações “inteiramente contraditórias com o regime jurídico-societário vigente: desconformes quanto ao âmbito da capacidade das sociedades; desconformes quanto à competência para a definição do interesse da sociedade na celebração de determinado negócio; desconformes quanto aos poderes e às competências dos gerentes de uma sociedade por quotas”.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Com o devido respeito diremos, desde já, que não vemos aqui a contradição que se pretende apontar, como decorrente do raciocínio por que enveredou a decisão arbitral.

É que do entendimento do tribunal apenas se pode retirar que, em situações verdadeiramente excepcionais (que o serão), deverá funcionar uma válvula de segurança do sistema.

E o nosso, como outros sistemas, não podem jamais funcionar sem determinadas válvulas de segurança, por via das quais se impeça que o direito dê cobertura a situações iníquas.

Tudo decorrências daquela válvula máxima que é o “abuso de direito”. O direito pode existir em toda sua plenitude, mas se a ordem jurídica considerar o seu exercício, no contexto específico do caso concreto, como abusivo, porque a aplicação desse direito concreto levaria a uma ofensa do sentimento vigente na comunidade jurídica, chocaria o sentido do “certo”, do “justo”, então é mesma lei que “dá o direito” que também permite que, naquele concreto caso, ele seja “negado”, em nome dos princípios gerais que temos por subjacentes a qualquer ordenamento jurídico disciplinador da vida em sociedade, como sejam boa-fé, a lealdade, a transparência, o equilíbrio de interesses.

Será que o facto duma deliberação social ter ocorrido e os gerentes a terem executado, ofenderá o regime jurídico-societário vigente que essa execução concretizada num qualquer negócio, se provada que é, de forma manifesta, ostensivamente lesiva dos interesses económicos da sociedade (e que o terceiro contratante no negócio tinha conhecimento dessa lesão), possa vir a ser desautorizada, por ser julgado nulo ou ineficaz o negócio concretizado? Toda a filosofia subjacente à autonomia privada, à liberdade contratual, à liberdade de decisão das pessoas colectivas, não pode ser indiferente às excepcionais situações de “abusos”.

E se o que se tem em vista é salvaguardar a confiança, no caso das sociedades comerciais, que deve existir no mercado, no mundo económico-financeiro, essa salvaguarda da confiança deixa de ter qualquer justificação, quando o terceiro, cuja confiança de visa proteger, afinal não é o terceiro “desprotegido”, mas antes o terceiro “conivente”, “aproveitador” duma abstracta confiança que no caso inexistente, uma vez que ele bem sabia (ou não podia deixar de saber) que estava a pactuar para a lesão da sua contraparte.

O Professor José Engrácia Antunes, no Parecer junto aos autos, coloca a questão (que é a mesma que já deixamos enunciada e que bebemos na sua fonte): com a ressalva dos casos específicos dos actos “ultra vires”, únicos contemplados no art.º 260.º n.º2, **o abuso representativo é lícito no terreno das sociedades comerciais?**

Desenvolve a partir daqui ampla explanação que nos merece concordância.

Faz uma resenha histórica do direito português, passa pela Directiva 68/151/CC de 9/3 que esteve na base do actual Código das Sociedades Comerciais, afirmando que “os trabalhos preparatórios da directiva comunitária mostram inequivocamente que o legislador europeu, ao mesmo tempo que pretendeu consagrar um rigoroso regime de inoponibilidade a terceiro de quaisquer limitações estatutária ou deliberativas dos poderes orgânicos, deixou de caso pensado o tratamento das patologias do exercício dos poderes representativos – em particular o abuso de representação- aos princípios gerais do direito civil comum.”

Neste Parecer é exaustivamente enunciada a doutrina portuguesa que, na sua generalidade sustenta a admissibilidade da aplicação, por analogia, do instituto do abuso de representação do CC à representação orgânica das sociedades comerciais. Elencamos apenas alguns nomes enunciados: Raul Ventura, Oliveira Ascensão e Coutinho de Abreu; no mais, remetemos para o parecer, sob pena de aqui o estarmos a repetir.

Diz o professor que a jurisprudência ainda não se pronunciou expressamente sobre a questão.

Na pesquisa que fizemos encontramos apenas o muito recente acórdão do STJ de 2014/2/27, proferido no processo 1835/07.9TBOA7.P1.S1 (posterior à data do Parecer), que se pronunciou no sentido da aplicação do art.º 269.º do CC, num caso em que o gerente usou os poderes conferidos pela sociedade para fim diverso daquilo que eram os interesses da sociedade. Aí se pode ler: “Verifica-se pois que CC utilizou neste contrato os poderes de representação da sociedade que a qualidade de gerente lhe conferia; mas que o concreto fim desse exercício foi diverso daquele com que os mesmos devem ser exercidos, e que é a prossecução dos interesses da sociedade. O Código das Sociedades Comerciais não prevê expressamente tal situação; aplica-se o disposto no artigo 269º do Código Civil, o que significa que, “se a outra parte conhecia ou devia conhecer o abuso”, o negócio é ineficaz relativamente à sociedade.”

Não vemos que as razões avançadas pelos opositores da extensão do regime civil ao regime das sociedades comerciais sejam de se afirmar, face aos que admitem tal extensão.

Nenhuma censura a fazer pois, à aplicação analógica levada a cabo na decisão recorrida.

Admitida então, em tese, essa aplicação, vejamos se no concreto houve ou não abuso de representação.

c) defendem as recorrentes que mesmo que se considerasse aplicável, por via subsidiária ou analógica, o regime do artigo 269º ao caso, a verdade é que ainda assim não haveria lugar a qualquer abuso de representação relevante. Argumentam que não existe base para aplicação do regime do abuso de representação, já que o artigo 269º do CC requer a configuração de uma vontade do representado distinta da

vontade do representante (directa ou pressuposta), que foi desvirtuada por este e o próprio Tribunal reconheceu que “no caso não se reconhece qualquer vontade específica do representado”, o que mostra ela não ter havido, pelo que cai a base de aplicação do abuso de representação ao caso. (cfr. pág. 31 do Acórdão Arbitral).

De acordo com a lei civil, esse abuso pode decorrer de um de dois pressupostos: ser fundado na falta de poderes ou na actuação contra os interesses da representada.

Falta de poderes não se verificou, tal como se entendeu na decisão.

Actuação contra os interesses da sociedade representada: a decisão recorrida entendeu estar verificado este pressuposto.

Temos para nós que a questão nem assume sequer contornos duvidosos.

A expressão supra citada, retirada do acordão recorrido, foi nele inserida no âmbito da apreciação feita sobre o regime da usura e quando se pretendia esclarecer que os requisitos dessa figura haveriam de ser aferidos apenas em relação ao representante e não à representada, uma vez que não se conhecia a sua vontade específica.

No caso do abuso de representação, não é a vontade específica da representada que tem que ser apurada, mas sim quais eram os “interesses da representada”.

E esses interesses aferiu-os o tribunal, no tocante aos valores fixados no contrato, a título de compensações e ao preço fixado para a informação de cada farmácia.

Das compensações

Quanto a estas, diremos desde já que só o facto de, aquando das negociações do contrato de pareceria – contrato de 2006- a ANF ter pretendido fixar um limite mínimo para as suas receitas e ter a IMS recusado tal fixação, haveria de ter sido demonstrado que alterações substanciais ocorreram para que, aquilo que foi recusado pela sociedade, tenha mais tarde vindo a ser fixado a título retroactivo, quando se põe fim ao contrato, garantindo à ANF pagamentos que equivalem à fixação duma receita certa, desvirtuando a natureza do contrato que era de parceria e, por isso, com riscos a correr por ambas as partes.

E não se trata duma qualquer fixação, mas antes dum valor que erige em certeza para a ANF aquilo que eram para ambas as partes, meras e mais optimistas expectativas.

As recorrentes entendem que tinham expectativas que mereciam tutela.

Não será demais lembrar que é o gerente da IMS, que nem sequer logrou explicar, de forma minimamente compreensível porque razão aceitou estes preços (impostos unilateralmente pela ANF) que acabou por dizer que não visavam tutelar

espectativas porque estas não são para tutelar, mas sim para compensar a ANF por um uso indevido de dados por parte da IMS; mas depois, questionado se eram valores que a IMS estivesse obrigada a pagar, de acordo com o contrato então vigente, acabou por dizer que não, mas que "moralmente" eram devidos pela IMS.

Ora, montantes como os aqui em jogo, não se pode compreender que um gerente minimamente diligente decida a eles obrigar a entidade que representa, sem que se trate de uma obrigação inequívoca, suportada em relações contratuais que não suscitem dúvidas sérias quanto ao acerto da decisão assumida, sob pena de lhe serem imputadas motivações obscuras, nomeadamente a procura de favorecimento da parte contrária, na perspectiva de angariar novo emprego, como é avançado pela sua ex-entidade patronal.

Não se compreende como é que as recorrentes pretendem que esta actuação não possa ser considerada lesiva e até pretendem antes demonstrar que foi a melhor decisão para salvaguardar os interesses da recorrida, invocando que estava em causa a cessação imediata dos fornecimentos. Essa cessação, a ocorrer e a ser válida, o mais que significava era a perda de clientes para a IMS, perda que sempre acabou ocorrer, mas pelo menos não a obrigava a desembolsar, a troco de "nada". a quantia de 4,7 milhões de euros, ou seja, apenas a troco de poder continuar a actividade que vinha tendo, a coberto de contrato em plena vigência.

No acórdão arbitral discorreu-se assim: "As projecções não passaram pois de um pressuposto sem estipulação quanto aos efeitos da sua não verificação. Como pressuposto não é condição de eficácia e, no caso, nem sequer gerou uma expectativa (cfr. resposta negativa ao n.º 35 da BI), a sua consideração jurídica poderia, quando muito, valer para o efeito de alteração das circunstâncias justificativa da resolução ou da modificação do contrato.

Ora, as coisas não correram pelo melhor para o consórcio, que enfrentou dificuldades de implementação, com a conseqüente falha das previsões, que importou prejuízos para ambos os contraentes (FP e XXXIV e XXII). Mas não se apurou quais foram exactamente as causas do fracasso nem se este se ficou a dever a incumprimento dos deveres de cooperação dos consorciados (cfr. FP XXXV a XXXIX e XLII), que mantiveram "sempre uma sã comunicação" (FP XLIII). Não se provou em especial que tenha havido "locupletamento ilegítimo" pela Demandada, como pretendem as Demandantes, sendo para tanto insuficientes os FP XLVI a XLVII (conjugados com as respostas parcialmente negativas aos n.ºs 17, 18, 21 e 22 da BI).

Neste quadro, o impacte jurídico da frustração do pressuposto c fundamento para a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias dependeria da verificação cuidada, em princípio por um tribunal, dos restantes requisitos exigidos pelo artigo 4372 do Código Civil: a afectação da boa fé e um juízo sobre a distribuição do risco contratual.

Em vez disso, o representante da IMS aceitou o pagamento da referida compensação, no montante total de € 5.698.163,03, tal como foi calculada pela ANF (cfr. FP LXXV e LXXVI), sem que o mesmo representante tenha promovido qualquer análise financeira justificativa (FP LX). Isto é, com fundamento na não verificação de um pressuposto sem reconhecimento no texto do contrato de consórcio nem enquadramento e efeito jurídico claros, acordou-se, noutro contrato, sem justificação económica ou jurídica plausível, a atribuição de um crédito com valor superior ao triplo das receitas recebidas, nos anos de referência, pelo consorciado assim beneficiado (como resulta da comparação entre o montantes dos diferenciais a pagar e o montante das receitas recebidas pela ANF ao abrigo do contrato de 2006; cfr. FP XXXII).

Nestas circunstâncias, é evidente que o representante da IMS no contrato de 2008 contrariou objectivamente, sob este aspecto, os interesses da sociedade em nome de quem agiu."

A este tribunal de recurso não se apresentam razões válidas que possam contrariar o raciocínio expandido e a conclusão alcançada.

