



4/17.4YQSTR.S1.L1.S1

Exmo(a) Senhor(a)
Dr(a). Inês Nascimento
Avenida de Berna, N.º 19
1050-037 Lisboa

Processo: 4/17.4YQSTR.S1.L1.S1	Revista (Concorrência)	Referência: 9227103 Data: ver data certificada pelo sistema
Extraída dos autos de Recurso Penal, nº 4/17.4YQSTR.S1.L1 do Lisboa - Tribunal da Relação - 9ª Secção		
Autor: Empifarma - Produtos Farmacêuticos, S.A. e outro(s)...		
Interveniente Principal: Ocp – Produtos Farmacêuticos, S.A. e outro(s)...		

Assunto: Acórdão

Fica V. Ex.^a notificado, na qualidade de Mandatária da Recorrente Autoridade da Concorrência, e relativamente ao processo supra identificado, do acórdão proferido que se anexa.

(A presente notificação presume-se feita no terceiro dia posterior ao do seu envio, quando seja útil, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o não seja).

O/A Oficial de Justiça,

Manuel E. Esgueira Cardoso



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

Processo n.º 4/17.4QSTR.S1.L1.S1

Revista Excepcional - Concorrência

I – Relatório

1.1 - Empifarma – Produtos Farmacêuticos, S.A., requereu, em 17/4/2015 a intervenção da Autoridade da Concorrência (AdC) para efeitos do disposto nos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei 19/2012, de 8 de maio, Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC) e dos arts. 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE).

Em 16/11/2016 a AdC decidiu-se pelo arquivamento daquele pedido de intervenção.

1.2 - Recorreu a Empifarma para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS), pedindo:

- A anulação da decisão de arquivamento proferida pela Autoridade da Concorrência, com data de 16 de novembro de 2016, no âmbito do procedimento com a referência DA/2016/2;

- A abertura de inquérito contraordenacional no âmbito das práticas denunciadas;

- A intimação da Autoridade da Concorrência a promover as diligências instrutórias requeridas pela denunciante e outras que a Autoridade da Concorrência entenda por pertinentes, no exercício dos poderes de instrução e direcção do inquérito de que dispõe, para a prova dos factos alegados.

- A notificação das contrainteressadas para, querendo, contestar;

- A notificação da Autoridade Impugnada, nos termos do disposto no artigo 84º do CPTA para proceder ao envio do processo administrativo, assim como todos os demais documentos respeitantes à matéria do processo de que seja detentora.

1.3 - Decidiu o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, 1º Juízo, em 4/9/2017, anular a decisão de arquivamento proferida pela Autoridade da Concorrência em



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

16 de novembro de 2016, no âmbito do procedimento com a referência DA/2016/2, na parte que incidiu sobre a eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias;

Mais decidiu condenar a Autoridade da Concorrência a instaurar um processo de contraordenação para averiguação da prática denunciada.

1.4 - Recorreram a contrainteressada OCP – Produtos Farmacêuticos, S.A. e a demandada AdC, recursos que foram admitidos para o Supremo Tribunal de Justiça, tendo este tribunal considerado ser aqui aplicável o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, nomeadamente em matéria de recursos, e não o estabelecido nos artigos 91.º a 93.º do NRJC, determinando a remessa dos autos ao tribunal competente para deles conhecer, o Tribunal da Relação de Lisboa que, por acórdão de 5 de julho de 2018 confirmou a decisão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, exceto no respeitante a custas.

1.5 - Ainda inconformada veio a AdC interpor recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, concluindo na sua motivação:

“(…)

A. *O recurso de revista interposto, nos termos do artigo 150.º do CPTA é um recurso que possibilita a intervenção in casu STJ num triplo grau de jurisdição de acordo com a norma especial do n.º 3 do artigo 93.º da Lei da Concorrência – nas situações em que a questão a apreciar assim o imponha, com o objetivo de apreciar uma questão que, (i) pela sua relevância jurídica ou social, seja de essencial importância ou (ii) quando seja evidentemente indispensável para assegurar uma melhor aplicação do direito; estando os poderes do Tribunal ad quem limitados à matéria de direito respeitante aos factos fixados pelo Tribunal a quo, o Tribunal recorrido e podendo substituir a decisão do tribunal a quo, ou seja, tem poder para decidir do objeto da causa e substituir a decisão em recurso aplicando definitivamente o direito ao caso*

B. *A AdC vem reiterar que as decisões de arquivamento de denúncias proferidas antes da abertura de um processo sancionatório (ou de supervisão), nos termos conjugados*



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

dos artigos 7.º e 8.º da Lei da Concorrência, processam-se num procedimento administrativo de averiguação e determinação pela AdC – entidade administrativa competente no desempenho das suas atribuições legais – do tratamento a dar às questões que lhes são submetidas por via dessas denúncias.

C. O legislador consagrou expressamente um momento próprio e prévio de averiguação de denúncias para assegurar que a AdC só procede à abertura de processos sancionatórios (ou de supervisão) que mereçam a tutela efetiva da concorrência nos termos da Lei da Concorrência, caso contrário, a AdC deve proceder ao seu arquivamento – cf. artigos 7.º e 8.º da Lei da Concorrência.

D. A AdC tem o dever legal de arquivar as denúncias perante si apresentadas ao invés de abrir processos de contraordenação (ou de supervisão) despiciendo quando as questões trazidas ao conhecimento da AdC não se enquadram no âmbito das suas atribuições (não se tratam de questões de concorrência que caibam à AdC prosseguir) ou, caso caibam, os elementos das referidas denúncias não são suficientes ou não têm relevância jusconcorrencial ou, além disso, não são prioritários, para impor a abertura de um processo de contraordenação por violação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º e/ou dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

E. Ora dessa decisão de arquivamento cabe recurso – nos termos do n.º 4 in fine do artigo 8.º em conjugação com os artigos 91.º e seguintes da Lei da Concorrência e, ainda, do artigo 112.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOFTJ), aprovada pela Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro –, sob a forma de ação administrativas a ser interposta junto do TCRS.

F. Nos termos supra expostos as decisões do TCRS são recorríveis para o TRL e, subsequentemente, deste, em última instância, para o STJ, seguindo o regime de impugnação contenciosa dos atos administrativos definido no CPTA e limitados à matéria de direito – cf. artigos 91.º e 93.º da Lei da Concorrência.

G. Caso assim não se entenda, o que se coloca por dever de patrocínio mas sem conceder estão preenchidos os requisitos do recurso extraordinário de revista. Pelo que estão também por esta via preenchidos os requisitos de admissão do recurso.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

H. *A lei exige que o fundamento do Recurso de Revista (ordinário ou extraordinário) seja a violação de lei substantiva ou processual, o que, acontece no presente caso, em concreto, por violação dos n.º 2 e n.º 4 do artigo 8.º, bem como do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência e do n.º 5 do artigo 95.º do CPTA (e do n.º 2 do artigo 71.º do CPTA) – cf. n.º 1 do artigo 150.º do CPTA.*

I. *O presente recurso tem, pois, por objeto o Acórdão proferida pelo Tribunal a quo a que confirmou a sentença relativamente à (i) anulação da decisão de arquivamento proferida pela AdC, na parte que incidiu sobre a eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de alegadas vendas subordinadas impostas às farmácias; e (ii) condenação da AdC a instaurar um processo de contraordenação para averiguação da prática indicada em (i)*

J. *Entende a AdC que o conteúdo decisório do acórdão recorrido revela uma errada interpretação e aplicação (substantiva e processual) das seguintes normas:*

- *No que respeita à anulação da decisão de arquivamento proferida pela AdC, na parte que incidiu sobre a eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias, dos n.º 2 e n.º 4 do artigo 8.º, bem como do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência;*

- *Relativamente à condenação da AdC a instaurar um processo de contraordenação para averiguação de uma eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias, do n.º 5 do artigo 95.º do CPTA (e do n.º 2 do artigo 71.º do CPTA).*

K. *A correta interpretação e aplicação destas normas determinava uma conclusão por parte do Tribunal no sentido de que a decisão de arquivamento da denúncia e, consequentemente, de não instauração do processo contraordenacional tem efetivo sustento nos n.ºs 2 e 4 do artigo 8.º, bem como no n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência.*

L. *Os Venerandos Desembargadores a quo, salvo o devido respeito, não fazem uma correta interpretação e aplicação dos artigos 7.º e 8.º da Lei da Concorrência quando determina que os critérios previstos no n.º 2 do artigo 7.º, por um lado, são taxativos e que a AdC não os cumpriu ao arquivar a denúncia quanto a um alegado abuso de posição dominante dos distribuidores sobre as farmácias por vendas subordinadas.*



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

M. *A AdC julga assim que a questão da interpretação dos n.ºs 2 e 4 do artigo 8.º e do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência só ficará definitivamente resolvida mediante uma clara e escorreita intervenção do Venerando Tribunal para que se defina a delimitação dos aspetos vinculados da atuação da AdC em sede de processamento de denúncias e, deste modo, estabilizar a interpretação das referidas normas com a missão e as atribuições da AdC e prevenir um excessivo e desrazoável grau de litigância por parte dos denunciantes, por alegadas desconformidades nas decisões da AdC que claramente extravasem as suas competências e atribuições.*

N. *Afigura-se ser também uma questão de relevo comunitário particularmente elevado dos interesses em causa (defesa da concorrência) e a complexidade das operações jurídicas carecem de clarificação jurisdicional superior (delimitação dos aspetos vinculados/discricionários dos atos da Administração, in casu AdC, no processamento de denúncias e do controlo judicial sobre as mesmas em respeito pelo princípio da separação de poderes) que seguramente é suscetível de ressurgir em casos futuros, pelo volume de denúncias que dão entrada na AdC e como é do conhecimento do Venerando Tribunal (que já teve oportunidade de se pronunciar sobre aspetos deste novo regime da concorrência – a obrigação ou não de a AdC proceder à abertura de processos de contraordenação/supervisão decorrente de uma denúncia – em confronto com o anterior regime da concorrência, a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho – artigo 24.º), contudo, ainda não foi apreciada a presente questão da interpretação e aplicação das normas ora sub judice.*

O. *Por outro lado, também se afigura poder legitimar a intervenção deste Venerando Tribunal no quadro de uma clara necessidade de uma melhor aplicação do direito, na medida em que se evidencia ter o Acórdão do TRL incorrido em erro ostensivo ou grosseiro de aplicação das regras processuais ao determinar o conteúdo do acto de abertura de um processo de contraordenação, além da errada aplicação e interpretação das normas dos artigos 7.º e 8.º da Lei da Concorrência.*

P. *É, pois, da interpretação e aplicação das normas dos n.ºs 2 e 4 do artigo 8.º, bem como do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência e ainda do n.º 5 do artigo 95.º do CPTA (e do n.º 2 do artigo 71.º do CPTA) que decorrem do acórdão do TRL que a AdC vem recorrer para este Venerando Tribunal, para uma melhor aplicação do direito.*



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

Q. É clara a necessidade da admissão da revista para melhor aplicação do direito (que há-de resultar da possibilidade de repetição num número indeterminado de casos futuros) e consequente necessidade de garantir a uniformização do direito (em matérias importantes tratadas pelas instâncias de forma pouco consistente ou contraditória ou de forma ostensivamente errada ou juridicamente insustentável), sendo objectivamente útil a intervenção do STJ na qualidade de órgão de regulação do sistema.

R. A AdC no seguimento do princípio de promoção e defesa da concorrência de que lhe foi legalmente investida, não violou os deveres de promover as diligências de investigação necessárias para aferir da denunciada por alegada violação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, que sobre si impende.

S. Nos termos legais, a AdC não tem um dever imperativo de abertura de inquérito sobre práticas restritivas da concorrência e de recolha dos meios de prova, bem como dos seus agentes, se concluir que não existe violação das normas da concorrência, ou seja, sem fundamentos relevantes das alegadas violações e independentemente de não serem merecedoras de tratamento prioritário – cf. n.ºs 4 e 6 do artigo 8.º da Lei da Concorrência.

T. Os princípios da tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos das denunciantes são limitados aos n.ºs 2 e 4 do artigo 8.º da Lei da Concorrência não são violados quando uma decisão de arquivamento (como no caso sub judice) se demonstre que não existe matéria de defesa da concorrência que importe prosseguir e não ser merecedora de tratamento prioritário.

U. A interpretação dos artigos 7.º e 8.º da Lei da Concorrência vertida na Acórdão é errada e em total violação da letra e espírito da norma.

V. A interpretação do Tribunal a quo obrigaria a AdC a abrir processos de contraordenação por todas as denúncias que mencionassem a hipotética existência de uma eventual prática restritiva da concorrência deste que a narrativa dos elementos de facto e de direito determinem a averiguação de indícios de indícios, ainda que seja para se concluir depois de ter obtido, ou não, esta “prova” indiciária de indícios pelo arquivamento do processo de contraordenação, que a AdC por juízos de experiência e análise prévia poderia imediatamente afastar e tornar mais eficiente e eficaz a sua atuação.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

W. Os critérios do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da concorrência não são taxativos e, portanto, não vinculativos, e a AdC cumpre-os todos, se concluir diante dos elementos de facto e de direito apresentados pela Denunciante que não existe violação das normas da concorrência, ou seja, ao decidir que a denúncia não tem fundamentos relevantes das alegadas violações (de facto e de direito, ainda que minimamente indiciários) e de que é serem merecedora de tratamento prioritário – cf. n.ºs 4 e 6 do artigo 8.º da Lei da Concorrência.

X. Da conjugação destes normativos resulta que, o escrutino das denúncias entradas na AdC, para eventual abertura de um processo sancionatório, ou de supervisão, está sujeito a uma procedimento de análise prévia dos elementos (de facto e de direito) e demais elementos corroborantes e comprovativos trazidos pelas denunciantes – em cumprimento do princípio da legalidade e dos princípios gerais de direito que enformam a atividade administrativa em obediência à Constituição – cf. n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º da Lei da Concorrência.

Y. De forma diferente da interpretação dos normativos em causa resultante do Acórdão (que sustenta a Sentença do TCRS), é determinante para a averiguação da narrativa constante de uma denúncia que a AdC possa dentro dos elementos de facto e de direito narrados pelo denunciante, e caso se releve necessário, efetuar algumas diligências prévias para determinar que a denúncia, tal como já havia entendido, ou intuído, antecipadamente, decorrente dos factos narrados, não tem efetivamente fundamento.

Z. A interpretação conjugada dos artigos 7.º e 8.º resulta que a AdC a fim de proceder ao tratamento de uma denúncia pode fazer averiguações preliminares, à luz dos elementos prévios trazidos pela denunciante e da factualidade relatada, a fim de conseguir minimamente demonstrar, ou mesmo intuir, a probabilidade de poder vir a reunir os eventuais indícios da verificação de uma qualquer prática restritiva da concorrência, nos termos dos artigos 9.º, 11.º ou 12.º da Lei da Concorrência, que devem ser melhor investigados em sede de inquérito, e ainda das prioridades da política da concorrência, tal como definidas pela AdC, nos termos legais – cf. n.ºs 2 e 3 do artigo 7.º da Lei da Concorrência.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

AA. *A interpretação (muito) restrita e fixa do Acórdão em recurso desta fase de análise preliminar de denúncias, determinaria que a AdC fosse obrigada a abrir processos de inquérito respeitante a todas as “denúncias” que não contivessem qualquer suporte ainda que mínimo ou indiciário de eventual infração, para de seguida as arquivar, ou ainda que não merecessem tratamento prioritário de acordo com o interesse público de promoção da concorrência, o que salvo o devido respeito, é inadmissível.*

BB. *A AdC na prossecução do interesse público (enquanto poder público independente) e da averiguação das suas próprias prioridades tem de ter um espaço de decisão próprio que possibilita uma seleção preliminar das questões a prosseguir, que não pode ser taxativo – cf. n.ºs 1 e 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência.*

CC. *A interpretação conjugada dos artigos 7.º e 8.º da Lei da Concorrência, determina que só ocorre a abertura de um processo contraordenacional quando se estiver perante potenciais práticas proibidas pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º do citado diploma, que afetem de forma sensível a concorrência no mercado nacional, com base nas informações (de facto e de direito comprovadas pela denunciante) de que a AdC dispõe e que, perante o caso concreto, sejam merecedoras de tratamento prioritário.*

DD. *Esta interpretação não comporta uma inversão do ónus da prova, porquanto quem tem o dever legal provar a existência de uma prática restritiva, nos termos dos artigos 9.º, 11.º ou 12.º da Lei da Concorrência, e de quem são os seus agentes, nos termos legais e constitucionais, é a AdC.*

EE. *A previsão do n.º 2 do artigo 7.º tem de ser igualmente interpretada no sentido de que a AdC não está obrigada a abrir processos quando as denúncias se verificam manifestamente infundadas quando “a prova bastante, se mostre à luz das regras da experiência, notoriamente improvável, tornando-se, assim, ineficiente devotar os recursos escassos da AdC (e dos contribuintes) ao eventual aprofundamento da investigação”.*

FF. *Esta interpretação não restringe nenhum direito ou interesse do particular a obter uma resposta (decisão) quanto à sua pretensão ao dirigir-se à Administração e, ainda, caso não concorde com a mesma, pode interpor recurso para os tribunais, nos termos do n.º 4 do artigo 8.º e artigo 92.º, ambos da Lei da Concorrência.*



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

GG. *Em suma, no que concerne, especificamente, ao processamento de denúncias, compete à AdC, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º da Lei da Concorrência (que densifica a referida alínea c) do artigo 5.º dos Estatutos), efetuar o registo das mesmas, procedendo à abertura de processo de contraordenação (ou de supervisão) se os elementos (de facto e direito) referidos na denúncia, acompanhados de elementos, ainda que indiciárias, assim o determinarem:*

a. *De acordo com as prioridades da política de concorrência definidas em função do interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência; e*

b. *Desde que os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados integrem indícios de eventuais práticas restritivas da concorrência – cf. n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência.*

HH. *A Autoridade procede ao arquivamento das mesmas e declara as denúncias quando as mesmas se mostrarem – cf. n.ºs 4 e 6 do artigo 8.º da Lei da Concorrência:*

a. *Sem fundamento relevante; e/ou,*

b. *Não serem merecedoras de tratamento prioritário.*

II. *A AdC não recorre a um critério para rejeição de denúncias que a lei não prevê, ao arquivar uma denúncia se o denunciante não apresentar “prova” do que alega para que a AdC possa preliminarmente averiguar da existência dos alegados indícios. Ademais goza de um poder discricionário com prerrogativas de orientação e avaliação da sua atuação na prossecução da missão para que foi criada, nos termos legais.*

JJ. *As decisões de rejeição de denúncias são adotadas pela AdC enquanto pessoa coletiva de direito público, no exercício e ao abrigo das suas atribuições, no âmbito do poder discricionário legalmente conferido à Autoridade, por ser aquela que detém a competência técnica especializada para a avaliação das questões de natureza económico-jusconcorrencial nos termos legais.*

KK. *Assim sendo, a norma do n.º 1 do artigo 8.º da Lei da Concorrência deve ser interpretada no sentido de que, tal como decorre do princípio da legalidade (e da oportunidade) a necessidade de abertura de inquérito por eventuais práticas proibidas, manifesta um poder de direção da AdC e um grau de discricionariedade dos poderes que esta*



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

Autoridade tem para a abertura de um inquérito, pois uma denúncia de factos que não constituem práticas proibidas da concorrência deve dar lugar ao seu arquivamento.

LL. Acresce que, por um lado, a direção dos processos da AdC cabe ao Conselho da AdC, e por outro lado, os denunciantes não gozam nem estão protegidos da mesma forma que os arguidos/visados (nem na lei da concorrência nem nos regimes subsidiários a esta lei) porque a Administração não tem de dar seguimento positivo a todos os pedidos, solicitações ou queixas dos particulares, nomeadamente, quando não há ilícito de natureza jusconcorrencial.

MM. Deste modo, a AdC, de acordo com o quadro normativo do artigo 7.º e 8.º da Lei da Concorrência, só procederá à abertura de inquérito quando após uma análise preliminar – o que se designa de momento pré-instrutório – tome conhecimento de eventuais práticas proibidas, para tanto se exigindo: (a) desde logo que esteja em causa uma questão de concorrência; (b) um mínimo indiciário de possível infração, (c) e, ainda, quando se determine que as mesmas devem ter tratamento prioritário.

NN. Caso tal não se verifique, a AdC decide não proceder à abertura de inquérito, nos termos dos n.ºs 4 e 6 do artigo 8.º da Lei da Concorrência, em respeito do princípio da legalidade e, portanto, de forma fundamentada, válida e conforme à Lei – cf. n.º 2 do artigo 8.º e alínea c) do n.º 1 do artigo 152.º do CPA.

OO. Ao contrário da interpretação que se sustenta na Sentença, os critérios do n.º 2 do artigo 7.º são meramente enunciativos, como resulta da sua redação, ou seja, do seu elemento literal, na expressão “tendo em conta, em particular”.

PP. Ademais são os elementos de facto e de direito relatados e a prova indiciária carregada com a denúncia que também determinam se, no caso concreto, há interesse público na sua investigação e, obviamente, este não será sempre o mesmo. Logo, também por esta via o mesmo não pode ser taxativo.

QQ. Também resulta do elemento teleológico e histórico da referida norma, que a atuação da AdC é orientada pelo critério do interesse público da promoção e defesa da concorrência podendo, como tal, atribuir graus de prioridades ao tratamento das questões à analisar.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

RR. *Mas, também, porque se tal não fosse esta interpretação daquele normativo, a AdC estava obrigada a proceder à abertura de processos de contraordenação quanto a questões trazidas ao seu conhecimento que já tivesse sido decididas por esta Autoridade (o mesmo pela Comissão Europeia) e determinado o seu arquivamento por inexistência da infração em causa, ou até condenado os denunciante.*

SS. *Segundo a interpretação do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência feita pelo TRL quanto ao critério respeitante aos “elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados”, determina que, a AdC deve empreender todos os enquadramentos jurídicos possíveis que tenham afinidades com os factos relatados mas sem necessidade de a denunciante ter de proceder à apresentação de elementos de comprovativos dos factos que relata.*

TT. *Também não colhe a interpretação do TRL de que a necessidade de elementos de prova da narrativa consubstancia uma exigência desproporcional porque se trata de atribuir ao denunciante o ónus da prova da infração, que, como é óbvio, é função da AdC (cf. n.º 2 do artigo 17.º), porquanto, salvo o devido respeito faz uma errada interpretação dos poderes da AdC em sede de averiguação de denúncias.*

UU. *Efetivamente é à AdC, nos termos legais, que cumpre decidir e averiguar, dentro do seu juízo técnico e discricionário, bem como da sua experiência, se da denúncia com base nas informações disponíveis resultam indícios de uma prática restritiva da concorrência que deva prosseguir para inquérito, ou seja, se dentro dos vários critérios legalmente definidos a denúncia tem fundamento e/ou é merecedora de tratamento prioritário. E, ainda, que este é um momento totalmente discricionário.*

VV. *A AdC para analisar a denúncia e formular um juízo prévio fundamentado tem de ter acesso a elementos comprovativos dos facto narrados e estes tem de ser necessariamente fornecidos ab initio pelo denunciante, caso contrário, para averiguar uma denúncia estaria sempre sujeita a ter de abrir um processo de contraordenação (ou de supervisão) para sustentar (ou não) a narrativa de facto e de direito dos autores das denúncias – como resultava da redação do artigo 24.º da anterior lei da concorrência. O que foi expressamente afastado pelo legislador ao abrigo da previsão do artigo 8.º da atual Lei da Concorrência.*



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

WW. Esta interpretação do critério do n.º 2 do artigo 7.º em nada se compagina com a demissão da AdC da sua missão de interesse público, pelo contrário, é por causa desta que se exige que haja mais do que um mero relatar de factos que eventualmente se possam enquadrar nos artigos 9.º, 11.º ou 12.º, nomeadamente quando se referem a factos de terceiros, como se verifica na decisão de arquivamento.

XX. Também não colhe de que por via desta interpretação a AdC transfere para a fase de averiguação o juízo de probabilidade de poder provar a infração, como tal, está a extravasar os seus poderes discricionários e, portanto, a violar a lei.

YY. Até porque a probabilidade de poder provar a infração constitui uma das situações legalmente previstas que podem conduzir ao arquivamento da denúncia – lógica da eficiência organizativa – tenha ou não sido agraciada com prova (indiciária) da denunciante – cf. n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência.

ZZ. A AdC profere uma decisão de arquivamento porquanto concluiu que os elementos de facto e de direito que lhe foram apresentados pela denunciante não têm fundamento relevante e não são merecedores de tratamento prioritário, resulta do exercício das suas atribuições e não está a violar a lei.

AAA. A AdC pode fazer uma priorização do tratamento das questões a seguir e, mais importante, que as questões de que tome conhecimento através de denúncias tenham fundamentação bastante nos elementos de facto e de direito devidamente comprovados (pelo seu autor) e, caso se entenda necessário, por informações diligenciadas no decurso da fase de averiguações, para prosseguir para a abertura de processo de contraordenação.

BBB. É jurisprudência administrativa pacífica que “o erro de manifesta apreciação erro grosseiro ou manifesto é um erro crasso, palmar, ostensivo, que terá necessariamente de reflectir um evidente e grave desajustamento da decisão administrativa perante a situação concreta, em termos de merecer do ordenamento jurídico uma censura particular mesmo em áreas de actuação não vinculadas”. Assim sendo um alegado “erro manifesto de apreciação” num acto administrativo que consubstancie uma violação de lei não se pode sustentar em questões de semântica e de redação do argumentário da AdC.

CCC. Ao afastar-se do essencial da avaliação da AdC na decisão de arquivamento (decisão de mérito e discricionária) em causa, ou seja, a decisão de que a denúncia não tem



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

fundamento relevante e não ser merecedora de tratamento prioritário, ao abrigo do disposto nos n.ºs 4 e 6 do artigo 8.º da Lei da Concorrência (que remetem para os critérios do n.º 2 do artigo 7.º) o tribunal a quo faz uma errada interpretação e aplicação dos normativos em causa e viola a lei substantiva.

DDD. Igualmente ao emitir um juízo quanto à oportunidade e bondade da decisão da AdC sem cuidar de perceber o que a AdC intuiu e anteviu, ou seja, que a denúncia mais não era de que a utilização da AdC e dos seus meios, bem como dos recursos do Estado para pressionar aqueles contra quem apresentava a denúncia e, portanto, iria acabar sempre em arquivamento.

EEE. A AdC entendeu, no exercício do seu juízo discricionário, após a análise de todos os elementos em seu poder e ainda ouvida a denunciante, que os elementos narrativos desta e a prova minimamente indiciária (que poderá ser “valiosa” para determinar imediatamente buscas, por exemplo) não determinavam a existência de qualquer tipo de prática restritiva da concorrência.

FFF. Obviamente, que os elementos de facto e de direito, bem como os elementos documentais, que o n.º 2 do artigo 7.º prescreve é a mínima e tem de ser fornecida pelo autor da denunciante para que se entenda que se está perante uma denúncia séria. Jamais se exige a prova da infração.

GGG. O controlo jurisdicional que se exerceu in casu foi pleno. E terminou com a ordem à prática de um ato de abertura de processo para se proceder a investigações específicas, extravasando os poderes de controlo dos aspetos vinculados da atuação em violação do artigo 3.º, n.º 2 do artigo 71.º e n.º 5 do artigo 95.º do CPTA

HHH. Ainda que os critérios do n.º 2 do artigo 7.º fossem vinculativos, o que não se concede, conforme se já referiu repetidamente, a AdC só está obrigada a abrir um processo contraordenacional quando se estiver perante potenciais práticas proibidas pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º do citado diploma, que afetem de forma sensível a concorrência no mercado nacional (de forma meramente indiciária mas credível) e que, perante o caso concreto, sejam merecedoras de tratamento prioritário, de acordo com os elementos de facto e de direito resultantes da denúncia.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

III. *Contudo, o Acórdão peca por uma errada interpretação e aplicação da Lei da Concorrência e dos poderes e atribuições da AdC, nomeadamente, quanto aos seus segmentos vinculados e discricionários. E, conseqüentemente, o Acórdão viola a lei substantiva e processual – cf. artigos 7.º e 8.º da Lei da concorrência e artigo 3.º e n.º 2 do artigo 71.º do CPTA.*

JJJ. *O que se discute no presente recurso é a fase prévia de processamento de denúncias, de natureza administrativa e onde a AdC tem um campo discricionário e de valoração técnica própria.*

KKK. *Assim o tribunal a quo ao condenar a AdC a instaurar um processo contraordenacional para averiguação de uma prática concreta está a violar o disposto no n.º 5 do artigo 95.º e no n.º 2 do artigo 71.º, ambos do CPTA e a interpretar incorretamente o disposto no n.º 2 do artigo 7.º e do n.ºs 1 e 4 do artigo 8.º da Lei da Concorrência.*

LLL. *Com efeito, a emissão do ato pretendido envolve a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, que só à AdC cabe analisar, porquanto uma correta interpretação e aplicação dos artigos mencionados apenas permite ao tribunal a quo explicitar as vinculações a observar pela AdC na emissão de um qualquer ato devido (que neste caso, seria ordenar a fundamentação da decisão de arquivamento da denúncia) com base nos critérios do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência devolvendo à AdC a decisão anulada.*