A suportar este enquadramento, as considerações do professor José Engrácia Antunes que passamos a citar: "...decorridos apenas dois anos de vigência contratual, ao aceitar pagar compensações correspondentes aos diferenciais pecuniários entre as receitas reais e as receitas projectadas (cláusula 10.^a do contrato de 2008) o gerente da IMS acabou por romper o equilíbrio do contrato de consórcio de 2006, transferindo exclusivamente para esta última sociedade a totalidade do risco inerente. Esta assunção da totalidade do risco negocial, ainda por cima sendo gratuita(...), retroactiva(...) e unilateral- foi evidentemente lesiva dos interesses da sociedade IMS: a magnitude patrimonial desta lesão ou prejuízo está determinada, traduzindo-se num débito pecuniário de 4,7 milhões de euros, sendo exactamente inversa ao benefício que tal assunção de risco ocasionou para a ANF" -p.68 do parecer.

Chama-se a atenção que se "nas negociações do contrato de 2006, a ANF pretendeu fixar um limite mínimo para as suas receitas igual ao que auferiu ao abrigo do contrato anterior, pretensão que foi recusada pela Demandada"- facto XXX- e se ao abrigo do contrato de 2003 a IMS pagou € 1.294.500, relativamente ao ano 2006 (nos anos anteriores pagou menos) – facto XXIII -, e se o valor fixado como "compensação" relativamente a 2007 que foi calculado sobre € 2.761.000 – facto LXXV- podemos concluir uma coisa tão simples como: em 2008 o gerente da IMS, em face duma decisão da empresa de não se ter querido comprometer, em 2006, com valores fixos, reportados ao contrato de 2003, e com receitas manifestamente inferiores às estimadas pelas partes, no âmbito da parceria, decide "agraciar" a ANF, pelo ano de 2007, com uma quantia superior ao dobro do que esta recebeu pelo ano de 2006.

Será pertinente também aqui acrescentar e no mesmo enquadramento que, para além da falta de contrapartidas, ainda a IMS sofreu mais um prejuízo com o co-respectivo ganho para a ANF: a cláusula de exclusividade que a IMS detinha perante a ANF, no desenvolvimento do negócio perdeu-se, passando a ANF a poder vender os dados a quem entendesse ou rentabilizá-los directamente, como veio a fazer, através da HMR, perdendo a IMS a sua posição de “quase-domínio” no mercado .

Do preço fixado por farmácia

Cumpra aqui anotar que na resposta à matéria de facto eliminou-se, no tocante à questão do preço fixado por farmácia de €255/mês, a expressão “excessivo”, porque se tratava de matéria que, para além de conter um juízo valorativo, também integrava um conceito de direito.

Chegados à análise dos factos e à sua integração no direito é que se impõe fazer uma apreciação dos elementos pertinentes para se alcançar um juízo sobre a “excessividade” (sem prejuízo do novo juízo a fazer, no âmbito das normas da concorrência, pois outros contornos se impõem).

Provou-se: O preço de 255€ fixado na cláusula 6.º, n.º 1, do contrato de 2008 não tem em conta o custo directo para a ANF e é o valor mais alto conhecido, várias vezes superior ao preço praticado noutros mercados para serviços equivalentes, (BI 87).

A estes elementos acresce apontar que para o mesmo tipo de serviços foi fixado em 2003, entre as mesmas partes, o valor de €100/mês/farmácia – contrato de 2003.

E que nas negociações para o contrato de 2008, a IMS propôs 150/mês, tendo vindo a ser fixados os €255, sem qualquer justificação racional.

Neste quadro, não temos qualquer dúvida em afirmar que o preço fixado é de considerar como “excessivo”, porque desajustado para a realidade que visava tutelar.

Um preço fixado como contrapartida para um serviço que não tem em atenção, nessa fixação, o valor efectivo dispendido pelo prestador do serviço para o prestar e é um valor desenquadrado do mercado, não havendo, no leque do painel do mercado, outro onde se pratique semelhante preço, ou sequer aproximado e que as mesmas partes avaliaram 5 anos antes em também menos de metade, não temos como não o classificar de “excessivo”.

Mais uma vez também neste ponto, se veio dar à ANF aquilo que ela não tinha conseguido, por via do contrato cessante. Obter, no futuro e durante 2 anos, uma rentabilidade fixa, isenta de riscos, assente nas projecções que haviam sido feitas para a parceria, e na vertente mais optimista.

Alcançamos assim que as duas cláusulas 6.ª e 10.ª contém estipulações contratuais que são, a nosso ver, ostensiva e objectivamente lesivas dos interesses económicos da IMS, donde está correcta a decisão arbitral quando conclui, perante

tal quadro, tratarem-se de cláusulas que contrariam objectivamente os interesses da sociedade representada.

A nível subjectivo, exige a norma que se apurem dois elementos:

-consciência do representante e conhecimento ou dever de conhecimento da parte contrária.

Socorrendo-se do facto LXXX o tribunal logo daí inferiu a verificação dos requisitos subjectivos.

As recorrentes insurgem-se contra essa conclusão alegando, além do mais que: “Acresce que as Recorrentes negociaram o Contrato de 2008 com quem sempre haviam negociado os anteriores contratos com a Recorrida e tinha competência plena para tal. Negociaram com quem inclusive tinha plenos poderes para o fazer sozinho (ao contrário do que é usual em multinacionais, em que os poderes de representação ficam a cargo de duas pessoas). O que só pode ser interpretado como uma prova de confiança em Carlos Mocho e percebido por terceiros como tal.

O mesmo Carlos Mocho durante as negociações tentara outros valores mais baixos (cfr. Doc. CM-3 junto à Resposta às Excepções e Contestação à Reconvencção), mas acabara por aceitar os valores propostos, que se baseavam em projecções que ambas as partes tinham acordado anos antes, pelo que não deveriam ser absurdas ou, na sua opinião, sequer inaceitáveis ou abusivas. Tal comportamento negocial do Carlos Mocho não levantava quaisquer suspeitas: ele fez os possíveis para reduzir os valores, tendo, ao final decidido aceitável a proposta das Recorrentes, o que mais uma vez era um sinal que estas tinham razão nas suspeitas que sempre tiveram quanto à parceria de 2006 e culpa da IMS nos parcos resultados da mesma, os quais estavam fora do controlo das Recorrentes, já que era a IMS quem vendia os produtos. Como suspeitar de qualquer eventual comportamento abusivo do Carlos Mocho? Como suspeitar que tal seria “desastroso”, se para as Recorrentes o cenário alternativo era o da Recorrida ser confrontada com a cessação de uma parceria que violara? Como suspeitar de acto sequer de má gestão perante um gerente experiente e para mais com óbvias provas de confiança da IMS?

Não se vê, desse modo, como pudessem as Recorrentes ter consciência ou dever ter consciência de factos que determinassem à luz do artigo 269º do Código Civil a existência de um qualquer de abuso de representação: não sabiam e nem sequer podiam saber se tal era ou não desastroso, não sabiam e não podiam suspeitar que a lesão era patente para o Carlos Mocho.

E continuam hoje convictas que Carlos Mocho ponderou os riscos dos vários cenários e terá pensado que este era – pesado tudo – o mais favorável.

Ainda hoje não sabem as Recorrentes sequer quais sejam os impactos do Contrato na Sociedade, porque tal nunca foi devidamente provado. Como referimos a Recorrida não trouxe ao processo quaisquer dados que o permitissem aferir dos impactos

negativos da assinatura do Contrato de 2008. Preferiu antes ater-se ao mais impressionante: ao abrigo do Contrato de 2006 pagava X, ao abrigo deste paga mais. Logo necessariamente é prejudicial e qualquer pessoa o poderia ver. Nada de mais errado."

Começando pelo fim: o impacto negativo não adviria, como é óbvio, da assinatura do contrato, mas do cumprimento das obrigações que o mesmo impunha para a IMS e como ela não aceitou os seus termos, nem o cumpriu, o impacto não pode ser aferido, a nosso simples ver.

As suspeitas da culpa da IMS, pelo mau funcionamento da parceria, não tinham qualquer fundamento credível, em face da prova feita (nem o próprio Carlos Mocho a depor em manifesta defesa da posição a ANF, conseguiu fazer tal afirmação) e não era qualquer irregularidade que poderia justificar a opção tomada em prol da salvaguarda dos interesses da IMS; e quanto à aludida ameaça de cessação do fornecimento, haveria da ANF ser confrontada com as consequências do incumprimento contratual a que desse lugar:

Impõe-se não esquecer que as partes tinham, em 2008, um contrato (o de 2006) em plena vigência, não havendo qualquer urgência na renegociação feita. Apenas temos a ANF, na pessoa do João Cordeiro a comunicar ao Carlos Mocho que queria pôr termo ao contrato – facto LVII.

O que os factos provados demonstram, sem necessidade de grandes construções mentais, é que o gerente da IMS, sabendo que ia ser despedido, pouco se importou em zelar pelos interesses desta, sendo para nós evidente que se comportou não como verdadeiro representante dos interesses da IMS mas de outros interesses que nos permitimos avançar, os da ANF e reflexamente os seus .

Que assim foi o demonstram os factos posteriormente ocorridos, que afastam quaisquer dúvidas sobre as propaladas “boas intenções” do Carlos Mocho.

Se “salvou” a empresa da cessação dos fornecimentos, como se afirma, porque razão omite da hierarquia o contrato que, no ver das demandantes, o deveria ter enaltecido e omite por mais que uma ocasião e até ter a sua saída negociada e formalizada?

Na perspectiva das demandantes o contrato assinado deveria, ao invés de ter sido ocultado, ter sido usado como uma mais valia a considerar na negociação da sua saída da empresa.

Tal ocultação, para qualquer pessoa minimamente pensante, só admite uma única justificação: bem sabia o prejuízo que iria advir e que em vez de lograr obter uma cessação do seu contrato de trabalho, por acordo, com a inerente compensação, teria sido despedido, com justa causa.

E não tem qualquer cabimento querer vir aqui fazer valer a inocência da ANF. Se era evidente para qualquer pessoa daquela área de negócio a contradição com os interesses da IMS, muito mais o seria para o presidente da ANF.

Não admitimos sequer como equacionável que tivesse negociado aqueles concretos termos só com o Carlos Mocho, sem sequer o ter questionado sobre a posição da hierarquia; diz-se que os outros contratos foram sempre e só negociados com o Carlos Mocho. Sim, mas sem qualquer comparação possível, dada a dimensão deste contrato e não falamos só em razão dos concretos montantes envolvidos, mas essencialmente das razões subjacentes à sua fixação (ou falta delas).

Os contornos do caso antes nos sugerem a hipótese da “ocultação” do contrato perante a hierarquia da IMS ter sido concertada entre ambos. É evidente que prova não temos, por isso nos ficamos pela mera hipótese.

Aqui chegados, resta apenas confirmar o entendimento do tribunal arbitral que julgou as ditas cláusulas ineficazes, em relação à IMS, por abuso de representação.

II- abuso da posição dominante

a) Lei da concorrência –aplicação pelo tribunal arbitral/ art.º 102.º do TFEU/ Reenvio prejudicial

Colocam as recorrentes a questão de saber se a ocorrer violação da Lei da Concorrência ela pode gerar, para além das coimas nela previstas, qualquer nulidade dos negócios celebrados, para defenderem que o tribunal não podia tirar a consequência que tirou, tendo violado o art.º 6.º da Lei da concorrência e o art.º 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

O tribunal arbitral apreciou a questão da possibilidade de aplicação directa da lei da concorrência nos moldes seguintes:

“Em regra, a instrução e a primeira decisão sobre ilícitos anti-concorrenciais estão cometidas a entidades administrativas especializadas, dotadas de competência própria, tanto técnica como jurídica. No direito português, a competência para instruir o processo e decidir sobre infracções anticoncorrenciais, assim como para apreciar se eventualmente algumas práticas se justificam, pertence à Autoridade da Concorrência, nos termos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho. No caso, está até pendente um processo sequente a uma queixa que a Demandada apresentou, em 18 de Junho de 2009, na Autoridade da Concorrência contra a ANF, a quem imputou vários ilícitos de concorrência (FP CIV), provavelmente coincidentes com aqueles que nesta acção são invocados a título de excepção.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Tal não conflitua com a competência deste Tribunal para conhecer tais actos alegadamente ilícitos e sobre eles decidir, se, e na medida em que, tenham sido invocados neste processo como questão prévia de pedidos ou de excepções compreendidos no objecto do processo. Ora, em concreto, as questões de actuação anti-concorrencial foram suscitadas pela Demandada como fundamento de invalidade do contrato em que funda o pedido das Demandantes. É neste quadro e a esse título (e só esse) que o Tribunal apreciará os actos alegadamente anti-concorrenciais. Este Tribunal não poderia, por várias razões, tomar conhecimento de tais actos para deles eventualmente extrair efeitos contraordenacionais. Mas pode, e deve, tomá-los em consideração como eventual fundamento de nulidade por violação de normas imperativas, como haveria de fazer em relação a quaisquer outras normas imperativas potencialmente determinantes da invalidade do contrato em causa."