MMM. *Acresce que da correta interpretação e aplicação do n.º 5 do artigo 95.º se retira que ainda que o ato legalmente devido fosse a abertura de processo contraordenacional por ser a única solução legalmente possível, nunca o tribunal a quo poderia determinar o conteúdo de tal ato (para averiguação de prática de abuso de posição dominante decorrente de vendas subordinadas).*

NNN. *Além disso, e conforme referido supra a determinação da infração às normas da concorrência a investigar cabe somente à AdC, pois está-se perante valorações técnicas próprias e discricionárias, nomeadamente, quando estão em causa conceitos indeterminados, que só esta entidade administrativa pode determinar, integrar e desenvolver – in casu, abuso de posição dominante.*



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

OOO. *Por último, o tribunal a quo, ao rejeitar liminarmente, sem qualquer justificação, a aplicação do n.º 5 do artigo 163.º do CPA, incorreu na sua errada interpretação e aplicação.*

PPP. *A AdC também pode sustentar, ainda, a sua decisão no facto de a denúncia não ser merecedora de tratamento prioritário com base no n.º 4 do artigo 8.º da Lei da Concorrência, evidenciando, mais uma vez, que o ato praticado seria o mesmo ainda que se considere que o ato seria anulável por a decisão não ter sido concretizada no n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência.*

QQQ. *Considera-se que existe uma errada interpretação e aplicação do n.º 5 do artigo 95.º e do n.º 2 do artigo 71.º do CPTA devendo a interpretação do Acórdão do Tribunal a quo ser anulada, ou, se assim o entender, ser alterada, condenando-se a AdC a realizar as vinculações que está adstrita, ou seja, retroagir ao momento em que a decisão é fundamentada e sustenta-la concretamente nos pressupostos do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência; ou no limite, condenar a AdC a reapreciar a denúncia.*

RRR. *Ainda que assim não se entenda, importa notar que o ato administrativo de não dar seguimento à denúncia, sempre seria válido à luz do princípio do aproveitamento dos atos administrativos na aceção da alínea c) do n.º 5 do artigo 63.º do CPA, uma vez que mesmo que a AdC a sustentasse a sua decisão concretamente nos pressupostos do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência o conteúdo do ato administrativo seria o mesmo (não dar seguimento à denúncia) pois não era merecedora de tratamento prioritário conforme n.º 1 do artigo 7.º e n.º 4 do artigo 8.º da Lei da Concorrência.*

SSS. *A correta interpretação e aplicação do n.º 5 do artigo 95.º do CPTA não permitia que a condenação da AdC à prática de um ato tivesse a extensão determinada pelo Tribunal a quo, ou seja, a condenação da AdC a instaurar um processo de contraordenação para averiguação da eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias.*

TTT. *O Tribunal a quo apenas poderia explicitar os elementos vinculados a observar pela AdC na emissão de um qualquer ato devido, in casu, na sequência de anular a decisão, condenar a AdC a explicitar melhor a fundamentação da decisão de arquivamento da*



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

denúncia com base no n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência e não necessariamente na abertura de um processo contraordenacional.

UUU. O TRL, não pode decidir quanto à questão da bondade, do mérito, da conveniência e da oportunidade da atuação da AdC, em particular no âmbito da rejeição de denúncias que envolvem juízos de avaliação técnica jusconcorrencial para aferir da existência (ou não) de indícios de práticas restritivas da concorrência, estando esta atribuição funcionalmente restringida a esta entidade, na e para a prossecução do interesse público, nos termos do n.ºs 1 e 3 do artigo 3.º, n.º 2 do artigo 71.º, e do n.º 2 do artigo 95.º todos do CPTA, que densificam os artigos 2.º, 111.º, n.º 2 do 202.º, 203.º e n.º 2 do 266.º todos da CRP.

VVV. O Tribunal a quo ultrapassou os limites da decisão tal como previstos no n.º 5 do artigo 95.º e, por maioria de razão, do artigo 3.º e n.º 2 do artigo 71.º, ambos do CPTA.

WWW. A existência de um poder-dever da AdC não determina uma interpretação desconforme com o princípio da legalidade nem com os preceitos constitucionais consagrados no n.º 1 do artigo 20.º da CRP, da tutela jurisdicional efetiva – e como tal devem ser convocadas as regras de interpretação consagradas no artigo 9.º do Código Civil – porque afigura-se estar perante o princípio da legalidade na vertente negativo ou a contrario sensu. Não há omissão de um dever legal de abertura de inquérito nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 19/2012.

XXX. O TRL decidiu quanto à questão da bondade, conveniência e oportunidade da atuação da AdC, tarefa que está funcionalmente restringida, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º de CPTA e do n.º 2 do artigo 71.º do CPTA. Por outro lado, a Decisão de arquivamento de 2015 foi adotada ao abrigo dos poderes discricionários e ainda do princípio da oportunidade de atuação da AdC, o que impacta naturalmente nos poderes de sindicância do Tribunal, nos termos dos artigos 3.º e 71.º do CPTA.

YYY. Os poderes de cognição do tribunal no julgamento das ações administrativas (obrigação da prática de atos administrativos), estão orientados para o julgamento da legalidade dos atos/omissões da Administração e o TRL (tal como anteriormente o TCRS) está sujeito à regra do artigo 3.º do CPTA, e a posição da AdC está conforme aos requisitos



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

da Lei n.º 19/2012, encontrando-se a decisão devidamente fundamentada e assinada pelo órgão competente. Logo, é uma atuação manifestamente legal.

ZZZ. Foi, pois, efetivamente, dentro de um círculo de medidas possíveis (a abertura ou a não de inquérito) que a AdC adotou a posição, fazendo uso da margem de discricionariedade que se lhe encontra legalmente atribuída e que é a única solução compatível com o objetivo de prossecução do interesse público, como resulta da Lei da Concorrência.

AAAA. É inequívoco que a decisão da AdC é a única capaz de dar cumprimento ao visado pelos artigos 7.º e 8.º da Lei n.º 19/2012, razão pela qual foi a mesma adotada pela AdC, em estrito cumprimento do princípio da imparcialidade, justiça e da legalidade.

BBBB. O que quer dizer que, na presente revista, como recurso de reexame que é, vem-se pedir ao STJ que reexamine as questões apreciadas no TRL, que se pronuncie sobre o regime jurídico adequado e que decida se este Tribunal interpretou e aplicou correctamente a lei substantiva ou processual, confirmando ou revogando o decidido.

CCCC. A intervenção do Venerando Tribunal que a AdC requer na presente Revista não resulta da mera discordância com a decisão do tribunal a quo mas antes da necessidade de se estabelecerem/definirem os limites que se encerram nas normas dos artigos 7.º e 8.º da Lei da Concorrência para o exercício cabal e eficaz das suas atribuições.

DDDD. Ou seja, delimitação dos aspectos vinculados e discricionários do n.º 2 do artigo 7.º em articulação com o n.º 4 e n.º 8 da Lei da Concorrência tal como conformados pelo legislador de acordo com os princípios da oportunidade e da legalidade que norteiam a atividade da AdC racionalizando a sua intervenção “em reflexo da experiência e balanço da atividade desenvolvida no domínio da promoção e defesa da concorrência”, nos termos da motivação do Decreto-Lei que a provou os Estatutos, dos próprios Estatutos e, finalmente, da Lei da Concorrência.

NESTES TERMOS e nos melhores de direito que V. Exas doutamente suprirão, deve o presente recurso ser admitido e julgado procedente, revogando-se o Acórdão do TRL e substituindo por outro nos termos legais e, devendo, em consequência, não se condenar a AdC à prática de um ato que ordene a abertura de inquérito, principalmente, para se



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

*instaurar um processo de contraordenação para averiguação da eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias, por clara violação do artigo 3.º, n.º 1 do artigo 71.º e n.º 5 do artigo 95.º, todos, do CPTA e absolvendo-se a AdC do pedido só assim sendo feita JUSTIÇA!
(...)”.*

1.6 - Nos termos do artigo 146º, nº 1, do Código de Processo dos Tribunais Administrativos foram os autos com vista ao Ministério Público, que se pronunciou nos termos seguintes:

“(…)”

1 – Questão prévia – Da admissibilidade do presente recurso.

1.1. Defende a recorrente a admissibilidade do presente recurso para este Venerando Tribunal, nos termos do art. 8º, nº 4 e 92º da Lei nº 19/2012, de 08/05, que aprova o novo regime jurídico da concorrência.

1.2. Do diploma suprarreferido consta, sob a epígrafe “Capítulo IX, Recursos judiciais, Secção I, Processos Contraordenacionais”, o art. 89º, nº 1, que diz que das sentenças e despachos do Tribunal da Concorrência cabe recurso para o tribunal da relação competente, que decide em última instância.

No mesmo capítulo, mas na Sec. II, “procedimentos administrativos”, o art. 93º, nº 3, determina que da decisão do tribunal da relação competente cabe recurso, limitado à matéria de direito, para o S.T.J.

1.3. Os presentes autos encontram-se ainda na fase administrativa, foi autuado, distribuído e processado como Acção Administrativa Especial.

O recurso ora sub judice é delimitado a questão de direito, relativa à decisão administrativa – não abertura de inquérito – pela Autoridade da Concorrência, revogada pelo Tribunal da Concorrência, 1º Juízo, cuja decisão de determinar a abertura de inquérito foi sufragada pelo tribunal da relação ora recorrido.

1.4. É, pois, admissível o recurso interposto pela Autoridade da Concorrência para este Venerando Tribunal.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

2 – Do mérito do recurso.

Ainda que intempestivamente, o MP já se pronunciou, em parecer constante de fls. 721 e segs., sobre o mérito do recurso, que não merece provimento.

Porque a posição do MP foi subscrita por nós, com a devida vénia passamos a transcrevê-la, porque, em nosso parecer, mantém a sua actualidade.

“(…) 6.2 - Em causa, está o alcance e a melhor interpretação do disposto nos arts. 7.º e 8.º, da Lei 19/2002, de 8/5, que aprovou o novo regime jurídico da concorrência.

O art. 7.º subordina o princípio da legalidade, um dos princípios estruturantes do processo penal e contra-ordenacional, ao princípio da oportunidade, as estabelecer que:

“Art. 7.º

Prioridades no exercício da sua missão”

1 – No desempenho das suas atribuições legais, a Autoridade da Concorrência é orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência, podendo, com base nesse critério, atribuir graus de prioridade diferente no tratamento das questões que é chamada a analisar.”

Porém, este princípio de oportunidade, concretizado no poder de atribuição de graus de prioridade no tratamento das questões que é chamada a analisar a Autoridade da Concorrência não é arbitrária mas, sim, tem de ser orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência.

Por isso que determina o art. 8.º que o processamento das denúncias seja sujeito às seguintes regras:

“Art. 8.º

Processamento de denúncias

1 – A Autoridade da Concorrência procede ao registo de todas as denúncias que lhe forem transmitidas, procedendo à abertura de processos de contraordenação ou de supervisão se os elementos referidos na denúncia assim o determinarem, nos termos do artigo anterior.

2 – Sempre que a Autoridade da Concorrência considere, com base nas informações de que dispõe, que não existem fundamentos bastantes para lhe dar seguimento



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

nos termos do artigo anterior, deve informar o autor da denúncia das respectivas razões e estabelecer um prazo, não inferior a 10 dias úteis, para que este apresente, por escrito, as suas observações.

3 – A Autoridade da Concorrência não é obrigada a tomar em consideração quaisquer outras observações escritas recebidas após o termo do prazo referido no número anterior.

4 – Se o autor da denúncia apresentar as suas observações dentro do prazo estabelecido pela Autoridade da Concorrência, e estas não condizirem a uma alteração da apreciação da mesma, a Autoridade da Concorrência declara a denúncia sem fundamento relevante ou não merecedora de tratamento prioritário, mediante decisão expressa, da qual cabe recurso para o Tribunal da Concorrência,, Regulamentação e Supervisão.

5 – Se o autor da denúncia não apresentar as suas observações dentro do prazo fixado pela Autoridade da Concorrência, a denúncia é arquivada.

6 – A Autoridade da Concorrência procede ao arquivamento das denúncias que não dão origem a processo.”.

Descrevendo, nos arts. 9º a 12º, inclusivé, as diversas práticas restritivas de concorrência.

6.2.1 - A decisão recorrida procedeu a um excurso claro e proeficiente sobre a interpretação dos normativos que cabe à Autoridade da Concorrência aplicar e a que está vinculada pelo princípio da juridicidade, que vincula toda actividade administrativa, “quer no sentido da precedência da lei quer no sentido da discricionariedade condicionada” fls. 406).

Debruçando-se concretamente sobre a obrigação da ADC instaurar, no caso, processo de contraordenação por indícios de abuso de posse dominante por vendas subordinadas, permitimo-nos, revisitar a decisão recorrida, dela se citando o seguinte passo:

“(…) a decisão de não instauração do processo de contraordenação em critérios diversos daqueles que estão previstos no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC, que não incluem e inclusive se deve entender que excluem a insuficiência de prova por parte da denunciante dos factos por si alegados e juízos de mera indiciação quanto à não verificação da infracção.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

Dir-se-á, mas é bem disso que se trata. É na verdade um problema de narrativa, porque os factos que a A. alega, a propósito da posição dominante, não são suficientes para se concluir pela existência de poder de mercado. Este argumento não é válido, pois admite-se que a narrativa possa, por si só, excluir a verificação do elemento relativo à posição dominante, ao conter factos que afastam este elemento. Contudo, quando isso não sucede, a mera insuficiência, na narrativa, dos elementos indiciadores de poder mercado não é bastante para sustentar a decisão da Adc com base no critério dos elementos de facto e de direito apresentados, porque esses elementos são indícios de demonstração do poder de mercado, ou seja, é uma questão de prova.

E não se diga que isto é incomportável e desproporcional, porquanto obrigaria a Adc, perante qualquer denúncia que lá colocasse as palavras “posição dominante” inclusive de forma leviana, a empreender um enorme esforço de investigação, nomeadamente para efeitos de delimitação dos mercados relevantes, só para tomar a decisão de instaurar ou não o processo de contraordenação. Este argumento não é procedente, na medida em que não basta a alegação da posição dominante, é necessário também que a narrativa inclua o abuso. Para além disso, a Adc pode-se socorrer do critério relativo à extensão dos meios de investigação necessários. O que, note-se, não se verifica no caso concreto, pois a decisão não faz qualquer referência aos meios de prova que seria necessário levar a cabo para demonstrar a prática em questão.

Esclarecidas estas premissas, considera-se que a narrativa da A. Não excluía a possibilidade das contrainteressadas deterem poder de mercado, pelo que não era um problema de narrativa.