Em abono da tese das recorrentes, e contra a posição do Tribunal, o Professor Menezes Cordeiro, no Parecer junto, defendendo que a proibição do abuso da posição dominante é punível com coimas e que "não podemos transformá-la numa norma delimitadora da autonomia privada, como se fez no acórdão, em termos de provocar a nulidade dos contratos que dela advirem. Na verdade, tal nulidade poderia por termo ao serviço em jogo, com danos para todos."

E continua: "Os tribunais não têm meios técnicos nem poderes para determinar a existência de posição dominante e de abusos que dela decorram. E muito menos têm poderes para corrigir os preços praticados em função de abusos desse tipo."

Vindo a concluir que no direito privado português a invalidação de um contrato, por excesso de poder, só poderá ocorrer no âmbito dos negócios usurários, figura que o tribunal arbitral afastou.

Permitimo-nos discordar.

Antes de mais impõe fazer um breve périplo pela matéria.

José Paulo Fernandes Mariano Pego, in *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2001, diz-nos que o direito de defesa da concorrência tem como função a preservação das estruturas concorrenciais do mercado contra o comportamento dos agentes económicos nesse mesmo mercado; surge como uma garantia de igualdade de oportunidades que a todo o homem assiste e de um sistema equilibrado de desconcentração de poderes, em que os particulares não possam, indevidamente, constranger, e o Estado permaneça imune ao domínio e influência de grupos de particulares- pag.11 e 12.

Ao tempo do contrato as regras da concorrência estavam disciplinadas, a nível de direito nacional, pela Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (entretanto revogada pela Lei.º 19/2012, de 8 de maio), sendo o seu "**Âmbito de aplicação**"- art.º 1.º:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

“1 - A presente lei é aplicável a todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo.

2 - Sob reserva das obrigações internacionais do Estado Português, a presente lei é aplicável às práticas restritivas da concorrência e às operações de concentração de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos.”

“O respeito pelas regras da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, nos limites das atribuições e competências que lhe são legalmente cometidas.” Artigo 14.º

As decisões proferidas pela autoridade que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei são passíveis de recurso para o tribunal da concorrência.- art.º 50.º

A matéria do abuso da posição dominante vem regulada no art.º 6.º, sendo que a definição do que se deva entender por “**Posição Dominante**” é dada pelo n.º2 do mesmo preceito, e as situações abusivas vem elencadas no n.º3, embora sem carácter taxativo, assim se estipulando:

1 - É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.

2 - Entende-se que dispõem de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço:

a) A empresa que atua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes;

b) Duas ou mais empresas que atuam concertadamente num mercado, no qual não sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros.

3 - Pode ser considerada abusiva, designadamente:

a) A adoção de qualquer dos comportamentos referidos no n.º 1 do artigo 4.º;

b) A recusa de facultar, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa o acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais que a primeira controla, desde que, sem esse acesso, esta última empresa

não consiga, por razões factuais ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que a empresa dominante demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade.

No art.º4.º dispõe-se sobre as “Práticas proibidas”, no âmbito do direito da concorrência, assim:

1 - São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em:

a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa;

b) Fixar, de forma direta ou indireta, outras condições de transação efetuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;

c) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

d) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

e) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;

f) Recusar, direta ou indiretamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços;

g) Subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto desses contratos.

2 - Exceto nos casos em que se considerem justificadas, nos termos do artigo 5.º, as práticas proibidas pelo n.º 1 são nulas.

Estas regras correspondem à transposição feita para o nosso país das normas comunitárias, sendo que, no que ao caso releva, dispõe-se no art.º 102.º do Tratado Funcionamento União Europeia:

“É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

Regressando à questão da “competência” dos tribunais nacionais –estaduais e/ou arbitrais para apreciar as matérias de direito da concorrência e aplicar aos casos concretos as normas legais vigentes – seja a legislação nacional seja a comunitária – não alcançamos as razões obstaculizantes avançadas pelo ilustre professor e pelas recorrentes.

Aos tribunais, no exercício do poder constitucional que lhes está conferido, cabe fazer respeitar as leis. Art.º202.º CRP:1. *Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo. 2. Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.*

A posição avançada é contrariada, desde logo, pela própria lei nacional da concorrência que remete para os tribunais a competência para conhecer, em sede de recurso, das decisões tomadas pela autoridade da concorrência.

A possibilidade de “reenvio prejudicial”, aliás suscitada pelas recorrentes, legalmente prevista, só tem cabimento perante uma submissão de caso concreto à jurisdição dos tribunais nacionais, para cuja solução sejam convocadas as normas do direito comunitário, no caso, no âmbito da concorrência.

Para além disso não consta que se trate de verdadeira “questão”, dado termos várias decisões do nosso Supremo Tribunal de Justiça a conhecer de casos em que a violação da lei da concorrência foi invocada, em primeira mão, servindo de fundamento base a acções declarativas, com vista à aferição da validade de contratos de natureza civil, no âmbito de relações jurídico-privadas, tendo sido inequívoca a

competência dos tribunais nacionais para dirimirem o litígio, coenvolvendo normas de concorrência. Exemplos Ac.STJ de 2002/4/24, proc. 01B4170 e de 2013/6/20, proc. 178/07, acessíveis na base de dados da DGSJ.

E por fim, é no próprio TJUE (Tribunal de Justiça da União Europeia) que vêm sendo dirimidos os litígios de âmbito transnacional, envolvendo empresas privadas e as normas do tratado que regem em matéria de direito da concorrência.

Carece assim de qualquer suporte a argumentação de que é à Autoridade da Concorrência e apenas a esta que cabe aferir da conformidade de condutas com as ditas normas.

Não se vislumbram também razões para limitar a apreciação destas questões aos tribunais estaduais, pois tratando-se de normas de ordem pública e de natureza imperativa, os tribunais arbitrais estão igualmente a ela sujeitos no exercício do seu poder se julgar.

A propósito, no Parecer junto aos autos dos Professores Paz Ferreira/ Luís Morais /Abel Mateus, dá-se nota de jurisprudência do TJUE que julgou constituir causa de anulação da decisão arbitral a não ponderação de questões do direito da concorrência subjacentes ao litígio objecto do processo arbitral- acordãos “Eco Swiss v. Benetton” e “Van Shijndel”.

No mesmo sentido Cláudia Trabuco e Mariana França Gouveia, A Arbitrabilidade das Questões de Concorrência no Direito Português, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Coimbra, 2011, p.433 ss. (menção também feita na sentença recorrida).

Quanto à expressa pronúncia sobre a validade das cláusulas contratuais, em face das normas do direito da concorrência, julgamos não assistir razão às recorrentes, dado estarmos, de forma evidente, perante normas imperativas e de ordem pública, a caírem sobre a alçada dos arts.º 280.º e 294.º do CC, que cominam com o vício da nulidade os negócios contrários à ordem pública ou contra lei imperativa.

Sobre a invocada violação do art.º 102.º do Tratado Funcionamento União Europeia

No “direito da concorrência” há uma partilha de competências entre a União Europeia e os seus Estados Membros, nos casos em que a conduta seja susceptível de afectar o comércio entre Estados.

Se um qualquer negócio/acordo/ comportamento não tem efeitos significativos no comércio entre os estados, então o caso está fora do escopo da lei da EU e a lei nacional do Estado do litígio em apreciação é livremente aplicável.

No caso, as normas da concorrência estão a ser convocadas para se aferir da validade do concreto contrato celebrado e já resolvido, entre empresas nacionais, sem qualquer envolvimento inter-estadual, pelo que não tem, a nosso ver, justificação a

invocação de violação do tratado, dado não se tratar de situação “susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros”.

E assim sendo, nesta lógica de raciocínio, não há justificação plausível para se fazer uso da figura do “reenvio prejudicial”.

O acórdão do STJ de 2013/6/20 e Acórdão desta Relação de Lisboa de 2013/4/9 proc. 627/09.5TVLSB.L1, mesma base de dados, pronunciaram-se sobre ambas as questões no sentido que comungamos – não aplicação das normas da união e recusa do reenvio prejudicial.

No Acórdão do STJ pode ler-se: “...sendo certo que todo o funcionamento da União Europeia é de inspiração liberal, pretendendo a mesma, além do mais, proporcionar um ambiente de paz, harmonia e equilíbrio na Europa, tendo como valores a preservar e incentivar a iniciativa privada e a economia de mercado, com uma concorrência leal e equilibrada, nela se estabelecendo um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno (art. 3.º, al. f), do Tratado da União Europeia)^[3] – as regras contidas nos arts 81.º a 86.º desse Tratado (actualmente arts 101.º e 102.º por força das alterações do Tratado de Lisboa assinado em 13 de Dezembro de 2007, com entrada em vigor em 1 de Dezembro de 2009) estão destinadas a disciplinar as práticas das empresas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros. Assim, e não obstante a regra do primado do direito comunitário e da sua prevalência sobre o direito nacional^[4]/^[5], a verdade é que o Regulamento CE n.º 1475/95, de 28/6/95, já substituído pelo Regulamento CE n.º 1400/2002, de 31/7/2002, regulando a aplicação do art. 85.º, n.º 3 do Tratado da União Europeia a certas categorias de acordos de distribuição e de serviço de venda e pós-venda de veículos automóveis, aplica-se apenas, como direito comunitário, quando estiverem em causa relações transfronteiriças^[6]. Tudo se passando aqui entre empresas de direito português e exclusivamente em território nacional, sem projecção de quaisquer efeitos imediatos para além das fronteiras nacionais, não estando, portanto, em causa actos de comércio entre agentes de dois ou mais Estados-Membros ou qualquer elemento de conexão objectiva de carácter transfronteiriço relativo à relação jurídica em discussão.

Sendo certo que as regras do Direito Comunitário da Concorrência, de acordo com os arts 85.º e 86.º do Tratado só regulam as restrições da concorrência derivadas de certas práticas, se forem susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados Membros^[7].

Não se aplicando tais normas quando, como é o caso, se trate de um contrato para valer apenas numa área territorial nacional^[8]/^[9].

E, assim, se o Tribunal nacional considera que o litígio deve ser decidido tão só em conformidade com o direito interno, como ora sucede, não fica obrigado, nos termos do Tratado, a utilizar o reenvio prejudicial dirigido ao Tribunal de Justiça das

Comunidades Europeias, solicitando-lhe interpretação de norma comunitária que em seu entender não se aplica ao caso vertente^{[10]/[11].}"

E na nota de rodapé 9: "*O direito comunitário da concorrência co-existe com o direito dos Estados Membros. Sendo as regras comunitárias aplicáveis sempre que uma prática concorrencial afecte o comércio entre os Estados-Membros. E, assim, quando esta condição não for preenchida, porque o direito concorrencial se manifesta apenas no interior de um Estado da Comunidade, só o direito interno desse Estado, nessa matéria, tem, em princípio, vocação para ser aplicado – João Mota Campos, Direito Comunitário, III, p. 499. No mesmo sentido, Miguel Gorjão Henriques, Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição, p. 157, 161 e 403 e ss.*"

Neste quadro, confirma-se a decisão do tribunal, quando defende nada obstar à aplicação que levou a cabo das normas do direito da concorrência.