Nesta medida, considera-se que os argumentos invocados pela Adc e pela OCP improcedem nesta parte, considerando-se excluídos e afastados por via das asserções precedentes, e conclui-se que a decisão da Adc incorre num vício de violação da lei, por ter sustentado a decisão num critério que, nos termos da lei, não podia ter utilizado. Recorde-se que, conforme se conclui, a Adc está vinculada aos critérios previstos no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC, e ao sustentar a decisão na insuficiência de prova carreada pela denunciante e num juízo de mera indiciação quanto à não verificação da infracção extravasou essa vinculação e, nessa medida, violou esta norma legal, ex vi 8.º, n.ºs 1 e 2, do NRJC.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

Caso se considere que a Adc podia formular meros juízos de indicição, ao abrigo do critério da probabilidade de demonstrar a existência da infracção, conclui-se em termos similares, designadamente por violação da lei, especificamente deste critério, na medida em que não dispõe de elementos que lhe permitam afastar a probabilidade de demonstrar a existência da infracção, conclui-se em termos similares, designadamente por violação da lei, especificamente deste critério, na medida em que não dispõe de elementos que lhe permitam afastar a probabilidade de demonstração da infracção pelas seguintes razões: não efetuou qualquer delimitação dos mercados relevantes, que lhe permitissem afastar a existência de posição dominante; incorre em erro, conforme referido, ao concluir que aparentemente os medicamentos podiam ser vendidos em separado; e o facto da denunciante não ter apresentado prova não significa que a sua narrativa não seja verdadeira, pois dispõe dos mesmos meios que a Adc tem ao seu dispor para a recolha de prova.”

6.2.2 - O n.º 2, do art. 7.º da Lei da Concorrência, supra identificada, densifica o princípio de oportunidade vinculado atribuído à Autoridade da Concorrência pelo n.º 1 do preceito. Com efeito, o citado n.º 2, do art. 7.º, “obriga a ADC a exercer seus poderes sancionatórios sempre que se imponham razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência, tendo em conta nomeadamente as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito que lhe forem apresentados, bem como a gravidade da eventual infracção.

E o preceito não desobriga a ADC de proceder a diligências de investigação necessárias para desempenhar nas melhores condições a missão de vigilâncias das práticas restritivas da concorrência, previstas nos arts. 9.º, 11.º e 12.º da lei em causa e art. 101.º e 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

6.2.3 - *A denúncia não é descabida e não carece de absoluta falta de fundamentação. Apresenta elementos indiciários que competia à ADC aprofundar e complementar, tendo em vista o exercício rigoroso e correcto das suas funções, de impedir a violação de normas de defesa da concorrência.*

Para, em última instância e com o necessário rigor na prossecução do interesse público, exercer ou não o poder sancionatório, haveria – haverá-que instaurar o respectivo processo de contraordenação.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

7 - Pelo exposto, não merece censura a decisão recorrida, que deverá manter-se no seus precisos termos, assim improcedendo os recursos ora sub judice.

Porém, V. Ex^{as}, como sempre, melhor decidirão, fazendo Justiça.”.

3 - A recorrente não tem razão, não merece provimento o seu recurso, devendo confirmar-se a decisão recorrida nos seus precisos termos.

Porém, como sempre, Vossas Excelências farão Justiça!

(...)”.

1.7 - Cumprido o disposto no art.º 146.º, n.º 2 do CPTA, veio responder a AdC, reafirmando a posição já sustentada nos autos.

1.8 - A fls. 982 e ss dos autos foi proferido despacho que, com relevância para a questão aqui em apreço diz o seguinte:

“(…)”

09 - Considera a recorrente que a Lei da Concorrência consagra a existência de um triplo grau de jurisdição por força do disposto nos seus n.ºs 1 e 3 do artigo 93.º, não sendo por isso de exigir requisitos adicionais de admissão do recurso de revista, designadamente o do n.º 1 do art.º 150.º da LPTA.

Entendimento idêntico é sustentado pela Ex.ma Procuradora-Geral Adjunta.

Há todavia que ter em conta que sobre esta questão se formou caso julgado formal ao não se admitir recurso per saltum para o Supremo Tribunal de Justiça por se considerar que o regime especial previsto nos artigos 91.º a 93.º é apenas aplicável aos procedimentos relativos ao exercício de poderes de supervisão, designadamente os respeitantes às operações de concentração de empresas (v. despacho de 14 de fevereiro de 2018, fls. 733 e 734), facto que determinou a remessa do processo para o TRL para aí se conhecer do recurso interposto da decisão do Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão.

Assim sendo o presente recurso tem necessariamente que seguir os trâmites previstos no art.º 140.º e ss do CPTA e nomeadamente nos artigos 150.º e 151.º do mesmo



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

diploma, sendo exigível uma apreciação preliminar sobre a verificação dos pressupostos do recurso de revista (art.º 150.º, n.ºs 1 e 5 do CPTA).

10 - Impõe-se por isso o recurso ao disposto no artigo 672.º, números 1, a 3, do Código de Processo Civil, “A decisão quanto à verificação dos pressupostos referidos no n.º 1 compete ao Supremo Tribunal de Justiça, devendo ser objecto de apreciação preliminar sumária, a cargo de uma formação constituída por três juízes escolhidos anualmente pelo presidente de entre os mais antigos das secções cíveis.”

11 - Assim sendo, remeta os presentes autos à formação constituída por três juízes conselheiros das secções cíveis, nos termos e para os efeitos de apreciação preliminar sumária do recurso de revista excepcional interposto por Empifarma – Produtos Farmacêuticos, S.A., de acordo com o disposto no artigo 672.º, do Código de Processo Civil. (...).”

1.9 - Por acórdão de 30 de maio de 2019 foi decidido admitir o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, respeitante à interpretação dos artigos 7.º e 8.º da Lei da Concorrência, por entre outras razões se considerar que “...em face do novo enquadramento jurídico que introduziu o princípio da oportunidade mitigada, continua a merecer uma intervenção deste Supremo Tribunal de Justiça, considerando a novidade e o efeito expansivo que pode ser creditado à sua jurisprudência”.

II - Fundamentação

Colhidos os vistos foram os autos à conferência, cumprindo apreciar e decidir.

2.1 - Os factos

2.1.1 - Factos provados:

1) A A., por carta datada de 22.12.2014, dirigida à Bristol, cuja cópia consta a fls. 72 e 73, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu conteúdo, exarou, entre o mais, o seguinte: “solicitamos a imediata abertura de ficha de cliente,



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

para colocação de Notas de Encomenda, e sugerimos a V/Exas. a ponderação, nas V/previsões de vendas, das necessidades de stock mensais da EMPIFARMA, conforme encomenda a fornecedor em anexo)”.

2) Por carta data de 02.02.2015, cuja cópia consta a fls. 75, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, a Bristol respondeu à A., consignando, entre o mais, o seguinte: “A BMS recorre atualmente a uma rede de distribuidores por grosso que cobrem todo o território nacional e que tem procurado garantir a contínua disponibilidade dos seus medicamentos e a satisfação das necessidades dos doentes. Enquanto essa situação se mantiver a BMS considera que a aceitação de encomendas por parte de novos distribuidores pode perturbar o normal funcionamento da dita rede, comportando um risco de perturbação do abastecimento regular dos seus medicamentos. Pelas razões apontadas a BMS lamenta ter de declinar o V. Pedido de aceitação como cliente.”

3) A A., por carta datada de 22.12.2014, dirigida à Merck Sharp & Dhome, cuja cópia consta a fls. 77 e 78, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu conteúdo, exarou, entre o mais, o seguinte: “solicitamos a imediata abertura de ficha de cliente, para colocação de Notas de Encomenda, e sugerimos a V/Exas. a ponderação, nas V/previsões de vendas, das necessidades de stock mensais da EMPIFARMA, conforme encomenda a fornecedor em anexo)”.

4) Por carta datada de 30.12.2014, cuja cópia consta a fls. 83, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu conteúdo, a Merck exarou, entre o mais, o seguinte: “Agradecemos o Vosso contacto reiterado e a manifestação de interesse em iniciar as actividades de comercialização com a nossa Companhia. No entanto, nada entendemos acrescentar aos Vosso reptos, pedidos insistentes e pressão suportada na Vossa interpretação da regulamentação em vigor. A informação remetida permanece inalterada, já que o nosso sistema de distribuição está adequado à quantidade de produção recebida das nossas unidades de fabrico, tendo a nossa Companhia o sistema organizado de distribuição para as necessidades de que o Mercado demonstra”.

5) A A. dirigiu à Lilly um pedido de fornecimento de medicamentos.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

6) Por carta datada de 06.03.2015, cuja cópia consta a fls. 88, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu conteúdo, a Lilly exarou, entre o mais, o seguinte: “A Lilly ... lamenta informar que nas suas atuais circunstâncias não lhe é possível satisfazer o pedido de ter a Empifarma como sua cliente. A Lilly tem vindo a recorrer a um número suficiente de grossistas que, no seu conjunto cobrem satisfatoriamente todo o território nacional. É através desta rede de grossistas que a Lilly procura assegurar, de forma contínua, a disponibilidade dos seus produtos por forma a garantir a satisfação das necessidades dos doentes. A aceitação de encomendas por parte de novos grossistas comporta riscos em termos de consistência da rede de distribuição e de abastecimento regular dos produtos da Lilly, que, do nosso ponto de vista, se justifica prevenir”.

7) No dia 17.04.2015, a A. apresentou uma denúncia escrita à AdC, cuja cópia consta a fls. 51 a 64 e cujo teor, face à sua extensão, se dá aqui por integralmente reproduzido, na qual solicitava a intervenção urgente da Autoridade da Concorrência: “i) identificar as barreiras e os constrangimentos de natureza convencional existentes na cadeia de distribuição por grosso de medicamentos; ii) providenciar medidas destinadas a promover a eliminação das restrições e distorções da concorrência que se revelem injustificadas; iii) intervir junto dos Titulares de AIM e dos distribuidores por grosso de medicamentos, obrigando ao cumprimento da legislação em vigor em matéria de concorrência”.

8) No dia 16 de novembro de 2016, a AdC proferiu a decisão, cuja cópia consta a fls. 27 a 41 e cujo teor, face à sua extensão, se dá aqui por integralmente reproduzido, na qual concluiu nos seguintes termos: “Em face da conclusão de não existência de fundamentos bastantes para motivar o seguimento da denúncia no âmbito de um procedimento sancionatório na AdC, oportunamente notificada à denunciante, e perante uma pronúncia desta que não conduziu à alteração da apreciação da Autoridade, arquiva-se a DA/2016/2, declarando-a sem fundamento relevante e não merecedora de tratamento prioritário, de acordo com o disposto nos n.º 4 e n.º 6 do artigo 8.º da Lei da Concorrência”.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

9) **A A. compra os medicamentos que lhe foram recusados pela Merck, Bristol e Lilly a outros distribuidores. (...)**”.

2.1.2 - Para melhor enquadramento da matéria em apreço e dada a referência feita na matéria de facto (pontos 8) à decisão da AdC, que aí se dá por reproduzida, transcrevemos essa decisão, com omissão das notas de rodapé:

“(..)

FACTOS

DENÚNCIA

1. A Autoridade da Concorrência (AdC) recebeu, em 20 de abril de 2015, uma comunicação da Empifarma - Produtos Farmacêuticos, S.A., (Empifarma), empresa distribuidora de medicamentos, relativa a uma suposta violação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência), e dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), no âmbito da distribuição grossista de medicamentos.
2. Conforme expõe, estão em causa alegadas recusas de fornecimento de um conjunto de medicamentos por parte da Bristol-Myers Squibb Farmacêutica Portuguesa, S.A. (Bristol-Myers Squibb), da Lilly Portugal - Produtos Farmacêuticos, Lda. (Lily) e da Merk Sharp & Dohme, Lda. (MSD), empresas detentoras das respetivas autorizações de introdução no mercado (AIM).
3. A Bristol-Myers Squibb fundou a recusa no facto de recorrer *"a uma rede de distribuidores por grosso que cobrem todo o território nacional e que tem procurado garantir a continuo disponibilidade dos seus medicamentos e a satisfação das necessidades dos doentes [, pelo que] a aceitação de encomendas por parte de novos distribuidores pode perturbar o normal funcionamento da dita rede, comportando um risco de perturbação do abastecimento regular dos seus medicamentos"*.
4. Na base da recusa de fornecimento por parte da Lilly esteve o facto de, conforme informou, *"recorrer a um número suficiente de grossistas que, no seu conjunto, cobrem satisfatoriamente todo o território nacional, sendo através destes que a farmacêutica "procura assegurar, de forma contínua, a disponibilidade dos seus produtos por forma a garantir a satisfação dos necessidades dos doentes" e que a "aceitação de encomendas por parte de novos grossistas comporta riscos em termos de consistência da rede de distribuição e de abastecimento regular dos produtos da Lilly, que, do [seu] ponto de vista, se justifica prevenir"*.
5. Já a MSO informou deter um sistema de distribuição *"adequado à quantidade de produção recebida das unidades de fabrico [..] e às necessidades que o Mercado demonstra"*.
6. Para além das recusas de fornecimento reportadas, a denunciante, com base em diversa informação por si recolhida (que identifica como relatórios de "entidades independentes") e da sua própria análise de *"evidências*



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

do funcionamento da cadeia de distribuição" de medicamentos, aponta a existência de alegadas práticas restritivas (que qualifica como "*concertadas*") com efeitos sensíveis na concorrência e com prejuízo do consumidor final, como sejam:

- Concentração de mais de 50% do volume da distribuição grossista de medicamentos em dois operadores;
- Restrição à entrada de novos operadores, por recusa de fornecimento dos titulares de AIM;
- Abuso de posição dominante dos titulares de AIM;
- Abuso de posição dominante dos distribuidores grossistas, e
- Abuso de dependência económica do comércio a retalho de medicamentos pelos distribuidores grossistas concertados.

7. Segundo a denunciante, o Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto (Estatuto do Medicamento), com as alterações subsequentes, determina a obrigatoriedade de fornecimento e dispensa de medicamentos para os fabricantes, importadores, distribuidores por grosso, farmácias de oficina, serviços farmacêuticos hospitalares e locais autorizados a vender medicamentos não sujeitos a receita médica, devendo ainda observar-se o princípio da continuidade do serviço à comunidade.

8. Também refere que, relativamente a este princípio e à forma de garantir o seu cumprimento, foram definidas pelo INFARMED as quantidades mínimas de medicamentos que, conjuntamente com os titulares de AIM, devem ser mantidas permanentemente pelos distribuidores que operam no território nacional.

9. Contudo, observa faltas de medicamentos em farmácias, situação que considera prioritariamente do foro de atuação do INFARMED, mas que também constituirá, a seu ver, matéria do âmbito da defesa da concorrência.