E julga-se não se verificarem os pressupostos para o "reenvio prejudicial".

b) Posição Dominante

Defendem as recorrentes que o Tribunal Arbitral jamais poderia ter definido o mercado do **produto relevante como o "mercado relativo à comunicação de dados sobre as vendas das farmácias em Portugal"** e que não existem elementos que permitam quantificar a quota de mercado da Recorrente ANF e, de igual modo, nunca se demonstrou que esta pudesse optar por comportamentos independentes face aos seus concorrentes, clientes e consumidores.

Para se poder definir determinada empresa como detentora de "posição dominante" impõe-se, em primeira linha, delimitar o "mercado relevante" onde essa empresa possa actuar, por decorrência do disposto no art.º 6.º da lei 18/2003.

Diz-nos o n.º 2 a) que "dispõe de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço a empresa que atua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes".

Na decisão recorrida o Tribunal Arbitral entendeu ser a ANF detentora de "posição dominante" no mercado, sob a seguinte apreciação:

"No caso, e conforme resulta da prova, relevante é o mercado relativo à comunicação de dados sobre as vendas das farmácias em Portugal, necessários para os estudos de pharma market intelligence (FP VIII, 12 parte, e XIX), que, por sua vez, constituem o objecto de um mercado a jusante daquele: o mercado de estudos de mercado relativos ao consumo de produtos farmacêuticos, onde actuam, do lado da oferta, a IMS e a HMR (cfr. FP XV, XVI, XVIII e CVIII).

Naquele mercado de comunicação (primária) de dados incluem-se dados fornecidos pelas farmácias e pelos grossistas e, com menor relevância, pelos médicos e pelos hospitais

(FP X). Os dados relativos às vendas das farmácias são necessários para, em Portugal, operar com efectividade e qualidade nalguns segmentos de mercado dos serviços de pharma market intelligence (FP IX), como base que precisa de ser trabalhada para ser usada nos produtos e serviços comercializados pela IMS (LI) e outras empresas com actividade similar¹³, que, em relação ao fornecimento de dados relativos às vendas nas farmácias, actuam do lado da procura.

Do que antecede resulta (e é indisputado) que o mercado geográfico relevante se circunscreve, no caso, a Portugal, porque integra apenas vendas de produtos farmacêuticos em Portugal, e que (aspecto controvertido) inclui no seu âmbito a comunicação de dados relativos às vendas das farmácias, fornecidos pelas próprias farmácias e/ou por grossistas (com exclusão de dados provenientes de hospitais e de médicos, que não contêm informação sobre as vendas das farmácias).

Ora, no que respeita a dados fornecidos pelas farmácias, a ANF detém uma quota esmagadora, porque reúne no seu âmbito, como associadas, 97% das farmácias portuguesas, sendo difícil a outras empresas obter aqueles dados (FP VIII, 22 parte, e XIV; cfr. também FP LXXXVIII e CXVI). Tal resulta de a ANF centralizar o fornecimento dos dados de grande maioria das farmácias suas associadas (FP X), através de uma rede informática própria, formada pelo sistema Sifarma e pelo suporte Farmalink e ligada às farmácias suas associadas, pela qual recebe instantaneamente a informação sobre as vendas de cada farmácia (FP VII, VI e IV).

Se o mercado em causa fosse formado apenas por dados fornecidos pelas farmácias, a posição dominante da ANF aproximar-se-ia do monopólio, apesar de algumas farmácias associadas da ANF não lhe cederem dados e algumas cederem dados a outras entidades (FP XIII). Mas é preciso contar com os dados fornecidos pelos laboratórios e armazenistas que, indirectamente, canalizam também informação sobre as vendas das farmácias.

Do processo não constam elementos para quantificar a quota da ANF neste mercado da informação sobre as vendas das farmácias, considerado com independência da fonte da informação (directa, pelas farmácias, ou indirecta, pelo fornecedores destas). Mas este elemento, a quota de mercado, sendo o mais frequente e significativo, não é requisito indispensável para qualificar como dominante a posição de uma empresa num dado mercado.¹⁴

Necessário é que, por este e/ou por outros factores, se verifique que a empresa "actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes" (citado artigo 6.º n.º 2, alínea a), da Lei de Defesa da Concorrência) ou, conforme a fórmula do caso *United Brands* pacificamente aceite, que dispõe de poder económico que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa e lhe permite comportar-se, em medida

apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, clientes e consumidores.

Ora, sucede que, no mercado em causa, a substituibilidade dos dados comunicados directamente pelas farmácias vendedoras e dos dados obtidos indirectamente por fabricantes ou grossistas não é perfeita. A informação proveniente das farmácias pode ter algumas limitações (cfr. FP LII e LIII), mas, de acordo com a prova produzida, são muito mais acentuadas as limitações da informação alternativa, porquanto a informação recolhida nas farmácias, que documenta as vendas efectivas para o mercado (sell out), é mais esclarecedora do que a informação das vendas dos armazenistas às farmácias (sell in), porque esta não reflecte a dimensão do inventário (stocks) nem as compras pelos clientes finais nem os prescritores e respectiva especialidade (FP XLIX). Daí também a vantagem em usar, nalguns casos, a informação das farmácias para verificar e validar os dados oriundos dos armazenistas (FP XLVII).

A concentração quase monopolista da ANF neste segmento do mercado em Portugal explica que se tenha feito prova da seguinte asserção, que é quase uma definição de empresa¹⁵ em posição dominante: "A ANF goza de grande poder económico e actua, em larga medida, independentemente dos seus concorrentes" (FP XII).

Conclui-se assim que a ANF dispunha, ao tempo da celebração do contrato, de posição dominante no mercado relativo à comunicação de dados sobre as vendas das farmácias em Portugal, necessários para os estudos de mercado relativos ao consumo de produtos farmacêuticos.

¹³ É interessante verificar a semelhança com os mercados relativos à informação proveniente das bolsas de valores, primeiro, fornecida em bruto, e, depois, tratada e vendida pelos chamados vendedores de informação (cfr. M. MOURA E SILVA, *A tipificação da recusa de acesso a infra-estruturas essenciais como abuso de posição dominante na Lei da Concorrência*, Revista de Concorrência e Regulação, n2 1, 2010, p. 269 ss, p. 283-285).

¹⁴ M. MOURA E SILVA, *Direito da concorrência. Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra, 2008, p. 582 s, 611 ss; I D., *O abuso de posição dominante na nova economia*, Coimbra, 2010, p. 59 ss, com relevo para a citação, na p. 62, do n2 39 do caso Hoffmann-La Roche.

¹⁵ A qualificação, para o efeito, da ANF como empresa não foi controvertida e infere-se dos FP III a VIII, XI, XII, XX, XXI, XXVI e LXXI, entre outros.

Em abono da sua alegação argumentam as recorrentes, além do mais, com o Parecer da Compass Lexecon, subscrito pelos Professores Jorge Padilla, Nadine Watson e Patrícia Lorenzo, onde se defende, em síntese, que as afirmações do tribunal arbitral sobre a temática da posição dominante e prática de preços excessivos, carecem de fundamentação e contrariam as provas disponíveis,

avançando com as críticas seguintes: a) exagerou a quota de mercado detida pela ANF; b) não fundamentou as suas afirmações relativas à prática de preços excessivos e não demonstrou que o preço praticado não tenha correspondência razoável com o valor dos serviços prestados; c) as comparações de preços devem ser feitas para produtos da mesma qualidade e quantidades semelhantes, sendo um exercício complexo; o tribunal não realizou a devida comparação de preços internacionais, o que torna não fiáveis os resultados; d) na comparação dos preços subvalorizou os custos de manutenção do Sinframa e do Famarlink que em 2009 rondavam os €248/mês/farmácia; e) não estabeleceu uma ligação entre os preços praticados pela ANF e o valor económico dos dados sales-out.

A recorrida, em defesa da decisão arbitral, argumentou, além do mais com o Parecer dos Prof. Paz Ferreira e outros, já supra aludido e com o Parecer do Prof. Manuel Lopes Porto.

Sobre o conceito de “posição dominante”, “práticas abusivas” e “política de preços” interessante resenha é feita no Acórdão de 17 Fev. 2011, Processo C-52/2009T, 1ª Secção do TJUE: “o artigo 102.º TFUE conta-se entre as regras de concorrência que, como as visadas no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), TFUE, são necessárias ao funcionamento do referido mercado interno. Com efeito, essas regras têm precisamente por finalidade evitar que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse geral, das empresas individuais e dos consumidores, contribuindo, deste modo, para o bem-estar na União (v., neste sentido, acórdão de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères, C-94/00, Colect., p. I-9011, n.º 42). Neste contexto, a posição dominante referida no artigo 102.º TFUE diz respeito a uma situação de poder económico detido por uma empresa, que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, ao possibilitar-lhe a adopção de comportamentos independentes, numa medida apreciável, relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, por fim, relativamente aos consumidores (acórdãos de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, 85/76, Colect., p. 461, n.º 38, e de 14 de Outubro de 2010, Deutsche Telekom/Comissão, C-280/08 P (JusNet 5248/2010), ainda não publicado na Colectânea, n.º 170). Assim, o artigo 102.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se refere não apenas às práticas susceptíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores (v., neste sentido, acórdãos de 16 de Setembro de 2008, Sot. Léloukas e o., C-468/06 a C-478/06 (JusNet 3642/2008), Colect., p. I-7139, n.º 68, bem como Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 180), mas também àquelas que lhes causam prejuízo por falsearem o jogo da concorrência. Se, com efeito, o artigo 102.º TFUE não proíbe que uma empresa conquiste, pelos seus próprios méritos, a posição dominante num mercado, e se, por maioria de razão, a constatação da

existência de tal posição não implica, em si, qualquer censura à empresa em causa (v., neste sentido, acórdãos de 9 de Novembro de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão*, 322/81, Colect., p. 3461, n.º 57, bem como de 16 de Março de 2000, *Compagnie maritime belge transports e o./Comissão*, C-395/96 P e C-396/96 P, Colect., p. I-1365, n.º 37), não é menos verdade que, segundo jurisprudência assente, incumbe à empresa que ocupa uma posição dominante uma responsabilidade especial de não impedir, através do seu comportamento, uma concorrência efectiva e não falseada no mercado interior (v., neste sentido, acórdão de 2 de Abril de 2009, *France Télécom/Comissão*, C-202/07 P (*JusNet 1938/2009*), Colect., p. I-2369, n.º 105 e jurisprudência aí referida). No que respeita ao carácter abusivo de uma prática tarifária como a que está em causa no processo principal, refira-se que o artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea a), TFUE, proíbe expressamente que uma empresa dominante imponha directa ou indirectamente preços não equitativos. Acresce que a lista das práticas abusivas constante do artigo 102.º TFUE não é taxativa, de modo que a enumeração das práticas abusivas contida nessa disposição não esgota as formas de exploração abusiva de posição dominante proibidas pelo direito da União (acórdão *Deutsche Telekom/Comissão*, já referido, n.º 173 e jurisprudência aí citada)."

A definição do que seja o "mercado de produto relevante" tem vindo a ser considerado o instrumento de trabalho principal para se aferir dos ilícitos da concorrência. Como se diz o Professor Manuel Lopes Porto no seu Parecer junto: "O principal objecto desta definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm que enfrentar, quer ao nível do produto quer da dimensão geográfica relevante."

Contudo, como nos dão a conhecer os profs. Paz Ferreira e demais, no aludido parecer, a "delimitação de mercados relevantes", sendo um exercício importante para definir as áreas onde se desenvolve a actividade concorrencial "constitui em contrapartida, um mero referencial indicativo de análise neste plano" e explicam "o aspecto determinante, à luz da mais moderna teoria económica e da melhor doutrina jusconcorrencial na matéria, corresponde à compreensão ou aferição da natureza da situação concorrencial em que uma determinada empresa exerça o seu poder económico (o que não pressupõe em todos os casos uma delimitação exaustiva ou absolutamente pormenorizada de mercados relevantes que possam estar em causa. Esta lógica de análise jusconcorrencial aplica-se claramente à situação em apreço, no qual o aspecto determinante para a avaliação de práticas abusivas, assentes no controle da informação de venda das farmácias por parte da ANF reside na aferição da efectiva necessidade essencial dessa informação de venda das farmácias para certas áreas de actividade, sem ser forçoso delimitar de forma mais pormenorizada e exaustiva os mercados cobertos por essas áreas de actividade".

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O “mercado” onde actua a IMS já foi definido pela Autoridade da Concorrência na decisão Ccent.17/2010.

Porque esta decisão tem contributos que ajudam a compreender o concreto universo onde se desenvolve o negócio subjacente aos presentes autos, passamos a transcrever:

“A ANF presta vários serviços às suas associadas, nomeadamente ao nível de disponibilização de sistemas informáticos de gestão de stocks e encomendas, através da sua subsidiária Glintt – Global Intelligent Technologies, SGPS, S.A. (“Glintt”), sociedade resultante da operação de fusão por incorporação da Consiste – Gestão de Projectos, Obras, Tecnologias de Informação, Equipamentos e Serviços, Lda. (“Consiste”), na ParaRede, SGPS, S.A. (“ParaRede”), ocorrida em meados de 2008.

Com efeito, a subsidiária da Farminveste, a Consiste, agora incorporada na Glintt, detinha e continua a deter, como actividades principais, a consultoria e desenvolvimento de software, com presença nas áreas da indústria farmacêutica, química, alimentação e bebidas, electrónica, construção, automóvel, têxtil e metalomecânica, e, em especial, na área da saúde, onde é responsável pela concepção, desenvolvimento e implementação de um sistema informático de estação de stocks e vendas (designado “Sifarma”) e de um sistema de comunicação de dados (designado “Farmalink”), concebidos para as farmácias, com forte implantação no sector farmacêutico retalhista (cerca de 87% do universo nacional de farmácias recorrem a este sistema informático).

Uma das actividades levadas a cabo pela Glintt consiste na comercialização a terceiros, mediante contrapartida financeira, dos dados de gestão de stocks e vendas das farmácias, recolhidos através do software Sifarma, a empresas activas na prestação de serviços de market intelligence pharma, que, por sua vez e depois de trabalharem esta informação, vendem-na a empresas que operam na área da saúde e indústria farmacêutica. De acordo com informação disponibilizada durante a instrução do presente procedimento, a venda destes dados em bruto, obtidos através do software Sifarma, foi efectuada pela Farminveste ao cliente IMS Health, Lda. (“IMS”), empresa activa ao nível dos serviços de market intelligence pharma, desde [CONFIDENCIAL – Segredos de Negócio], tendo, todavia, sido cessado o fornecimento desses dados a partir de 31 de Março de 2009.

Após a constituição de uma nova sociedade no seio empresarial da ANF, a Health Market Research, Lda. (“HMR”), criada em Junho de 2009, a Farminveste passou a disponibilizar estes dados à sua subsidiária. Desde 31 de Março de 2009, a HMR é a única entidade que tem acesso aos dados do Sifarma, uma vez que as relações contratuais da Farminveste com a IMS Portugal se encontram cessadas.

A HMR encontra-se activa na prestação de serviços de market intelligence pharma, desde finais de 2009, produzindo estudos e relatórios, que comercializa junto de empresas que operam nos sectores da indústria farmacêutica e da saúde,

através de um tratamento dos dados em bruto recolhidos pelo software Sifarma²¹, junto dos fornecedores de dados – as farmácias portuguesas -, sistema este que é detido por uma sua irmã, a sociedade Glintt, controlada pela Farminveste.”

Nessa mesma decisão define-se “market intelligence pharma”: «Esta actividade consiste na análise e no tratamento de dados em bruto, recolhidos através de aplicações informáticas específicas, bem como numa rede organizada de recolha de informação, visando satisfazer as necessidades de informação específicas das empresas da área da saúde e farmacêuticas, de forma a dotá-las de um conhecimento efectivo sobre os mercados onde operam. No mesmo sentido, vide decisão da AdC na Ccent. Ccent 47/2009 – Farminveste / ParaRede, §54 e 56, onde é feita referência adicional à pronuncia da AdC na decisão Ccent. 15/2003 – IMS Health / Azyx-Serviços de Geomarketing Farmacêutica, pág. 5, onde os serviços de market intelligence pharma são identificados como «os serviços que têm vindo a ser desenvolvidos com base em metodologias, aplicações informáticas específicas, bem como numa rede organizada de recolha de informação (visando satisfazer as necessidades de informação específicas das empresas médico - farmacêuticas) e que por tal razão não podem ser substituíveis do ponto de vista da respectiva procura por outras soluções de informação de cariz distinto e destinadas a cobrir diferentes necessidades de outras “procura”.»

Por sua vez, este mercado necessita de ser alimentado com dados fiáveis que possam dar corpo credível ao universo do market intelligence pharma. Ora, a sua alimentação provirá doutro mercado que é o das vendas das farmácias, das vendas dos distribuidores, dados dos hospitais ou dos médicos.

Mas, tal como decorre do discurso da AdC, temos como adquirido que os dados das vendas das farmácias são a fonte privilegiada desta informação, daí que possa ser definido de mercado relevante o segmento de “recolha e venda de dados das farmácias”. A conjugação dos provados descritos sob os pontos VII, VIII, IX e X dão suporte a este entendimento.

Como diz o Prof. Lopes Porto no seu Parecer: “deve sublinhar-se o facto que actualmente, os dados provenientes das vendas das farmácias têm assumido um peso preponderante como fonte de informação necessária e até única relevante (no caso dos OTC/consumer health). Assim acontece porque se referem directamente às vendas ao consumidor e porque em determinadas áreas, como é o caso dos produtos de consumer health e OTC, não existe no mercado português outra fonte relevante de acesso a tais dados.”

É assim neste mercado, a montante do market intelligence pharma, que a ANF detém posição dominante, no entendimento deste professor, acompanhado também dos professores Paz Ferreira/ Luís Morais/ Abel Matues.

No Parecer dos Prof. Paz Ferreira e outros faz-se, a nosso ver, um acertado desenvolvimento para se alcançar como “mercado relevante” para efeitos

jusconcorrenciais, vários submercados autónomos, situados a jusante do MIPharma, (aquilo que o tribunal arbitral denominou de segmentos de mercado dos serviços de pharma market intellinge), sendo um deles o mercado de recolha e transmissão de dados de vendas das farmácias.

Aceitando-se esta definição de “mercado relevante” e a materialidade provada, não temos dúvidas em secundar a posição assumida pelo tribunal arbitral, quando decide que a ANF, à data do contrato, se encontrava em “posição dominante”, dado estar verificado o condicionalismo supracitado –art.º 6.º n.º2, a) .

A alegação das recorrentes de que “não existem quaisquer elementos no processo que permitam quantificar a quota de mercado da Recorrente ANF e, de igual modo, nunca se demonstrou que esta pudesse optar por comportamentos independentes face aos seus concorrentes, clientes e consumidores”, não é obstáculo à conclusão alcançada.

Em primeiro lugar, embora não tenha sido provada a exacta quota de mercado, podemos ter dela uma noção muito aproximada, quando se tem por provado que as associadas da ANF representam 97% das farmácias portuguesas e que a ANF centraliza os dados da “grande maioria” delas.

Anote-se que o TJUE tem identificado como presunção de dominância uma quota de mercado de 50% e de super-dominância quota acima de 75%.

Por outro lado, está demonstrada aquilo que o tribunal denominou e bem de “concentração quase monopolista”, em face do facto XII- “A ANF goza de grande poder económico e actua, em larga medida, independentemente dos seus concorrentes”(facto que foi dado como provado, sem ter sido objecto de qualquer impugnação).

Neste contexto, não vemos fundamentos válidos para que não se considere a ANF como actuando no segmento de mercado definido em posição de dominância.

A talhe de foice sempre se dirá que não poderia ser acolhido o argumento que as demandantes esgrimiram, na resposta à ampliação o recurso, (quando pretenderam introduzir um suposto facto novo, mediante documento não admitido por este tribunal). Vieram pretender fazer prova de que a IMS em Setembro de 2011 voltou ao mercado, para daí retirarem que afinal os dados da ANF não eram insubstituíveis.

Trata-se de argumento falacioso. Estamos a tratar de uma situação ocorrida no início do ano de 2009 que levou a que a IMS perdesse 65% dos seus clientes. O que ocorreu em dois anos e meio? Que alternativas a IMS foi desencantar? Qual a actual posição da ANF no mercado em questão? Tudo respostas não dadas.

c) abuso de posição dominante da Recorrente ANF pela prática de preços excessivos

No âmbito da apreciação da impugnação matéria de facto eliminou-se da resposta ao art.º 87.º da BI a expressão "excessivo", por se tratar de conceito de direito, integrante da matéria da concorrência.

Assim, enquanto o tribunal arbitral partiu logo da constatação desse dado como sendo "facto", cabe-nos aqui emitir juízo sobre a questão.

A propósito do "preço excessivo" é pertinente o que escreve Miguel Moura e Silva in O Abuso da Posição Dominante na Nova Economia, acessível http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/162/1/18344_ulsd_re391_TESE_FINAL.pdf: "O principal instrumento de exercício de poder de mercado é a maximização dos lucros fazendo com que o preço suba ao nível do preço de monopólio. A al. a) do artigo 82.º visa precisamente impedir esta forma de exercício de poder de mercado seja directamente ao nível dos preços ou através da imposição de outras condições de transacção "não equitativas". Uma forma de criar condições para a subida do preço por uma empresa dominante passa, naturalmente, pela diminuição da quantidade produzida, razão pela qual a al. b) do artigo 82.º qualifica como abusiva a conduta que consista em "limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores".

Já vimos que um preço excessivamente baixo e dirigido à eliminação dos concorrentes é passível de ser qualificado como "não equitativo". Por maioria de razão o será um preço excessivo: a única razão pela qual a empresa dominante consegue impor esse preço deve-se à posição dominante que ocupa.⁵⁶⁹ Não se pense, contudo, que o artigo 82.º se presta a operar como um sistema genérico de regulação de preços. A proibição de preços excessivos é raramente aplicada devido ao conjunto de dificuldades que suscita. Afinal de contas, o juízo sobre o carácter excessivo de um preço evoca os debates escolásticos sobre o preço justo. Vimos já que os primeiros casos em que foi chamado a pronunciar-se sobre o artigo 82.º diziam respeito, justamente, à alegação de preços excessivos. Em causa estavam produtos patenteados e o Tribunal, mostrando particular acutilância quanto ao alcance de uma decisão que desse azo a uma aplicação descentralizada de um controlo de preços, sublinhou sempre que a existência de uma disparidade entre o preço prevalecente num país onde o produto em causa era protegido por patentes ou outros direitos de propriedade intelectual e o preço em vigor num Estado-membro onde tal protecção não estava disponível constituía um mero indício mas não um abuso por si só."p.414.

E a propósito do caso United Brands, a que se faz alusão do acórdão recorrido, discorre o mesmo autor:

"Para o Tribunal a questão colocada consistia em saber se a United Brands se tinha prevalecido das possibilidades oferecidas pela sua posição para obter vantagens que não poderia ter auferido de outra forma. No entanto, censura a análise da Comissão por ser insuficiente, desde logo por ter sido feita uma análise da margem de lucro da United Brands face aos respectivos custos. Não se pense, contudo, que a mera

existência de uma margem de lucro elevada é suficiente. O Tribunal exige um critério duplo: em primeiro lugar, a relação entre o custo e o preço deverá revelar “uma desproporção excessiva”; só depois disso se analisará se o preço deve ou não ser considerado excessivo, o que supõe uma análise do próprio produto ou uma análise comparativa com produtos concorrentes. Quanto a este último ponto, a acrescer à deficiente instrução do processo, revelava-se que os preços da United Brands se situavam a cerca de 7% acima dos praticados pelos concorrentes, percentagem que “não pode automaticamente ser considerada como exagerada e, portanto, não equitativa” (considerando 266).” p.417 (sublinhado nosso).