10. Nessa medida, alude à estrutura do mercado da distribuição grossista, destacando a entrada no mercado nacional dos grandes grupos europeus e mundiais, como sejam a Alliance Healthcare, S.A., (Alliance Healthcare) - subsidiária da Alliance Unichem -, e a OCP - Produtos Farmacêuticos, S.A. (OCP) - integrante do maior grupo europeu de distribuição farmacêutica, a Celesio, AG -, estimando que ambas representem, em conjunto, mais de 50% do mercado nacional.

11. Salaria que as relações sociais das empresas em causa redundam no domínio do mercado nacional e na facilidade de acesso a mercados de exportação - a principal causa do "*desabastecimento*" [sic] das farmácias nacionais.

12. A esta realidade acrescerá, no entender da denunciante, o facto de os titulares de AIM acima identificados recusarem o fornecimento de medicamentos com o "*objectivo de limitar a distribuição e repartir os mercados e as fontes de abastecimento por meio de vantagens competitivas atribuídas a determinados operadores, subordinad[a] a regras de distribuição alheias às necessidades do mercado relevante*".

13. Refere que a questão das exportações, com prejuízo do abastecimento das farmácias nacionais, impeliu o INFARMED a criar um sistema de monitorização e notificação prévia da intenção de exportação por parte dos



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

distribuidores por grosso. Todavia, considera o sistema inadequado, visto inexistir um quadro sancionatório específico e uma supervisão efetiva.

14. Observa que, no quadro do "desabastecimento" do mercado nacional, associado à exclusão de novos operadores na cadeia de distribuição, são detetáveis, enquanto abuso de posição dominante, "*práticas ilícitas de obrigatoriedade de concentração de volume de compras de cada farmácia no distribuidor, mediante contrapartida de acesso a medicamentos cuja distribuição é insuficiente*".

15. Ou seja, "*os medicamentos, cujo fornecimento tem sido recusado aos distribuidores não integrados nos acordos verticais, são utilizados, de forma abusiva, como contrapartida comercial de fidelização de encomendas, subordinando a compra e venda de certos medicamentos pelas farmácias ao cumprimento de exigências restritivas e limitadoras da liberdade contratual, nomeadamente, a exclusividade de fornecimento*".

16. Refere também, com base em consultas que efetuou ao sítio do INFARMED na *Internet*, (as quais resultaram na conclusão, em qualquer data ou horário, de inexistência de qualquer medicamento em falha nas cerca de 2700 farmácias nacionais) que existem proibições implícitas no reporte de falhas de medicamentos, como contrapartidas de um eventual fornecimento de medicamentos, o que denotará, no seu entendimento, um abuso de posição dominante.

17. Finalmente, considera que o elevado grau de Integração vertical (a que também se refere como "*restrição vertical*") entre titulares de AIM e determinados distribuidores limita o funcionamento do mercado, suscitando assim a necessidade de adoção de medidas que promovam a concorrência, tais como a proibição de acordos de exclusividade restritivos do acesso dos (demais) distribuidores aos medicamentos que, tal como a própria, "*sejam aptos a constituir uma alternativa comercial viável e generalizada para as farmácias do mercado nacional*".

18. Destarte, entende que as situações descritas têm enquadramento na previsão de todas as alíneas do artigo 9.º da Lei da Concorrência, não sendo passíveis de justificação (artigo 10º da mesma Lei), pelo que requer intervenção da AdC no sentido de (i) identificar as barreiras e os constrangimentos de natureza convencional existentes na distribuição por grosso de medicamentos; (ii) providenciar medidas destinadas a promover a eliminação das restrições e distorções da concorrência que se revelem injustificadas e (iii) intervir junto dos titulares de AIM e dos distribuidores por grosso de medicamentos, obrigando ao cumprimento da legislação em vigor em matéria de concorrência.

19. Em sustentação da denúncia a empresa juntou (i) cópia dos pedidos de fornecimento de medicamentos endereçados às empresas titulares de AIM e respetivas respostas e (ii) cópia da comunicação remetida ao INFARMED, na qual refere a situação de recusa de venda de medicamentos por parte das empresas titulares de AIM e solicita a intervenção da Autoridade do Medicamento.

20. Não juntou qualquer outra prova relativa às demais alegações expostas.

DILIGÊNCIAS DE INVESTIGAÇÃO



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

21. Tendo em vista o desenvolvimento da análise, a AdC remeteu à Empifarma um pedido de elementos no qual se solicitava, (I) a identificação dos medicamentos objeto de encomenda já por si distribuídos e a respetiva fonte de abastecimento e (ii) a identificação das empresas envolvidas nas alegadas práticas restritivas reportadas, bem como (iii) a concretização dos factos alegadamente ocorridos e o fornecimento de prova documental relativa aos mesmos, eventualmente existente.

22. Em resposta à solicitação da AdC, a empresa informou não dispor de qualquer outra fonte de abastecimento dos medicamentos comercializados pelas empresas titulares de AIM suprarreferidas, para além da aquisição a outros distribuidores grossistas.

23. Igualmente informou que, no período decorrido entre a solicitação formal de fornecimento e a data de elaboração da resposta à AdC, em virtude das recusas de fornecimento por parte dos titulares de AFM, apenas lhe foi possível atender parcialmente às necessidades das farmácias.

24. E que, neste contexto, decorrente das limitações à sua capacidade de satisfação da totalidade dos pedidos das farmácias, se vê impedida de aumentar a sua quota de mercado.

25. Conforme também reafirmou, as farmácias não terão liberdade de escolha quanto a fornecedores, na medida em que *"estão condicionadas à efetiva disponibilidade de medicamentos para satisfazer as suas necessidades"*.

26. Concluiu, então, que, no âmbito dos alegados acordos verticais restritivos entre os titulares de AIM mencionados e as suas *"redes"* ou *"sistemas organizados"* de distribuidores, estes beneficiam de *"prerrogativas de exclusividade"* no acesso aos medicamentos em causa em prejuízo dos utentes e dos restantes distribuidores, atuais e potenciais.

27. Contudo, informou não possuir informação documental relativa aos referidos acordos, requerendo da AdC, no uso dos seus poderes de investigação, a prossecução de diligências com vista à sua obtenção e à identificação nos mesmos de cláusulas restritivas de fornecimento a outros distribuidores.

28. Já quanto aos demais comportamentos (que qualificou como abusos de posição dominante), a Empifarma voltou a sublinhar a concentração do mercado nos dois principais distribuidores de medicamentos em Portugal - a Alliance Healthcare e a OCP -, os quais, no seu entender, detêm mais de 53% do mercado e têm acesso *"restrito e exclusivo"* a determinados medicamentos sendo *"as principais ou únicas"* empresas beneficiárias dos acordos restritivos de distribuição, permitindo-lhes, dessa forma, aumentar a sua quota de mercado por via da restrição no acesso aos produtos pelos seus concorrentes.

29. Esclareceu, ainda, que a imputação de posição dominante a estas empresas resulta de dados e informações constantes dos respetivos relatórios e contas, cujas cópias entretanto juntou, bem como de informação produzida pela IMS Health Lda. (Portugal).

30. De entre as informações relevantes, realçou as participações da Alliance Boots Group, Ltd. e da Associação Nacional das Farmácias (ANF) na estrutura acionista da Alliance Healthcare e sublinhou a sua



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

importância em termos da prossecução de objetivos de exportação de medicamentos e do acesso privilegiado a um número considerável de farmácias (97% das farmácias portuguesas).

31. Relativamente à OCP, realça o facto de a sua génese residir na concentração de várias empresas com quotas de mercado relevantes e sublinha as participações (diretas e indiretas) na sua estrutura acionista por parte da empresa líder norte americana e da empresa líder europeia nos mercados grossistas de distribuição de medicamentos.

32. Sem prejuízo e conforme esclarece, recentra a denúncia nas recusas expressas pelos titulares de AIM identificados em abastecer os operadores que não integram a sua "rede" ou "sistema organizado de distribuição".

33. Igualmente reafirma a existência de acordos, entre aqueles e os principais distribuidores grossistas de medicamentos, os quais têm por objetivo limitar a distribuição e repartir os mercados e as fontes de abastecimento, por meio de vantagens competitivas atribuídas a determinados operadores, subordinados a regras de distribuição alheias às necessidades do mercado relevante, potenciadoras de exportação entre os diversos Estados-Membros da União Europeia, em detrimento do abastecimento do mercado nacional.

34. Refira-se, por fim, que posteriormente ao envio da resposta ao pedido de esclarecimentos e de elementos da AdC, a Empifarma solicitou o agendamento de reunião, com vista à prestação de esclarecimentos eventualmente necessários, bem como para coordenação com a Autoridade da metodologia de recolha de elementos junto dos operadores do mercado, nomeadamente junto das farmácias, que comprove o efetivo "desabastecimento" de medicamentos em virtude de práticas concertadas entre os titulares de AIM e os distribuidores denunciados.

35. Também Informou dispor de informações relativas a um significativo número de farmácias que manifestaram informalmente a sua intenção de colaborar na denúncia das práticas reportadas, embora não tenha avançado com a identificação de qualquer uma delas.

APRECIACÃO PRELIMINAR

ANÁLISE

36. Analisada a factualidade subjacente à exposição da Empifarma e examinada a documentação remetida pela empresa, por referência ao quadro normativo evocado pela denúncia e potencialmente aplicável, foi possível constatar o que se sintetiza nos parágrafos seguintes.

Recusa de fornecimento e vendas subordinadas

37. Na Orientação sobre as prioridades da Comissão Europeia (CE) na aplicação do artigo 82.s do Tratado CE [atual artigo 102.2 do TFUE] a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, designadamente no que respeita aos casos de recusa de fornecimento, a Comissão esclarece que, em princípio, cada empresa deve ter o direito de escolher os seus parceiros comerciais e recomenda ponderação na eventualidade de imposição de obrigação de fornecimento, uma vez que tal obrigação poderá dissuadir a empresa de investir e de inovar, assim prejudicando os consumidores.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

38. Contudo, observa que, na medida em que uma empresa em posição dominante recuse (ou ameace recusar) o fornecimento de um produto ou serviço, e se tal recusa não for objetivamente justificada, tal prática pode ser considerada abusiva.

39. Tal como realça, em geral ocorrem problemas de concorrência quando as empresas dominantes concorrem com o operador a quem recusam o fornecimento, num mercado a jusante.

40. A recusa de fornecimento pode incidir sobre clientes novos ou já existentes, sendo que a Comissão considera, genericamente, mais gravosos os casos de interrupção de fornecimento do que a recusa de fornecimento de novo.

41. Conforme explicita, a intervenção da Comissão nos casos de recusa de fornecimento deverá ocorrer se se verificarem, cumulativamente, as seguintes condições:

- i) O produto ou serviço recusado é objetivamente necessário para uma concorrência efectiva no mercado a jusante;
- ii) Existe a possibilidade da recusa ter como resultado a eliminação da concorrência efetiva no mercado a jusante; e
- iii) A recusa é suscetível de conduzir a um prejuízo para o consumidor.

42. Relativamente ao primeiro requisito, a Comissão considera que o produto ou serviço é objetivamente necessário (indispensável) quando não existe no mercado um substituto (real ou potencial) que possa ser utilizado para suprimir os efeitos negativos da recusa. Para determinar se um produto é indispensável, a Comissão avalia a existência de fonte alternativa de fornecimento eficiente.

43. Já quanto ao segundo aspeto a ter em consideração, a CE considera que a probabilidade de a concorrência efetiva ser eliminada é tanto maior quanto maior for a quota de mercado da empresa em posição dominante no mercado a jusante.

44. No que respeita à terceira condição, a Comissão considera que poderá existir prejuízo para o consumidor, por exemplo, quando os concorrentes excluídos pela empresa em posição dominante são impedidos de introduzir bens ou serviços inovadores e/ou quando é provável que a inovação subsequente venha a ser travada.

45. Neste quadro, cabe à empresa em posição dominante justificar a necessidade da recusa e demonstrar o eventual impacto negativo da obrigação de fornecimento sobre os seus níveis de inovação.

46. Nota ainda a CE que outros tipos de recusa de fornecimento potencialmente ilícitos são os que consistem em subordinar o fornecimento à aceitação, por parte do comprador, de limites ao seu comportamento - por exemplo, as recusas que têm por finalidade punir os clientes pelo facto de se terem dirigido a concorrentes ou por não aceitarem vendas subordinadas. A recusa de fornecimento também poderá ser instrumental à discriminação abusiva.

47. Nestes casos, os referidos comportamentos de recusa deverão ser examinados por referência aos princípios de análise aplicáveis aos acordos exclusivos, às vendas subordinadas ou agrupadas e à discriminação.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

48. Aplicando esta metodologia ao setor farmacêutico, constata-se que uma empresa farmacêutica, ainda que dominante, não abusa necessariamente dessa sua posição apenas pelo facto de recusar integralmente as encomendas que lhe são enviadas pelos grossistas.

49. Como salientou o Tribunal de Justiça da União Europeia (Tribunal de Justiça), a existência de uma posição dominante não pode privar a empresa em causa do direito de preservar os seus próprios Interesses comerciais, quando estes sejam atacados, e que é necessário reconhecer-lhe, na medida do razoável, a faculdade de praticar os atos que considere apropriados para a protecção dos referidos interesses.

50. Seria, por exemplo, um ónus injustificado sobre uma empresa em posição dominante impor-lhe modelos de distribuição a que os seus concorrentes não se encontram sujeitos, ou impedi-la de racionalizar a sua rede de distribuição da forma que entender, seleccionando os distribuidores que considere mais eficientes.

51. De facto, as legislações dos vários Estados-membros consideram a liberdade de contratar como um elemento essencial da liberdade de comércio.

52. Acresce que a imposição de uma obrigação de fornecimento a uma empresa dominante, mesmo contra remuneração justa, poderá, nos termos acima referidos, desincentivar o investimento e a inovação, podendo assim prejudicar os consumidores.

53. É, pois, neste enquadramento, que se procede à análise da denúncia apresentada pela Empifarma, tomados em consideração os elementos probatórios que sustentam a factualidade em causa.

54. Conforme referido *supra*, a Empifarma é um distribuidor grossista de medicamentos, assim procedendo ao abastecimento, posse, armazenagem ou fornecimento de medicamentos destinados, entre outros, à revenda em farmácias.

55. As denunciadas - a MSD, a Bristol-Myers Squibb e a Lilly - são empresas farmacêuticas titulares de AIM de diversos medicamentos em Portugal.

56. A Empifarma não é, assim, um concorrente direto das empresas farmacêuticas denunciadas, sendo antes um (potencial) distribuidor ou revendedor dos seus produtos, com atividade no mercado a jusante.

57. No prosseguimento da sua atividade de revenda de medicamentos, a Empifarma solicitou o fornecimento de medicamentos às denunciadas, tendo cada uma destas empresas recusado o pedido, alegando, nos casos da Bristol-Myers Squibb e da Lilly, o recurso a uma rede (limitada mas suficiente) de distribuidores, os quais já assegurariam, em todo o território nacional, a disponibilização continua dos seus medicamentos e a satisfação das necessidades dos doentes, e que a aceitação de encomendas por parte de novos distribuidores comportaria um risco de perturbação do regular abastecimento do mercado.