Indo ao caso dos autos, importa atender à factualidade recolhida (parca, diga-se desde já, aproveitando-se para anotar que os Pareceres que ambas as partes juntaram analisam o caso, socorrendo-se, bastas vezes, de muito elementos que não constam dos autos como “provados”, o que subverte em grande medida os enquadramentos feitos):

- o número de farmácias que fornecia dados veio aumentando em cada ano: 2004= 322,3; 2005=934,5; 2006=1.078,8, com perspectivas de novos aumentos –facto XXIV

- no contrato de 2003, entre a ANF e a IMS para o fornecimento dos dados, foi fixado o preço de €100/mês/farmácia;

- nas renegociações do contrato de 2006 e que antecederam o contrato de 2008, a IMS propôs o preço de €150/mês/farmácia;

- a qualidade dos serviços prestados, ao nível do fornecimento de dados, foi significativamente melhorada em relação 2003;

- o preço fixado no contrato de 2008, de €255/mês/farmácia não tem em conta o custo directo para a ANF e foi calculado pela ANF em face das receitas esperadas para os anos de 2009 a 2011 –tempo de vigência do contrato de 2008 – segundo as estimativas relativas ao contrato de 2006;

- e é o valor mais alto conhecido, várias vezes superior ao preço praticado noutros mercados para serviços equivalentes.

Pese embora não tenha sido feita averiguação mais detalhada, porque as partes nisso não se empenharam, não julgamos, contrariamente às recorrentes, que os elementos indicados sejam insuficientes para se alcançar um juízo. Melhor e mais seguro seria se um aprofundamento dos dados tivesse sido feito, mas com o que temos, e ponderando os diversos critérios jurisprudenciais, não sendo despiciendo notar que é unânime o entendimento de que a solução a dar é sempre casuística, julgamos ser permitido fazer um juízo de “desproporção excessiva” entre o custo e o preço fixado de €255/mês/farmácia.

Não se encontra justificação plausível para o aumento de preço verificado entre 2003 e 2008; se os serviços foram melhorando também o número de farmácias aumentou (entre 2003 e 2006 aumentou em mais do triplo) o que levou a um

considerável aumento de receita global. Menos compreensível é ainda que numa base de proposta negocial de €150 se tenha passado para a fixação de €255 (uma quase duplicação), sem qualquer alteração dos pressupostos do negócio, sem qualquer outra contrapartida visível para a IMS.

Sendo o valor mais alto conhecido e várias vezes superior ao preço praticado noutros mercados para serviços equivalentes, então já considerada a “desproporção excessiva”, podemos concluir que estamos perante um “preço excessivo”.

Sobre os diferenciais escreve-se na decisão recorrida:

“Além disso, do ponto de vista económico, o pagamento dos “diferenciais”, a pagar até Abril de 2009 (contrato de 2008, cláusula 10.ª n.ºs 3 e 6), incidiria sobre o preço real dos dados fornecidos durante os dois anos de vigência do contrato (cláusula 1P, n.º 1). Extrapolando o montante facturado, sem IVA, em relação aos três primeiros meses de 2009 (€ 1 508 580, conforme resulta dos documentos n.ºs 14, 27 e 29 PI, em que se fundou o FP XCIV), o montante total a pagar pela IMS durante a vigência do contrato, ao preço unitário de € 255, seria de cerca de € 12 068 640. Adicionando a este montante o valor dos “diferenciais” (€ 5.698.163,03), o montante total a pagar aumentaria em cerca de 47%, equivalente a um preço unitário de cerca de € 374 (por farmácia, por mês), raiando o absurdo em relação a custos e a preços comparáveis.”

Aqui temos por acertada a crítica feita pelas recorrentes: que “a compensação constante da Cláusula 10ª não pode, em sede alguma, ser confundida com o preço pelos dados que seriam transmitidos ao abrigo do próprio Contrato de 2008, os quais se encontram e apenas regulados na cláusula 6ª do Contrato de 2008.”

Neste caso, a questão do preço excessivo tem que ser reportada apenas à cl.ª 6 e não à cl.ª 10ª.

Argumentam as recorrentes que “os dados recolhidos sobre as vendas das farmácias correspondem a uma base de dados protegida pelo Decreto-Lei n.º 122/2000 e sujeita à tutela dos direitos de autor. Nestes casos, em que estão em causa direitos de propriedade intelectual, o teste associado aos preços excessivos – a aceitar-se um ilícito nestas situações, o que parece contrariar a tendência da doutrina e da jurisprudência – corresponderia à *disponibilidade do comprador para adquirir os produtos* e jamais o “valor económico” do produto. A disponibilidade do comprador revelou-se na altura da assinatura do Acordo de 2008, nas margens de lucro obtidas pela Recorrida IMS pela venda dos estudos de *market intelligence pharma* elaborados com base nos dados das vendas das farmácias e na celebração de um Acordo com a HMR por um preço de €255 farmácia/ mês. “

Começando pelo fim: o acordo com a HMR é de irrelevância óbvia e manifesta. Trata-se de empresa detida em 90% pela Farminvest, que por sua vez é detida a 100% pela ANF e criada depois de instalado o litígio dos autos. Donde, o “preço” que aqui as partes (se é que de “parte” de pode falar) lograram consagrar

não contribui com qualquer elemento sério de aferição. Foram €255 como poderiam ter sido €500. Não vale a pena esgrimir com argumentos baseados em dados viciados.

Depois, o “preço”, como resulta à evidência dos autos, não resultou de qualquer “negociação” que como tal possa ser apelidada, nem de qualquer disponibilidade do comprador para pagar; se a IMS chegou a propor €150/mês, como é que aparece o valor que acabou por constar do contrato, a não ser por imposição unilateral da ANF?

Quanto à questão das normas violadas e das sanções decorrentes, ponto em que as recorrentes também se insurgem quanto ao entendimento do tribunal diremos que, como é evidente, não cabe ao tribunal aplicar as coimas que são da competência da AdC. Ao tribunal cabe aferir da validade do contrato (ou das cláusulas contratuais) que violem as normas de direito público e imperativas como são as da Lei da Concorrência e dirimir o litígio do caso concreto, com as regras do ordenamento jurídico português, maximé, o Código Civil, que foi o caminho seguido.

Em resumo: acompanhamos o discurso da decisão quando continua: “O objecto e o efeito anti-concorrenciais deste preço excessivo são óbvios, porque o mesmo se reflecte, sem justificação, directa e decisivamente na estrutura de custos do cliente, distorcendo o acesso ao mercado, e, indirectamente, nos preços a pagar pelos consumidores. O preço estipulado pelos dados provenientes das farmácias no contrato de 2008 é portanto excessivo e induzido em alta pela ANF, que, ao tempo, detinha posição dominante no respectivo mercado. Sendo esta prática proibida por norma legal imperativa (Lei de Defesa da Concorrência, artigo 4.º, n.º 1, ex vi do artigo 6.º, n.º 3, alínea a), as correspondentes cláusulas 6.º, n.º 1 (quanto ao montante do preço), e 10.ª do referido contrato são nulas, por força do artigo 280.º, n.º 1, do Código Civil.” (excluindo-se a alusão à cl.ª 10.ª)

Na decisão justifica-se a não aplicação da nulidade do art.º 4.º n.º2 da L 18/2003 assim: “Não se aplica ao caso a cominação de nulidade contemplada no artigo 42, n2 2, da Lei de Defesa da Concorrência, porque a prática anticoncorrencial não consiste num acordo entre empresas infractoras das regras sobre defesa da concorrência (cfr. infra 2.8.). Nem é necessário aplicar tal cominação por analogia, porquanto o mesmo efeito se obtém pela aplicação directa da citada norma civil, que fere de nulidade todo o conteúdo contratual (que, no contexto, está compreendido no objecto) contrário à lei imperativa”.

Mantém-se a decisão sob recurso, quando decide pela procedência da excepção de abuso de posição dominante, por indução artificial de preço em alta, apenas no tocante à cl.ª 6.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

III- Incumprimento definitivo do contrato 2008 -Indemnização pelo interesse contratual positivo

As recorrentes imputam à Recorrida o incumprimento definitivo do Contrato de 2008, o que pretendem ver reconhecido por este tribunal.

E mais defendem dever ser reconhecido o direito à indemnização pedida pelo interesse contratual, ou seja, o valor que fruiriam até ao final do contrato, no mínimo pelo valor de € 150/mês/farmácia, caso se mantenha a redução de preço levada a cabo na decisão recorrida.

A decisão arbitral é muito parca de fundamentação, no tocante à questão controversa do (In)cumprimento contratual .

Depois de discorrer sobre as excepções e ter concluído pela procedência do abuso de representação e abuso de posição dominante, por indução artificial do preço em alta, conclui, em relação às cláusulas afectadas que:

"A repercussão no pedido da ineficácia stricto sensu e da nulidade destas cláusulas não é todavia exactamente igual.

Em relação à cláusula 10.ª, sobre o pagamento de diferenciais, o efeito é simples: tanto a ineficácia stricto sensu como a nulidade tornam integralmente inexigíveis as obrigações contratuais em que, nesta parte, se fundava o pedido. A Demandada deve ser portanto absolvida, nessa parte, do pedido das Demandantes.

Mas, em relação à cláusula 6.ª, n.º 1, que fixa o preço, deve ter-se em conta que tanto a ineficácia como a nulidade decorrem de o preço ser excessivo, não obviamente de não ser devido qualquer preço. Ora, os serviços a que a Demandante se tinha obrigado foram efectivamente prestados durante os três primeiros meses de 2009 (FP LXXXVII), sendo a esses três meses que se reportam as facturas de € 590.886 (Janeiro), € 602.208 (Fevereiro) e € 617.202 (Março), conforme resulta do FP XCIV."

Assim, opera depois a redução e fixa o valor devido pela IMS, como contraprestação dos dados fornecidos, nos primeiros três meses no ano de 2009.

No mais, acrescenta-se tão somente: *"O pedido baseado no incumprimento de obrigações contratuais procede portanto apenas nesta parte, mas improcede no excedente, isto é, na diferença até € 7.488.710,69, correspondente ao total das facturas não pagas.*

3.3. Indemnização e juros de mora. Também nesta parte improcede o pedido das Demandantes: a indemnização, porque falta, como pressuposto da responsabilidade civil, o incumprimento de obrigações contratuais pela Demandada; os juros de mora, pela mesma razão e porque, em relação à parte em que as Demandadas vão condenadas, o crédito só se torna líquido com a presente sentença (cfr. Código Civil, artigo 805.º, n.º 3, 1.ª parte)."

Face às alegações das recorrentes, independentemente de se alcançar, a final, concordância com a posição assumida na decisão recorrida, algo mais se impõe discorrer, quanto ao cumprimento/incumprimento contratual e quanto ao pedido das demandantes de indemnização, por danos contratuais positivos, uma vez que nas alegações se atribui a tal parca argumentação falta de suporte para a decisão alcançada.

Como suporte da pretensão das demandantes temos, além do mais, os Prof. Pinto Monteiro/Pedro Maia, no Parecer junto, onde se defende que:

- A ineficácia das cláusulas 6.^a e 10.^a declarada pelo tribunal não afectaria a restante parte do contrato que se manteria assim válido e eficaz; donde tal ineficácia/invalidade afectaria apenas as facturas não pagas, mas já não os benefícios que as demandantes teriam obtido se o contrato durasse até ao termo previsto - dezembro de 2010.

- Deveria o tribunal ter partido do preço reduzido e calcular qual o valor que as demandantes iriam receber até ao final do contrato, sendo esse o valor a atribuir-lhes a título de indemnização.

- O tribunal afastou este enquadramento por ter entendido não estar verificado o incumprimento das obrigações contratuais, por parte da demandada; não se pode acolher tal entendimento porque a demandada negou-se a cumprir o contrato logo o seu início, nem sequer o reconhecendo.

Conclui-se: deve ser reconhecido o pedido das demandantes de serem indemnizadas pelos *lucros cessantes* decorrentes do incumprimento do contrato.

Impõe-se então analisar a questão do incumprimento contratual.

Temos para nós que não podemos analisar o litígio e dele aferir como se o contrato de 2008 fosse o único vínculo que tivesse jamais unido os seus outorgantes.

Não pode ser despiciendo ter presente que desde 1987 – facto XX - as partes vinham trabalhando em conjunto, mantendo basicamente o mesmo tipo de relação contratual, embora sobre modalidades diversas - o contrato de 2006 foi uma parceria/ou consórcio, enquanto as anteriores relações se desenvolveram ao nível da prestação de serviços, modalidade a que se voltava no contrato de 2008.