58. No mesmo sentido justificou a MSD, ao informar a Empifarma que o seu sistema de distribuição de medicamentos estava adequado à quantidade produzida e às necessidades do mercado.

59. Ou seja, em resumo, as empresas farmacêuticas invocaram o facto de disporem (cada uma por si) de uma rede estruturada de distribuidores grossistas que assegurariam já o abastecimento satisfatório do território



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

nacional e receavam que da admissão de (um ou mais) novo(s) distribuidor(es) adviessem desequilíbrios no abastecimento ao mercado, uma vez que a produção estava ajustada à respetiva procura.

60. Uma vez que, à data das solicitações da Empifarma para o fornecimento dos medicamentos em causa não existia, entre ela e as respetivas titulares de AIM, um relacionamento comercial, a recusa verificada constituirá uma recusa de fornecimento *de novo*.

61. De acordo com os esclarecimentos prestados pela denunciante, a sua fonte de abastecimento alternativa (para os medicamentos em causa, não tendo a denunciante revelado quais as suas fontes para os demais medicamentos) é formada pelos outros distribuidores grossistas, os quais, por sua vez, integram as respetivas redes de distribuição das empresas titulares de AIM em questão.

62. Neste quadro, e ainda que cada uma das empresas farmacêuticas em causa detenha uma posição dominante ou que, eventualmente, até seja monopolista relativamente a um ou vários mercados relevantes, os seus comportamentos de recusa de fornecimento não se afiguram necessária e inevitavelmente abusivos no caso concreto.

63. E isto porque, desde logo, tais recusas não aparentam recair sobre produtos imprescindíveis para uma concorrência efetiva num mercado a Jusante, uma vez que a Empifarma poderá recorrer- e recorre - a outras fontes de abastecimento, conforme clarificado pela própria.

64. Acresce que, tendo em consideração os elementos que sustentam os factos alegados na denúncia, não se divisa que as recusas de fornecimento em causa possam eliminar (nem que tenham efetivamente eliminado) a concorrência efetiva num mercado a jusante.

65. Finalmente, a propósito de um eventual prejuízo para o consumidor, não decorre que em resultado das recusas de fornecimento seja posta em causa a produção de um bem/serviço melhorado, ou até mesmo novo, na medida em que, uma vez satisfeitas as solicitações dos referidos fornecimentos, a Empifarma limitar-se-ia a revender os medicamentos em questão às farmácias (que já os recebem por outras vias).

66. Chegados a esta conclusão, importa também verificar se as recusas de fornecimento em questão são instrumentais à verificação de outras práticas restritivas da concorrência.

67. Sublinhe-se que a Empifarma alega que sobre as farmácias penderá a *"obrigatoriedade de concentração de volume de compras de cada farmácia no distribuidor, mediante contrapartida de acesso a medicamentos cuja distribuição é insuficiente"*, ou seja, conforme explícita, *"os medicamentos, cujo fornecimento tem sido recusado aos distribuidores não integrados nos acordos verticais, são utilizados, de forma abusiva, como contrapartida comercial de fidelização de encomendas [das farmácias], subordinando a compra e venda de certos medicamentos pelas farmácias ao cumprimento de exigências restritivas e limitadoras da liberdade contratual, nomeadamente, a exclusividade de fornecimento"*.

68. Contudo, com base nos elementos probatórios que sustentam a factualidade reportada, não se consegue minimamente demonstrar, ou mesmo intuir, a verificação de uma qualquer prática restritiva da concorrência materializada na imposição de vendas subordinadas, decorrente de eventual determinação ou



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

exigência por parte das empresas farmacêuticas titulares de AIM em questão, nos termos denunciados pela Empifarma.

69. A este propósito, a alegação da denunciante é inteiramente especulativa (por referência a uma suposta existência de "acordos verticais restritivos" entre aquelas empresas e os distribuidores de medicamentos que integram as suas redes de distribuição), sem elementos de facto ou probatórios que a sustentem.

70. Com efeito, como *a posteriori* veio a confirmar-se, inexistem nas relações entre aqueles agentes económicos contratos com tal teor.

71. A denúncia é também insuficiente no que toca a elementos demonstrativos da atuação, em matéria de vendas subordinadas, dos próprios distribuidores denunciados, que integram as redes de distribuição dos medicamentos em causa.

72. Não se ignora, a este respeito, a disponibilidade manifestada pela denunciante no sentido de, em conjunto com algumas farmácias (não identificadas), fornecer (suposta) prova das práticas reportadas, conforme referido no ponto 34 da presente análise. Sem prejuízo, desconhece-se a razão pela qual, dispondo dessa suposta prova, a Empifarma não a forneceu à AdC quando oportunamente demandada para o efeito, nos termos acima referidos, o que inviabilizou, desde logo, a sustentação da factualidade em causa.

Abastecimento do mercado nacional e exportações

73. Conforme referido *supra*, outra das questões suscitadas na denúncia diz respeito ao "desabastecimento" de medicamentos no mercado nacional, em favor de exportações.

74. Importa referir que as falhas de abastecimento de medicamentos nos mercados nacionais associadas a exportações para outros Estados-Membros tem sido uma questão apreciada no âmbito da análise de comportamentos de recusa de fornecimento que visam impedir o comércio paralelo de medicamentos.

75. Neste contexto, o do Tribunal de Justiça já considerou que, "no caso de o comércio paralelo conduzir efectivamente a uma escassez de medicamentos num determinado mercado nacional, incumbe às autoridades nacionais competentes, e não às empresas detentoras de uma posição dominante, resolver essa situação, através da aplicação de medidas adequadas e proporcionadas, nos termos da legislação nacional e das obrigações decorrentes do artigo 81.º da Directiva 2001/83".

76. No que ao mercado português diz respeito, é de considerar, então, que se trata de matéria da competência do INFARMED, o qual já tem atuado neste domínio, como é, aliás, referido pela denunciante.

77. Não obstante, importa, igualmente, clarificar que o mesmo Tribunal de Justiça já decidiu, à luz do objetivo de garantir que a concorrência não seja falseada no mercado interno, que "não se podem, [...], subtrair à proibição prevista no artigo 82.º CE [atualmente artigo 102.º do TFUE] as práticas de uma empresa em posição dominante destinadas a evitar as exportações paralelas de um Estado-Membro para outros Estados-Membros, práticas que, ao compartimentar os mercados nacionais, neutralizam as vantagens de uma concorrência eficaz em termos de abastecimento e de preços que essas exportações proporcionavam aos consumidores finais nesses outros Estados".



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

78. O Tribunal de Justiça nota, contudo, que, uma empresa farmacêutica em posição dominante deve poder tomar medidas razoáveis e proporcionadas à necessidade de preservar os seus próprios interesses comerciais, incluindo recusar o fornecimento de medicamentos.

79. Quer isto significar que a eventual existência de comércio paralelo de medicamentos, em si mesma, não constitui motivação e sustentação suficientes para a intervenção da AdC, como, no presente caso, parece pretender concluir a Empifarma, tendo de atender-se ao contexto em que o mesmo é desenvolvido e às medidas concretas que as empresas farmacêuticas em posição dominante adotam face ao mesmo.

80. Ora, com base na prova disponível, não detetou a AdC qualquer comportamento nesta matéria suscetível de configurar uma restrição concorrencial por abuso de posição dominante.

81. Pelas razões apresentadas, entendeu se não decorrerem da denúncia da Empifarma fundamentos bastantes para motivar o seu seguimento no âmbito de um procedimento sancionatório na AdC.

SENTIDO PROVÁVEL DE DECISÃO

82. Tomando em consideração o *supra* exposto, considerou-se que os factos referentes aos comportamentos objeto de denúncia e investigados na DA/2016/2 sustentados nos elementos probatórios identificados, não pareciam constituir indícios bastantes de práticas proibidas, em especial, pelo artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência e/ou pelos artigos 101.º e 102.º do TFUE, não existindo fundamento nem se encontrando reunidas as condições para, ao abrigo do n.º 2 do artigo 7.º e do n.º 1 do artigo 8.º da mesma Lei, se proceder à abertura de inquérito contraordenacional no âmbito das práticas em causa

83. Como tal, perspetivou-se o encerramento da DA/2016/2, mediante comunicação prévia desse facto à denunciante, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 8.º da Lei da Concorrência.

COMUNICAÇÃO DA INTENÇÃO DE ARQUIVAMENTO A DENUNCIANTE E RESPETIVA PRONÚNCIA

84. Dada a conclusão da AdC constante dos parágrafos 82 e 83 *supra*, em 30 de maio de 2016, nos termos e para os efeitos dos n.º 1 e n.º 2 do artigo 8.º da Lei da Concorrência, foi notificado à Empifarma, enquanto denunciante, o Sentido Provável de Decisão (Arquivamento) adotado pelo conselho de administração da AdC em relação à DA/2016/2, tendo-lhe sido concedido o prazo de 10 dias úteis para se pronunciar sobre o mesmo.

85. Dentro do prazo concedido pela AdC e, concretamente, em 14 de junho de 2016, a Empifarma pronunciou se acerca da intenção da Autoridade de arquivamento da denúncia.

86. Em síntese, veio alegar que estavam preenchidos os pressupostos do abuso de posição dominante relativos à recusa de fornecimento. Segundo a Empifarma, as recusas incidem sobre produtos necessários para uma concorrência efetiva no mercado a jusante, na medida em que, por um lado, não existem substitutos para os medicamentos em causa e, por outro, as farmácias não têm fontes alternativas de fornecimento quando os distribuidores com acesso efetivo a estes medicamentos os exportam.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

87. Segundo a Empifarma, existe também a possibilidade destas recusas terem como resultado a eliminação da concorrência efetiva, tendo em conta o nível de concentração do mercado grossista e os alegados *"acordos de racionamento do mercado nacional"* entre os laboratórios farmacêuticos e os principais grossistas, que têm por efeito excluir os distribuidores com quotas marginais. Estes, sem acesso aos medicamentos de referência, vêm-se impossibilitados de constituir alternativas viáveis para as farmácias.

88. A Empifarma defende que estas recusas são suscetíveis de prejudicar o consumidor e que cabe aos laboratórios justificá-las, tendo a AdC a obrigação de investigar (mais detalhadamente) as razões pelas quais os laboratórios recusaram o fornecimento.

89. A Empifarma considera também que a AdC não analisou adequadamente as alegadas práticas de vendas subordinadas no que respeita a medicamentos cuja distribuição é insuficiente, pesem embora os indícios apontados sobre a falta de medicamentos nas farmácias e sobre as alegadas proibições ilícitas relativas ao reporte das falhas de medicamentos documentados, segundo a denunciante, nas cópias das Circulares do INFARMED e das notícias de imprensa aportadas pela empresa aos autos.

90. A este respeito, a Empifarma não se conforma com o facto de a AdC considerar especulativa a alegação de que existe um nexo de causalidade entre as restrições de acesso aos medicamentos e as (alegadas) proibições de reporte de falhas impostas às farmácias. Segundo a Empifarma, a AdC deixou, a este respeito, de exercer as suas prerrogativas de investigação, não diligenciando pela recolha de prova.

91. Por último, a Empifarma rejeita a análise e a conclusão da AdC quanto à questão do *"comércio paralelo de medicamentos, em detrimento do abastecimento do mercado interno"*.

DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES

92. Ponderados os argumentos da denunciante expressos na pronúncia apresentada em 14 de junho de 2016, a AdC, em 28 de julho de 2016, dirigiu pedidos de elementos aos laboratórios Bristol Myers Squibb, Lilly e MSD.

93. Em concreto, solicitou-lhes que identificassem a sua rede de distribuidores em Portugal, enviassem cópia dos respetivos contratos de distribuição e descrevessem qual a política de distribuição de medicamentos em ambulatório e quais os critérios para a seleção de distribuidores.

94. A Bristol Myers Squibb identificou os seus distribuidores de medicamentos em ambulatório e enviou cópia dos contratos celebrados com os mesmos. Nestes documentos, a AdC não encontrou qualquer indício das práticas alegadas pela denunciante. Contrariamente ao sugerido pela Empifarma, o laboratório Bristol Myers Squibb não estabelece CONFIDENCIAL com os seus distribuidores.

95. Sobre a sua rede de distribuição (e na linha do que já tinha aduzido em resposta à denunciante quando interpelado por esta), a Bristol Myers Squibb afirma que os seus distribuidores asseguram uma cobertura geográfica adequada ao território nacional e oferecem garantias de estabilidade financeira, permitindo-lhe assegurar o contínuo fornecimento dos seus medicamentos.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

96. A Lilly identificou os distribuidores a quem recorre, afirmando que apenas tem contratos formais com os distribuidores das Regiões Autónomas. Em Portugal Continental, as relações comerciais são suportadas pelas notas de encomenda e reguladas pelos termos e condições gerais de venda da Lilly. A este propósito, enviou à AdC cópia dos contratos e das condições gerais de venda em causa, nos quais a AdC não logrou encontrar qualquer indício das práticas alegadas pela denunciante. Ao contrário do sugerido pela Empifarma, o laboratório Lilly não estabelece CONFIDENCIAL com os seus distribuidores.

97. Quanto à sua rede de distribuição, A Lilly afirmou, em coerência com a informação já comunicada à Empifarma e supra descrita, que os distribuidores com quem tem mantido uma relação antiga dão "*garantias de estabilidade financeira e asseguram níveis de cobertura territorial adequados*". Segundo a Lilly, o alargamento da sua rede de distribuidores além de não ser útil, por já dar "*resposta apropriada à procura das farmácias*", "*representaria uma sobrecarga administrativa para a Lilly e comportaria o risco de comprometer a estabilidade do fornecimento do mercado*".

98. Por sua vez, a MSD identificou os distribuidores com quem trabalha, afirmando que não tem contratos formais com qualquer um deles. As relações comerciais são suportadas pelas notas de encomenda e reguladas pelos termos e condições gerais de venda da MSD, de que o laboratório enviou cópia à AdC e no qual não foi encontrado qualquer indício das práticas alegadas pela denunciante. Contrariamente ao sugerido pela Empifarma, a MSD não estabelece CONFIDENCIAL com os seus distribuidores.

99. Segundo a MSD, os armazenistas/distribuidores com quem trabalha efetuam a gestão independente do abastecimento à rede nacional de farmácias.

100. Quanto à sua política de distribuição e critérios de seleção de distribuidores, a MSD reiterou que a sua política de distribuição tem por objetivo garantir o fornecimento adequado e contínuo do mercado nacional e que a proliferação de distribuidores pode ter um impacto desestabilizadores. A MSD seleciona os seus distribuidores tendo em conta: (i) a cobertura geográfica de cada distribuidor e aquela resultante do seu conjunto de distribuidores; e (ii) a regularidade/estabilidade da respetiva situação financeira.

APRECIÇÃO FINAL

101. Analisada a exposição da Empifarma, a pronúncia da empresa em resposta ao sentido provável de decisão (de arquivamento) que lhe foi comunicado e examinada a documentação remetida pela denunciante, bem como aquela com origem nos laboratórios farmacêuticos supra referidos, por referência ao quadro normativo evocado pela denúncia e potencialmente aplicável, foi possível constatar o que se sintetiza nos parágrafos seguintes, em acréscimo à apreciação preliminar desenvolvida *supra*.

Alegada recusa de venda enquanto abuso de posição dominante

102. De acordo com a jurisprudência europeia já citada (cf. parágrafos 41 e ss., supra), a recusa por parte de uma empresa com posição dominante num determinado mercado em fornecer um concorrente num mercado relacionada só é considerada abusiva quando: (i) incide sobre produtos ou serviços indispensáveis ao



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

exercício da atividade do concorrente e (ii) permite eliminar toda e qualquer concorrência por parte desse concorrente.

103. Acresce, que *"um produto ou serviço só pode considerar-se essencial ou indispensável se não existir qualquer alternativa real ou potenciar"* ao mesmo. No acórdão *Oscar Bronner*, o Tribunal de Justiça esclarece que, por razões de ordem técnica, regulamentar ou económica, deve ser impossível ou desrazoavelmente difícil replicar o produto ou serviço em causa. Caso contrário, não se está em presença de um produto ou serviço indispensável. Nestas circunstâncias, o acesso pedido deve ser indispensável, e não apenas conveniente ou mais proveitoso, para o concorrente que o solicita.

104. Ora, no caso em concreto, os medicamentos em causa, ainda que possam ser uma *mais-valia* para a Empifarma, não constituem bens objetivamente essenciais e indispensáveis para que a denunciante desenvolva a sua atividade, podendo fazê-lo, designadamente, com recurso a outros medicamentos.

105. Acresce que a Empifarma tem efetivamente acesso a esses medicamentos, se bem que não seja nas condições comerciais que desejaria (designadamente, diretamente junto do laboratório farmacêutico titular da AIM).

106. Neste sentido não pode concluir-se, com base na informação disponível, que impenda sobre cada um dos laboratórios denunciados uma obrigação de contratar com a Empifarma.

Alegada posição dominante de dois distribuidores grossistas e alegadas vendas subordinadas impostas às farmácias

107. Como nota inicial, há que esclarecer que não constitui uma prática restritiva da concorrência o facto de uma empresa deter uma posição dominante num determinado mercado. O que configura um ilícito jusconcorrencial é o abuso dessa posição dominante.

108. Ora, no caso concreto, não apenas não resulta demonstrada, com base nos elementos constantes dos autos, a existência de posição dominante - por parte dos dois principais operadores - no mercado da distribuição grossista de medicamentos, como, no que respeita à alegada obrigatoriedade de fidelização das farmácias para a aquisição dos medicamentos apenas diretamente disponibilizados a determinados distribuidores, através da subordinação da venda de outros medicamentos à aquisição dos primeiros, tal prática não decorre da factualidade atestada com base na prova existente. Com efeito, os medicamentos em causa aparentam poder ser vendidos em separado e foram-no inclusivamente à denunciante, inexistindo nos autos qualquer elemento demonstrativo do contrário.

109. Por último, no que respeita à alegada situação de *"desabastecimento"* do mercado nacional e às supostas proibições de reporte de falhas, reitera-se que se trata de matéria da competência do INFARMED, o qual tem atuado neste domínio, inexistindo nos autos elementos que permitam sustentar o enquadramento jusconcorrencial da matéria e, por essa via, habilitar uma intervenção da AdC, circunstância oportunamente comunicada à Empifarma.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

110. Pelas razões apresentadas, e após a análise aprofundada da factualidade disponível, reitera se o entendimento de que na denúncia da Empifarma não existem fundamentos bastantes para motivar o seu seguimento no âmbito de um procedimento sancionatório na AdC.

DECISÃO

111. Em face da conclusão de não existência de fundamentos bastantes para motivar o seguimento da denúncia no âmbito de um procedimento sancionatório na AdC, oportunamente notificada à denunciante, e perante uma pronúncia desta que não conduziu à alteração da apreciação da Autoridade, arquiva-se a DA/2016/2, declarando-a sem fundamento relevante e não merecedora de tratamento prioritário, de acordo com o disposto nos n.º 4 e n.º 6 do artigo 8.º da Lei da Concorrência.

112. Da presente decisão cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 8.º da Lei da Concorrência.

(...)

2.1.3 - Transcreve-se ainda a parte da denúncia com relevância para o objecto do recurso, apresentada pela Empifarma, constante de fls. 52 e ss dos autos, uma vez que o teor da mesma é dado como reproduzido no ponto 7 da matéria de facto:

“(…)

“Os acordos de racionamento do mercado nacional, com exclusão dos novos operadores na cadeia de distribuição, sendo ilícitos, mas indubitavelmente existentes, deverão manter e agravar as práticas concertadas, com reforço do Market Share dos distribuidores envolvidos e tendencial desaparecimento dos operadores com quotas marginais que, por via da falta crónica de todas as referências de medicamentos dos titulares de AIM apontados, deixarão de constituir alternativa viável para as farmácias que pretendam obter condições comerciais mais vantajosas potenciadas pela competitividade entre os distribuidores, contribuindo para a agudizar a já existente situação de oligopólio efectivo.

Por outro lado, são ainda detetáveis práticas ilícitas de obrigatoriedade de concentração de volume de compras de cada farmácia no distribuidor, mediante contrapartida de acesso a medicamentos cuja distribuição é insuficiente, por via das restrições verticais a que estão sujeitos.

Estes medicamentos, cujo fornecimento tem sido recusado aos distribuidores não integrados nos acordos verticais, são utilizados, de forma abusiva, como contrapartida comercial de fidelização de encomendas, subordinando a compra e venda de certos medicamentos pelas farmácias ao cumprimento de exigências restritivas e limitadoras da liberdade contratual, nomeadamente, à exclusividade de fornecimento.

Sendo certo que não existem limitações nas quantidades produzidas e disponibilizadas pelos titulares de AIM, que serão de volume suficiente para cobrir as necessidades do mercado relevante, concluímos que este condicionamento artificial resulta, efectivamente do desabastecimento de medicamentos no mercado, com destino à exportação ou à comercialização intracomunitária.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

Por outro lado, o abuso de posição dominante tem como efeito a imposição às farmácias de cumprimento de regras (proibições implícitas) relativas ao reporte de falhas de medicamentos no sistema existente para o efeito, criado por iniciativa do INFARMED, com o objectivo de monitorizar e solucionar eventuais falhas de abastecimento.

De facto, consultado o mapa de falhas no abastecimento de medicamentos, disponível em http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/MEDICAMENTOS_USO_HUMANO/LOCALIZE_FARMACIA, em qualquer data ou horário, em tempo real, concluímos que não existe qualquer medicamento em falha em nenhuma das mais de 2700 farmácias do território nacional.

Este cenário não tem qualquer adesão à realidade. Resulta fundamentalmente, da resignação das farmácias face à recorrente inacção devida das autoridades competentes junto da cadeia de abastecimento a montante.

O elevado grau de integração vertical entre titulares de AIM e determinados distribuidores propiciam o controle de acesso ao abastecimento de medicamentos e limitam o bom funcionamento deste mercado, suscitando a necessidade de adopção de medidas que promovam a concorrência no mercado grossista.

A restrição vertical no canal de distribuição pelos detentores de AIM impede o acesso aos produtos pelos restantes operadores, com claro prejuízo do mercado a retalho e dos utentes, pelo que se impõe a necessidade de intervenção reguladora que permita contrariar a distorção supra evidenciada, nomeadamente, através da garantia de respeito pelas regras de concorrência pelos titulares de AIM e pelos distribuidores por grosso dominantes no mercado de medicamentos para exportação.

O eficaz funcionamento do mercado depende, pois, da proibição de acordos de exclusividade restritivos do acesso dos distribuidores aos medicamentos, permitindo o fornecimento de medicamentos a outros operadores que, pela sua capacidade e abrangência sejam aptos a constituir alternativa comercial viável e generalizada para as farmácias do mercado nacional.

A ora Requerente dispõe de capacidade instalada apta a manter a cobertura diária de todas as farmácias do território nacional, com entrega dos medicamentos solicitados nos prazos legalmente instituídos, garantindo a satisfação imediatada das necessidades reportadas pelas farmácias, constituindo uma solução eficaz para os problemas do desabastecimento constatados.

Esta capacidade, no entanto, só será viável caso sejam eliminadas as restrições no acesso aos medicamentos que devem constituir um portfólio obrigatório de um distribuidor de referência.

Uma vez garantido esse acesso, ficam naturalmente fragilizadas as restrições artificiais de acesso das farmácias (e dos utentes) ao medicamento, por via de garantia de fornecimento através de um operador que tem na distribuição em território nacional o seu único foco de actividade, sem distorções impostas por exigências de mercados externos dos quais dependa, em termos societários ou económicos”.

E após desenvolvimento das considerações de direito atinentes ao conteúdo da denúncia, conclui nos seguintes termos:



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

“No actual cenário, sinteticamente e em conclusão, a concentração da distribuição grossista de medicamentos, o desabastecimento do mercado interno e a recusa de admissão de novos operadores, conforme demonstrado nas recusas ora reportadas, constitui inevitável prejuízo direto sofrido pelos utentes e pelas farmácias, considerando a dificuldade de obter, em tempo útil, os medicamentos necessários à satisfação das suas necessidades e à manutenção das terapêuticas muitas delas essenciais e insubstituíveis.

Face ao exposto, sem prejuízo das medidas que venham eventualmente a ser tomadas pelo INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I. P., no âmbito regulamentar, vem a Requerente:

- Apresentar evidência das diligências efectuadas com vista à obtenção do fornecimento dos medicamentos em falta junto dos titulares de AIM;

- Solicitar a intervenção urgente da Autoridade da Concorrência, no sentido de:

i) identificar as barreiras e os constrangimentos de natureza convencional existentes na cadeia de distribuição por grosso de medicamentos;

ii) providenciar medidas destinadas a promover a eliminação das restrições e distorções da concorrência que se revelem injustificadas;

iii) intervir junto dos Titulares de AIM e dos distribuidores por grosso de medicamentos, obrigando ao cumprimento da legislação em vigor em matéria de concorrência.

(...)”.

2.2 - O Direito

2.2.1 - O recurso tem por objeto o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de julho de 2018 que confirmou a sentença do TCRS em que se decidiu:

- Anular a decisão de arquivamento proferida pela Autoridade da Concorrência em 16 de novembro de 2016 no âmbito do procedimento com a referência DA/2016/2, na parte que incidiu sobre a eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de alegadas vendas subordinadas impostas às farmácias;

- Condenar a Autoridade da Concorrência a instaurar um processo de contraordenação para averiguar da prática do referido eventual abuso de posição dominante.

2.2.2 - Considera a AdC que a decisão de anulação do arquivamento no mencionado segmento decisório resulta de errada interpretação do disposto nos n.º 2 e n.º 4 do



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

artigo 8.º, bem como do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência e que a condenação da AdC a instaurar um processo de contraordenação para averiguação de uma eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos decorre de errada interpretação do n.º 5 do artigo 95.º do CPTA (e do n.º 2 do artigo 71.º do CPTA).

Passaremos à análise das mencionadas questões impondo-se todavia fazer algumas considerações prévias.

2.2.3 - O Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC) resultou por um lado da necessidade de conformar o direito português da concorrência com os desenvolvimentos verificados no mesmo ramo do direito comunitário, conforme premonição contida no art.º 60.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho¹ e, por outro, da imperiosidade de suprir um conjunto de carências que no plano processual constituíam obstáculo ao pleno exercício das funções por parte da AdC². O impulso decisivo para a concretização desses objectivos surgiu com um dos compromissos assumidos por Portugal no “Memorando de Entendimento” sobre as condicionalidades de política económica, de 17 de maio de 2011, ao abrigo do disposto no artigo 3.º, n.º 5 do Regulamento (EU) n.º 40/2010, de 11 de maio, nos termos do qual o Estado Português, entre o mais, se comprometia, em matéria de concorrência, a adoptar medidas para melhorar a celeridade e a eficácia da aplicação das regras da concorrência, em particular:

- Estabelecer um tribunal especializado no contexto das reformas do sistema judicial;

- Propor uma revisão da Lei da Concorrência, tornando-a o mais autónoma possível do Direito Administrativo e do Código do Processo Penal e mais harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da União Europeia (EU), em particular:

- **Simplificar a lei, separando claramente as regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência das regras de procedimentos penais, no sentido de assegurar a aplicação efectiva da Lei da Concorrência;**

¹ J. L. da Cruz Vilaça, J. L. Caramelo Gomes in *Lei da Concorrência Comentário Coninbricense*, Almedina, 2.ª edição, pag. 104.

² Miguel Moura e Silva, *Direito da Concorrência*, AAFDL, 2020 (reimpressão), pag. 123 e ss.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

- Racionalizar as condições que determinam a abertura de investigações, permitindo à Autoridade da Concorrência (AdC) efectuar uma avaliação sobre a importância das reclamações.

A primeira medida foi concretizada com a criação do Tribunal de competência especializada da concorrência, regulação e supervisão (TCRS), pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, e as restantes essencialmente através do NRJC, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, Lei-Quadro da entidades reguladoras – Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, e pela aprovação de novos estatutos da AdC, através do DL n.º 125/2014, de 18 de agosto.

2.2.4 - Para a questão aqui em análise interessa em particular a última das medidas acima mencionadas atinente ao objectivo de *“racionalizar as condições que determinam a abertura de investigações, permitindo à Autoridade da Concorrência efectuar uma avaliação sobre a importância das reclamações”*, propósito não compatível com a Lei da Concorrência então vigente (Lei n.º 18/2003, de 11 de junho) que neste contexto consagrava o princípio da legalidade. Com efeito, determinava o artigo 24.º, n.º 1 desse diploma: *“Sempre que a Autoridade tome conhecimento, por qualquer via, de eventuais práticas proibidas pelos artigos 4.º, 6.º e 7.º, procede à abertura de um inquérito, em cujo âmbito promoverá as diligências de investigação necessárias à identificação dessas práticas e dos respetivos agentes”*, redacção que não dava azo a considerações de oportunidade no que se refere à abertura de processo sancionatório. Era uma solução semelhante à prevista no n.º 2 do art.º 262.º do Código de Processo Penal, a propósito da notícia do crime, prescrevendo que *“Ressalvadas as exceções previstas neste Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito”*.