O certo é que durante duas décadas (e sem conflitos conhecidos) a ANF vendia informação que a IMS lhe comprava.

A ANF bem sabia que a actividade da IMS em Portugal dependia da sua prestação, facto que a IMS reafirma nos autos e está sobejamente demonstrado. Sem a ANF a IMS, enquanto empresa portuguesa, teria sucumbido se não estivesse integrada na multinacional (afirmação sem suporte fáctico concreto, mas que, afirmado pela própria, nos surge como muito plausível).

É certo que a IMS assumiu declaradamente perante a sua contraparte: não reconheço o contrato de 2008; o meu gerente não tinha poderes para celebrar esse

contrato; recuso pagar os valores que neles constam.

Questão: em face deste comportamento concludente da IMS teria ANF suporte legal para cessar os fornecimentos de dados contratualmente fixados?

Numa análise imediata, tratando-se de prestações sinalagmáticas: fornecimento de informações mediante o pagamento de determinado preço, se a parte que deve pagar se recusa fazê-lo, a lei confere à outra o direito de não efectuar a sua contra-prestação, no caso, cessar o fornecimento dos dados, com base na excepção de não cumprimento – art.º428.º CC

Mas, o não reconhecimento do contrato de 2008 levantava logo uma primeira questão para ambas as partes, em especial para a ANF, antes de decidir cessar os fornecimentos.

Se a IMS não reconhecia o contrato de 2008, ficava de pé, ainda que só na perspectiva da IMS, o contrato de 2006.

Caso o contrato de 2008 viesse a ser considerado inválido, nulo, ineficaz ou o que quer se fosse, na sua totalidade, então poderia equacionar-se a repriminção do contrato de 2006.

Assim, antes de decidir cessar os fornecimentos, a ANF, dentro dum espírito de boa-fé e lealdade que deve subjazer a todas as relações contratuais, haveria de ter equacionada esta realidade e bem teria andado se não tivesse cessado os fornecimentos. Estariamos agora apenas a discutir se a ANF tinha direito aos valores fixados no contrato de 2008, na integra ou reduzidos ou, antes, aos de 2006.

É que a excepção de não cumprimento não funciona de forma cega e automática. Impõe-se ter em conta princípios como os da boa-fé, adequação ou proporcionalidade, entre a ofensa do direito do credor e as consequências decorrentes do exercício da excepção.

A este propósito e porque melhor não diríamos, veja-se o enquadramento feito no Acórdão do STJ de 2010/10/26, proferido no processo 357/1999, acessível na base dados da DGSJ:

«Como ensinam PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, p. 406: “A *exceptio* não funciona como uma sanção, mas apenas como um processo lógico de assegurar, mediante o cumprimento simultâneo, o equilíbrio em que assenta o esquema do contrato bilateral. Por isso ela vigora, não só quando a outra parte não efectua a sua prestação porque não quer, mas também quando ela a não realiza ou a não oferece porque não pode (cf., quanto ao caso de falência de um dos contraentes, o disposto no art. 1196.º do Cód. Proc. Civil).

E vale tanto para o caso de falta integral do cumprimento, como para o de cumprimento parcial ou defeituoso, desde que a sua invocação não contrarie o princípio geral da boa fé consagrado nos artigos 227.º e 762.º, n.º 2, (vide, a este respeito, na *Rev. de Leg. e de Jur.*, Ano 119.º, pp. 137 e segs., o Acórdão do STJ, de 11 de

Dezembro de 1984, com anotação de ALMEIDA COSTA)."

Este instituto opera, mesmo no caso de incumprimento parcial ou de cumprimento defeituoso, sem se perder de vista, no entanto, o princípio da boa fé (artigo 762.º, n.º 2, do C.Civil). Daí resulta a exigência de uma apreciação da gravidade da falta, que não pode mostrar-se insignificante, bem como se impõe a regra da adequação ou proporcionalidade entre a ofensa do direito do excipiente e o exercício da excepção. A justificação dada para o direito de não cumprimento do contrato é a manutenção do equilíbrio do contrato, deste modo se pondo em evidência as regras da boa fé que, sempre e desde o início, deve acompanhar as várias facetas da sua concretização.

Por conseguinte, a *exceptio non adimpleti contractus* traduz a concretização de um elementar princípio de justiça que se exprime em que ninguém deve ser compelido a cumprir deveres contratuais, enquanto o outro não cumprir os seus já vencidos.

Consequência da interdependência e reciprocidade das obrigações emergentes de contratos sinalagmáticos, a *exceptio non adimpleti contractus* desempenha, assim a dupla função de meio de garantia e de meio de pressão – função cumulativa, embora consoante as circunstâncias, possa haver preponderância de uma, a coercitiva, se o devedor inadimplente é claramente solvente, ou da outra, a de garantia, se o devedor é insolvente (CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2.ª edição, pp. 337-338). Aplicando estes princípios ao exercício e actuação da excepção de inadimplência, considera GIOVANNI PERSICO ("*L'eccezione di inadempimento*", págs. 141), em formulação que JOSÉ JOÃO ABRANTES considera correcta e adequada ao sistema jurídico português, que, para que tal "exceptio" não seja julgada contrária à boa fé, deverá haver uma tripla relação entre o incumprimento do outro contraente e a recusa de cumprir por parte do excipiente: relação de sucessão, de causalidade e de proporcionalidade entre uma e outra. Por força da aludida relação de sucessão, não pode recusar a sua prestação, invocando a "exceptio", o contraente que foi o primeiro a cair numa situação de incumprimento: a recusa de cumprir do excipiente deve ser posterior à inexecução da obrigação da contraparte, deve seguir-se-lhe e não precedê-la. E, segundo a referida relação de causalidade, deverá haver um nexo de causalidade ou de interdependência causal entre o incumprimento da outra parte e a suspensão da prestação do excipiente: esta deve ter unicamente por causa tal incumprimento, deve surgir como sua consequência imediata. Ou seja, a "exceptio" deve ser alegada, tendo em vista compelir à execução da obrigação do outro contraente: se o comportamento objectivamente manifestado pelo excipiente indicia não ser esse efectivamente o motivo da sua recusa em prestar, então a excepção é ilegítima. Finalmente (nesta perspectiva), pelo princípio da equivalência ou proporcionalidade das inexecuções, a recusa do excipiente deve ser equivalente

ou proporcionada à inexecução da contraparte que reclama o cumprimento, de modo que, se a falta desta for de leve importância, o recurso à excepção pode até ser ilegítimo.

Mas, apesar da excepção em apreço ser aplicável a todos os contratos bilaterais, independentemente da estrutura particular assumida pelo nexó sinalagmático em alguns tipos desses contratos, desde que a prestação que se pretende recusar e aquela cujo incumprimento se invoca sejam as obrigações fundamentais do contrato, a respectiva invocação e procedência não tem o condão de extinguir o direito de crédito de que é titular o outro contraente, antes e apenas o paralisando temporariamente. Dito de outro modo: constituindo aquela excepção um meio de defesa que tende para a execução plena do contrato e não para a sua destruição (o que ocorre com a resolução contratual – arts. 433.º, 434.º e 289.º, n.º 1, todos do CC), o efeito principal que da mesma deriva consiste em conferir ao excipiente o direito à suspensão da exigibilidade da sua obrigação, direito que se manterá actuante enquanto se verificar o estado de recusa de cumprimento da parte contrária. Assim funcionando, pois, como meio de pressão contra o credor que reclama o seu crédito sem cumprir ele próprio e como garantia contra as consequências de uma inexecução que pode vir a tornar-se definitiva».

Indo ao nosso caso vemos que, instalado o litigio, foi o mesmo dirimido (em primeira linha), tendo o tribunal decidido que o contrato não era inválido in totum, mas apenas nas suas duas cláusulas, sendo que foi exactamente o não cumprimento pela IMS das prestações fixadas nessas duas cláusulas que determinaram a ANF a suspender os fornecimentos.

Donde, quer seja por não reconhecer o contrato “tout court” ou por não reconhecer a obrigação de pagar os valores nele fixados e exigidos pela ANF, acompanhamos a decisão quando entendeu que a actuação IMS não foi infundada, não houve incumprimento culposos, porque efectivamente se veio a reconhecer que ela não estava obrigada a cumprir naqueles moldes, mas noutros diversos. Ou seja, estava legitimada para recusar a prestação que lhe era exigida pela parte contrária.

Se assim era não podia a ANF invocar, licitamente, a excepção de não cumprimento para se eximir a cumprir a sua prestação, sendo ainda de considerar que ao fazê-lo a ANF não atendeu à desadequação entre a falta de pagamento (atente-se e não será demais lembrar que a IMS não se recusava a pagar os serviços, mas apenas questionava os montantes que lhe eram exigidos – ver resposta ao art.º 104.º -facto XCIX) e as consequências que iriam advir da cessação dos fornecimentos e que efectivamente advieram: até ao primeiro trimestre de 2010 a IMS perdeu 65% dos seus clientes. Facto CXVIII

Considerando ainda a dimensão da empresa, que não evidenciava qualquer risco de não vir a pagar o que fosse legalmente devido a final e as razões que lhe eram apresentadas para questionar os valores –abuso por parte do gerente-, padrões



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de seriedade, boa-fé, proporcionalidade e adequação impunham à ANF que não procedesse como procedeu.

Donde, considerando todo este contexto, julgamos ter sido ilícita a invocação da excepção como fundamento para a cessação dos fornecimentos, o que leva a que se considere tal cessação como um incumprimento injustificado da obrigação contratual, por parte da ANF.

Mas, dados os contornos do caso, julgamos até que não houve apenas uma suspensão do cumprimento, que é nisso que se traduz a invocação da excepção de não cumprimento - pressupõe a suspensão da prestação enquanto a outra parte não prestar- ; o que houve foi uma resolução tácita do contrato.

A IMS não reconhece o contrato e oferece em pagamento o preço anterior; a ANF defende a validade e como a IMS não paga, cessa, definitivamente a prestação, pondo um termo definitivo à relação contratual, inviabilizando mesmo qualquer repristinação de anteriores contrato- seja o de 2006, seja o de 2003 - dado que, terminada a troca de correspondência, a IMS fez consignação em depósito dos valores que entendia serem devidos pelos dados fornecidos nos primeiros meses de 2009, conforme facto C - no dia 2/6, sendo que no dia 26/6 constitui-se a HMR (detida em 90% pela demandante Farminvest que por sua vez é detida em 100% pela ANF), com objecto social semelhante ao da IMS, a quem a ANF passou a fornecer os dados que tinha fornecido à IMS até Março .

Assim, é nosso entendimento que quem pôs um termo definitivo à relação contratual foi a ANF e não a IMS.

Donde, incumprimento contratual imputável à IMS e a justificar o direito à indemnização reclamada pelas demandantes, inexistente.

O Professor Pedro Romano Martinez, no Parecer junto, também defende que foi a ANF que resolveu o contrato.

Considerando não ter havido propriamente uma invocação da excepção de não cumprimento, conclui, a fls 36 - fls 5873 verso dos autos- "...o contrato de 2008 foi resolvido pela ANF mediante declaração negocial tácita. A referida declaração produz efeitos quando o declaratório (a IMS) entende o comportamento concludente da ANF no sentido de não mais prestar os dados das farmácias. Assim sendo a resolução produz efeitos a 1 de Abril de 2009." Qualifica esta resolução como ilícita, mas não inválida, acompanhando o acórdão recorrido, no sentido de que a IMS não incumpriu o contrato.

E não havendo incumprimento, por banda da IMS, cabe apenas reafirmar o que consta da decisão recorrida: não nasceu qualquer direito na esfera jurídica das demandantes para serem indemnizadas como peticionam.

No campo das obrigações, a obrigação de indemnizar radica no incumprimento. Não declarado este, não têm as demandantes fundamento para serem indemnizadas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Mas caso se entendesse diversamente, concluindo-se dever ser o incumprimento imputável à IMS, e conseqüentemente recair sobre si a obrigação de indemnizar as demandantes, nem por isso estas veriam satisfeita a sua pretensão, em toda a sua extensão.

Fazendo apelo ao que consta do Parecer do Prof. Pedro Martinez diremos que o credor, em face do incumprimento definitivo da outra parte, pode:

- resolver o contrato e pedir indemnização pelo interesse contratual negativo – prejuízo tido por haver celebrado o contrato/ colocar-se na situação que estaria se não o tivesse celebrado, ou optar por;

-manter o contrato, cumprindo a sua prestação e pedir indemnização pelo interesse contratual positivo.- indemnização substitutiva da prestação incumprida ver Menezes Leitão in Direto das Obrigações vol.II, 7.ªed. pag. 270.

Mais modernamente- especialmente com a reforma em 2002 do CC Alemão – certa doutrina tem vindo a admitir que o credor cumule a resolução com a indemnização pelo interesse contratual positivo, doutrina essa internacional que tem encontrado seguidores em Portugal, como o próprio Pedro Martinez, Ana Prata, Ribeiro de Faria e Paulo Mota Pinto.

Menezes Leitão não adere a esta doutrina concluindo que “parece seguro que a indemnização terá que ser limitada ao interesse contratual negativo, na medida em que não pode abranger os danos resultantes da frustração das utilidades proporcionadas pela própria prestação”, invocando a seu favor, além do mais, Larenz, fazendo a pertinente citação, na nota de rodapé 551:“*Shuldrecht I §22 II, 339, quem reclama a indemnização por incumprimento pretende para si as vantagens proporcionadas pelo contrato e conseqüentemente não se pode libertar dele. A resolução do contrato significa, pelo contrário, que oc redor se exonera da sua própria obrigação, mas que também não pode ter qualquer pretensão baseada no contrato, seja relativa ao seu cumprimento seja com base no não cumprimento.*”

A nível jurisprudencial tem preponderado o entendimento de que a indemnização abrange, em princípio, apenas o dano contratual negativo, mas admite-se pontualmente indemnização também pelo dano positivo, em face dos contornos concretos do caso.- ver, por todos, Ac. STJ de 2012/10/25 proc. 2625/09.0TVLSB.L1. S1, acessível na base de dados da DGSI.

De qualquer forma, ainda que tivesse acolhimento a tese mais favorável às demandantes, aceitando-se a indemnização pelo interesse contratual positivo, sempre haveria que atentar que no cômputo da indemnização teria que ser levado em conta, para ser descontado (sob pena de enriquecimento infundado do credor), os ganhos que o credor obteve como decorrência do incumprimento do contrato.

No caso, haveria desde logo que atender aos ganhos que as demandantes alcançaram a partir de Junho de 2009, provenientes da venda dos dados à HMR, ganhos esses que as demandantes ignoraram no valor peticionado.

Assim, caso se entendesse haver incumprimento imputável à IMS e se aceitasse a indemnização pelo interesse contratual positivo, nem por isso as demandantes teriam direito à indemnização na medida pedida, mas apenas na medida correspondente à diferença entre aquilo que teriam auferido, se o contrato tivesse seguido os seus normais termos e aquilo que efectivamente auferiram com o fornecimento a outrém dos dados que teriam fornecido à IMS, caso o contrato tivesse perdurado.

Concluindo: em face dos contornos do caso, entendemos não ter ocorrido incumprimento contratual imputável à IMS que a tenha feito incorrer na obrigação de indemnizar as demandantes.

B- Ampliação do Objecto do Recurso- Demandada

A ampliação circunscrevia-se ao conhecimento da excepção de usura, para o caso de se alterar a decisão recorrida, no tocante à procedência das excepções de abuso de representação e de posição dominante.

Tendo este tribunal de recurso confirmado a decisão recorrida, nestes pontos, fica prejudicado o conhecimento da ampliação (sendo certo que a impugnação da matéria de facto neste âmbito foi já acima conhecida).

C- Recurso subordinado -Demandada

Ineficácia total do Contrato de 2008

Defende a aqui recorrente que a decisão recorrida dever ser alterada ao nível do direito, devendo concluir-se pela ineficácia total do contrato de 2008, como decorrência do abuso de representação, sendo a solução jurídica mais ajustada ao caso em concreto como sanção ao abrigo do disposto nos arts. 268.º e 269.º do CC.

Invoca que as duas cláusulas que foram atingidas (a 6.ª e a 10.ª do Contrato de 2008) são elementos essenciais do Contrato de 2008 e que o contrato nunca foi ratificado pela IMS (268º do CC). Socorre-se, em defesa deste entendimento, do Parecer do Prof. Engrácia Antunes invocando o segmento seguinte: *“Enfim, e por último, numa ordem diferente de considerações mas apontando para idêntico resultado, sempre se poderia ainda sustentar que a solução da ineficácia global do contrato de 2008 é aquela que melhor se coaduna com a “ratio” e o regime da sanção de ineficácia cominada nos arts. 268.º nº 1 e 269.º do CCivil para os negócios celebrados com abuso de representação. Enquanto desvio culposo do representante aos interesses do representado, conhecido da contraparte negocial, o abuso macula todo o negócio representativo com uma espécie de “pecado original” (...).”*

Pugna assim para que este Tribunal julgue pela ineficácia total do contrato de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2008, com a sua inerente absolvição total do pedido.

Partindo da procedência da excepção de abuso de representação, no tocante às cls.^a 10.^o e 6.^a (esta apenas quanto ao preço fixado) e no tocante 10.^a com a consequente ineficácia dessa parte do contrato em relação à demandada e da excepção de abuso de posição dominante, por indução artificial do preço em alta, com a consequente nulidade dessas mesmas duas cláusulas, veio o tribunal recorrido a entender que:

- em relação à cláusula 10.^a - pagamento de diferenciais- quer por via da ineficácia stricto sensu quer da nulidade a consequência é a inexigibilidade da obrigação.

- em relação à cl.^a 6.^a discorreu-se que “deve ter-se em conta que tanto a ineficácia como a nulidade decorrem de o preço ser excessivo, não obviamente de não ser devido qualquer preço. Ora, os serviços a que a Demandante se tinha obrigado foram efectivamente prestados durante os três primeiros meses de 2009 (FP LXXXVII), sendo a esses três meses que se reportam as facturas de € 590.886 (Janeiro), € 602.208 (Fevereiro) e € 617.202 (Março), conforme resulta do FP XCIV.”

Nesta linha veio a proceder à redução do negócio, com a fixação do preço que julgou equitativo, tendo condenado a demandada no pagamento às demandantes dos fornecimentos efectuados ao abrigo do contrato de 2008, de acordo com o preço reduzido.

Os argumentos esgrimidos pela recorrente- subordinada para atacar a opção seguida pelo tribunal não são, a nosso ver, de acolher.

Julgamos ser de manter a orientação seguida pelo tribunal arbitral, sendo ela a que resolve de forma mais equilibrada o litígio dos autos.

Sabendo-se que a nulidade parcial não determina a invalidade total do negócio, a não ser que se demonstre que o negócio não teria sido concluído sem a parte viciada- art.^o 292.^o do CC - discorre-se assim no acórdão: “Não é, portanto, necessária a demonstração da vontade de limitar os efeitos do negócio à parte não viciada, mas a de que o mesmo não teria sido celebrado sem a parte viciada. A lei consagra abertamente o princípio do *favor negotii*, privilegiando a manutenção da parte sã do negócio, fazendo apelo à vontade conjectural dos contraentes, no sentido de fazer valer o que elas teriam querido se se tivessem apercebido de que o negócio era parcialmente inválido, não podendo manter-se integralmente. A redução só não deve operar-se se e quando se deva ter por demonstrado que as partes não teriam celebrado o contrato sem a parte inválida.” (sublinhado nosso).

Inexistindo prova feita sobre qual teria sido a vontade das partes se tivessem previsto a invalidade das apontadas cláusulas e considerando o princípio da manutenção do negócio, subjacente ao art.^o 292.^o CC, deve então prevalecer a redução, em detrimento da invalidade total.

Importa também ter aqui em vista que não estamos a defender a vinculação as partes à manutenção dum concreto negócio, o que importaria maior indagação, mas apenas a alcançar um critério para definir as obrigações últimas das partes, em face dum contrato do qual as partes já se desvincularam e que já não está em vigor.

Quanto à cl.^a 10.^a, em face do exposto, a consequência é a sua irradicação do âmbito do contrato, sendo que ela consubstanciava uma obrigação perfeitamente autonomizável do contexto do contrato, nada obstando pois à redução.

Quanto à cl.^a 6.^a, como se salienta no acórdão recorrido, “tanto a ineficácia como a nulidade decorrem de o preço ser excessivo, não obviamente de não ser devido qualquer preço”.

Porque assim é e sob pena da questão ter que voltar a ser dirimida noutra sede, a solução prática que logo se nos sugere, é que se fixe o valor devido pelos dados que a ANF forneceu à IMS, na vigência do contrato de 2008.

Não vemos qual a utilidade prática que a recorrente subordinada pretende alcançar com a posição que defende. Não ignora que os dados fornecidos teriam que ser pagos, sendo que ela própria assim o considerou, ao fazer a consignação em depósito.

Entendemos pois ser de manter a orientação seguida no acórdão recorrido, sendo que nenhuma cesura nos merece o critério utilizado para alcançar o valor final dessa prestação.

Partindo do preço praticado em 2003, considerando a inflação e a melhoria dos serviços prestados entendeu-se equitativo fixar o valor em €150/mês/farmácia.

Na decisão recorrida afastaram-se os eventuais obstáculos à redução nos moldes seguintes: “Para que a redução em geral, incluindo a redução quantitativa, se possa operar não é indispensável, como na conversão, apurar, pela positiva, a vontade hipotética das partes quanto ao resultado. Basta não encontrar obstáculo erguido pela vontade hipotética, que presume juris tantum. Ora, nenhuma das partes alegou no decurso no processo, nada em contrário de uma hipotética redução, sem esquecer que a vontade hipotética (qualquer vontade hipotética) não pode contrariar a lei e a boa fé. A Demandada admitiu até a redução do contrato por efeito da usura, o que, se esta excepção fosse procedente, redundaria em resultado equivalente ao da nulidade ou ineficácia do preço. Poder-se-ia inquirir ainda se a redução conflitua com o princípio dispositivo, uma vez que não foi pedida pelas Demandantes. A favor da admissibilidade processual basta lembrar a regra estabilizada segundo a qual é permitido condenar em valor inferior ao pedido (cfr. Código de Processo Civil, artigo 668, n.º 1, alínea e), 1.º parte, contrario). Não decidir neste processo qual o valor a pagar pelos serviços efectivamente prestados pelas Demandantes à Demandada no 12 trimestre de 2009, relegando a decisão implicitamente para outra acção (porventura baseada no mesmo

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

contrato ou em enriquecimento sem causa) teria um efeito prático próximo de non liquet, que é vedado aos tribunais, judiciais ou arbitrais."

Aderindo-se ao critério, que a recorrente não questiona, o valor devido como contrapartida para os dados fornecidos no primeiro trimestre de 2009 é assim de € 887.400,00 (valor resultante da correcção feita no início do presente acórdão), valor que a IMS terá que pagar às demandantes.

Pelo exposto acorda-se em:

- não conhecer da ampliação do recurso deduzido pela demandada IMS;
- julgar improcedente ao recurso subordinado;
- julgar a apelação parcialmente procedente e em consequência, altera-se a decisão recorrida nos moldes seguintes:

a) em face da não admissão do pedido reconvenicional, vai a demandante/reconvinda ANF absolvida da instância reconvenicional;

b) no mais, mantém-se a decisão recorrida, com a correcção de que o valor a pagar nos termos do ponto 8.º do dispositivo do acórdão recorrido é de € 887.400,00.

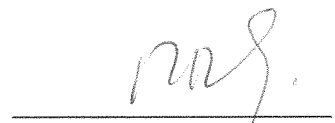
Custas na proporção de 2/3 para as recorrentes e 1/3 para a recorrida.

Dada a especial complexidade desta instância de recurso, de acordo com o art.º 6.º n.º5º do Regulamento das Custas Processuais, a taxa de justiça será calculada nos termos da Tabela I-C .

Lx, 2014/4/3


Teresa Soares


Ana Lucinda Cabral


Maria de Deus Correia