A abertura ao princípio da oportunidade não foi e não é ainda isenta de críticas, se bem que as considerações que dogmaticamente têm sido desenvolvidas a propósito da dicotomia princípio da legalidade/princípio da oportunidade, têm ocorrido principalmente a propósito da ação penal cujo exercício, há que lembrá-lo, é nos termos constitucionais orientado pelo princípio da legalidade – artigo 219.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP). Não obstante descobrem-se no CPP afloramentos do princípio da oportunidade, nomeadamente no que se refere à suspensão provisória do processo, para



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

crimes que se situam nos patamares da pequena e média criminalidade, sem que isso tenha suscitado controvérsia e cujos resultados não têm merecido reparo.

Para além do tradicional argumento do princípio da igualdade perante a lei referem-se ainda, no que especificamente se refere ao NRJC, a amplitude dos poderes da AdC no que concerne à abertura de procedimentos sancionatórios, embora num exercício finalisticamente vinculado à prossecução do interesse público de promoção e defesa da concorrência e orientado pelos critérios fixados no n.º 2 do art.º 7.º da Lei da Concorrência.

Dispõe efectivamente a AdC de poderes alargados no que se refere à promoção de processo sancionatório (ou de supervisão), até porque um dos factores a considerar para tal é o das prioridades da política de concorrência, estabelecidas pelo presidente do conselho de administração da AdC, ao qual compete também atribuir graus de prioridade no tratamento das questões que a AdC é chamada a analisar, nos termos previstos no regime jurídico da concorrência (artigo 22.º, n.º 1, alíneas a) e b) dos Estatutos da Autoridade da Concorrência).

Somado isso a alguma vacuidade dos critérios a que alude o n.º 2 do art.º 7.º do RJC, fica a AdC dotada de ampla margem de poder decisório, até porque a lei sujeita a apreciação, na fase puramente administrativa do processo, questões que verdadeiramente só poderiam ser apuradas já em fase de índole sancionatória, como sejam a extensão das diligências a realizar ou até a gravidade da infracção ou a possibilidade de fazer prova da mesma³.

Há no entanto que reconhecer a importância e as especificidades do direito da concorrência, tanto a nível europeu como no âmbito interno para defesa dos bens jurídicos por si tutelados, qualquer que seja o entendimento que se tenha quanto a esta questão: integração económica, defesa do mercado interno, protecção dos consumidores, concorrência efectiva, controlo do poder económico, liberdade de empresa, etc., ou seja, um conjunto de bens jurídicos que globalmente integram uma verdadeira ordem pública jusconcorrencial, que um autor considera estruturada nas seguintes linhas: "assegurar o exercício da liberdade económica, através do exercício da liberdade de concorrência; evitar, prevenir e sancionar as restrições e as distorções à liberdade de concorrência; criar um *level play field* onde o poder

³ Nuno Castro Marques, *Contributo para a Autonomia do Direito Nacional da Concorrência*, Universidade Católica Editora Porto, 2019, pag. 248 e ss.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

político tenha uma atuação de relativa neutralidade”⁴, na concretização das incumbências que constitucionalmente lhe são impostas (art.º 81.º da CRP) e tendo sempre presente os princípios fundamentais em matéria de organização económica (art.º 80.º da CRP), designadamente os da subordinação do poder económico ao poder político e de liberdade de iniciativa e de organização empresarial.

Numa realidade tão complexa e dinâmica, no qual operam agentes com dimensão tão diferenciada, alguns dos quais rivalizam ou superam até o poder económico de alguns estados, só de duas formas se pode fazer acatar as normas da legislação da concorrência: através de uma entidade dotada de vastos recursos materiais e humanos, hipótese em que haveria capacidade de abrir um processo relativamente a todas as denúncias ou, não havendo possibilidade de ir por essa via, permitir uma priorização das queixas apresentadas, com recurso a critérios mais ou menos amplos, por forma a que a entidade incumbida de promover as regras da concorrência possa alocar os respectivos recursos para os casos com mais impacto nas distorções do mercado em prejuízo do consumidor. Não é por acaso que o memorando de entendimento colocou tanta ênfase na reforma do regime da concorrência e sua aproximação ao modelo europeu. Elaborado num contexto de grave crise económico-financeira, tal reforma assumia que “a melhor forma de assegurar a competitividade internacional das empresas de um determinado país consiste em submetê-las ao estímulo da concorrência no seu mercado interno”⁵.

Não obstante os riscos que se colocam à priorização, ela permite ajustar o âmbito da actividade das autoridades da concorrência para níveis compatíveis com os seus recursos e capacidades, assim contribuindo para uma atuação mais eficiente, permite evitar a perseguição e punição de determinadas condutas quando os correspondentes custos superem os respectivos benefícios e evitar que as autoridades da concorrência fiquem sujeitas a uma agenda ditada do exterior, ficando comprometida a sua atuação *ex officio* na perseguição de

⁴ Eduardo Lopes Rodrigues, Política de concorrência focada na competitividade e na confiança dos cidadãos, Parte I, in *Revista do Ministério Público*, n.º 113, jan-mar 2008, pag. 27 e ss.

⁵ Miguel Moura e Silva, As práticas restritivas da concorrência na Lei n.º 19/2012 – novos desenvolvimentos, in *Revista do Ministério Público*, n.º 137, jan-mar 2014, pag. 11.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

situações que exigem atuação mais premente⁶. Ou seja, a possibilidade de a AdC fixar diferentes níveis de prioridade permite-lhe melhor gestão de recursos, colocando-os ao serviço dos objectivos definidos por lei e prioridades apontadas pela própria AdC, sem naturalmente descuidar a colaboração do exterior mas sem dela ficar refém até porque muitas das as queixas, nomeadamente as provenientes de operadores de mercado, tendem naturalmente em muitos casos a confundir o seu próprio interesse com o interesse público na promoção e defesa da concorrência. Ficam assim criadas as condições para um *enforcement* mais selectivo e também mais rigoroso das regras de concorrência por parte da AdC⁷.

2.2.5 - Para que a AdC possa efectuar uma triagem dos processos, prescrevem os números 1 e 2, do artigo 7.º do RJC:

- 1- No desempenho das suas atribuições legais, a Autoridade da Concorrência é orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência, podendo, com base nesse critério, atribuir graus de prioridade diferente no tratamento das questões que é chamada a analisar.
- 2- A Autoridade da Concorrência exerce os seus poderes sancionatórios sempre que as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência determinem a abertura de processo de contraordenação no caso concreto, tendo em conta, em particular, as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados, bem como a gravidade da eventual infracção, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar nas melhores condições, a missão de vigilância do respeito pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da presente lei e pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁶ Wouter P.J. Wils, *Discretion and Prioritisation in Public Antitrust Enforcement*, pag. 25 e ss. In *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 34, n.º 3, September 2001, acessível em http://papers.ssrn.com/so13/papers.cfm?abstract_id=1759207.

⁷ Luis Silva Morais, *A reforma do direito português da concorrência no contexto europeu e internacional – visão geral e impacto da adoção do princípio da oportunidade*, comunicação apresentada em conferência realizada na Fundação Calouste Gulbenkian, em 11 de maio de 2012, organizada pelo IDEFF, acessível em https://www.ideff.pt/xms/files/Iniciativas/Concorrencia_11_mai_2012/Prof._Doutor_Luis_Morais.pdf



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

Por sua vez, preceitua o art.º 8.º do mesmo diploma:

- 1- A Autoridade da Concorrência procede ao registo de todas as denúncias que lhe forem transmitidas, procedendo à abertura de processo de contraordenação ou de supervisão se os elementos referidos na denúncia assim o determinarem, nos termos do artigo anterior.
- 2- Sempre que a Autoridade da Concorrência considere, com base nas informações de que dispõe, que não existem fundamentos bastantes para lhe dar seguimento nos termos do artigo anterior, deve informar o autor da denúncia das respetivas razões e estabelecer um prazo, não inferior a 10 dias úteis, para que este apresente, por escrito, as suas observações.
- 3- A Autoridade da Concorrência não é obrigada a tomar em consideração quaisquer outras observações escritas recebidas após o termo do prazo referido no número anterior.
- 4- Se o autor da denúncia apresentar as suas observações dentro do prazo estabelecido pela Autoridade da Concorrência, e estas não conduzirem a uma alteração da apreciação da mesma, a Autoridade da Concorrência declara a denúncia sem fundamento relevante ou não merecedora de tratamento prioritário, mediante decisão expressa, da qual cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.
- 5- Se o autor da denúncia não apresentar as suas observações dentro do prazo fixado pela Autoridade da Concorrência, a denúncia é arquivada.
- 6- A Autoridade da Concorrência procede ao arquivamento das denúncias que não dão origem a processo.

2.2.6 - Conjugando o preceituado nos n.ºs 1 e 2 do art.º 7.º e 1 e 4 do art.º 8.º, é inequívoco que a AdC goza de um vasto poder, nomeadamente quando se entenda que os critérios fixados para avaliação do interesse público na perseguição e punição de violação de normas de defesa da concorrência não são taxativos e tendo em conta a possibilidade de priorização.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

Refira-se todavia que não será apropriado dizer que a AdC goza neste âmbito de poder discricionário já que os poderes em causa são aferidos por um conceito indeterminado “interesse público” na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência cuja demonstração ou preterição se alcançam com base em critérios que assumem natureza semelhante, apesar de índole mais técnica. Isto significa que a AdC no momento da decisão quanto à abertura ou não de um procedimento sancionatório não está perante alternativas igualmente válidas porquanto em concreto só uma delas realiza a finalidade da norma à qual a Administração está vinculada, sendo certo que só há poder discricionário se a lei não estabelecer qualquer vinculação⁸. No entanto quando se opera com conceitos jurídicos indeterminados o círculo de incerteza tem sempre uma certa amplitude, havendo mesmo quem situe a decisão em tal contexto no âmbito da chamada discricionariedade técnica⁹, beneficiando a Administração, quando atua fora dos círculos de certeza, seja positiva ou negativa, com a consequente dificuldade em definir com exactidão a solução justa, do *favor administrationis*, de um benefício da dúvida¹⁰, sendo vedado aos tribunais preterir a visão da Administração pela sua própria visão do que seja o interesse público, tal como o Tribunal Geral tem entendido relativamente aos poderes da Comissão (v. CEEES v. Comissão, proc. T-342/11, §160)¹¹.

Do disposto nas citadas disposições podem então, entre outras, extrair-se as seguintes conclusões:

- 1- Contempla-se, na sequência do registo obrigatório de uma denúncia, uma fase procedimental, de natureza puramente administrativa, destinada a apurar se deve ser aberto inquérito para eventual exercício por parte da AdC dos seus poderes sancionatórios;

⁸ Diogo Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, vol. II, Lisboa 1988, pag. 134.

⁹ Luis C. Montaner, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, 10.ª edição, Civitas, 1999, pag. 313.

¹⁰ Garcia de Enterría/Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, 9.ª edição, pag. 455.

¹¹ “...a fiscalização do órgão jurisdicional da União sobre o exercício do poder discricionário da Comissão no processamento das denúncias não deve levá-lo a substituir a apreciação do interesse comunitário da Comissão pela sua própria apreciação, antes se destinando a verificar se a decisão em litígio não se baseia em factos materialmente inexactos e não está ferida de qualquer erro de direito nem de qualquer erro manifesto de apreciação ou de desvio de poder”.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

- 2- Isso pressupõe que na situação em concreto se verifiquem razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência;
- 3- A AdC afere desse interesse tendo em conta, em particular, as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados, bem como a gravidade da eventual infracção, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar nas melhores condições, a missão de vigilância respeitando pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da presente lei e pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.
- 4- Concluindo a AdC, com base nas informações de que dispõe, não existirem fundamentos bastantes para dar seguimento à denúncia, comunica tal facto ao autor da denúncia para que este, querendo, se possa pronunciar.
- 5- Se o autor da denúncia apresentar observações e estas não conduzirem à alteração da decisão por parte da AdC, esta entidade declara a denúncia sem fundamento relevante ou não merecedora de tratamento prioritário.
- 6- Em tal caso, tal como quando o autor da denúncia não apresente observações no prazo que para tal lhe seja indicado, a denúncia é arquivada.

2.2.7 - Feitas estas observações preliminares, passemos à apreciação do objecto do recurso para o que importa ter em conta o teor da parte decisória, e respectiva fundamentação, do acórdão recorrido:

“(…)

Em suma e a concluirmos a apreciação do caso concreto, dir-se-á que a denúncia não é descabida e não carece de absoluta falta de fundamentação. Apresenta elementos indiciários que competia à AdC aprofundar e complementar, tendo em vista o exercício rigoroso e correto das suas funções, de impedir a violação de normas de defesa da concorrência, mormente as que se reportam a abuso de posição dominante.

Para, em última instância e com o necessário rigor na prossecução do interesse público, exercer ou não o poder sancionatório, haveria – haverá – que instaurar o respetivo processo de contraordenação.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

Destarte, bem se andou na decisão ora recorrida ao anular-se a decisão de arquivamento proferida pela Autoridade da Concorrência em 16 de novembro de 2016, no âmbito do procedimento com a referência DA/2016/2, na parte que incidiu sobre a eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias, quer ao condenar-se a AdC a instaurar um processo de contraordenação para averiguação das indicadas denunciadas práticas.

(...)”.

E dado que o acórdão em apreço validou integralmente a sentença do TCRS, haverá ainda que aludir aos fundamentos com base nos quais este tribunal se decidiu pela nulidade da decisão da AdC na parte relativa ao eventual abuso de posição dominante por vendas subordinadas:

- Porque a AdC sustentou a decisão em parte por falta de prova por parte da denunciante dos factos por si alegados e em parte num juízo de indiciação insuficiente – cfr. §§ 71 e 72;

- Porque o teor do § 108 corporiza um juízo de prova insuficiente e um juízo de indiciação que enferma de erro manifesto,

O que, tudo conjugado, leva à conclusão de que a decisão se sustentou em critérios diversos dos previstos no art.º 7.º, n.º 2 do NRJC que não incluem e inclusive se deve entender que excluem a insuficiência de prova por parte da denunciante dos factos por si alegados e juízos de mera indiciação quanto à não verificação da infração.

Caso se considere que a AdC podia formular juízos de mera indiciação, ainda assim a decisão seria anulável porquanto:

- Não efectuou qualquer delimitação dos mercados relevantes;

- Incorreu em erro ao concluir que aparentemente os medicamentos podiam ser vendidos em separado;

- O facto de o denunciante não ter apresentado prova não significa que a sua narrativa não seja verdadeira.

Consequentemente...



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

Afastados estes critérios (os do n.º 2 do art.º 7.º) e resultando dos elementos de facto e de direito apresentados pelo denunciante a verificação, em abstrato, de uma prática restritiva da concorrência, a instauração do processo de contraordenação surge como um ato vinculado.

2.2.8 - Começaremos por observar que a decisão recorrida, não obstante aderir ao entendimento exposto na sentença do TCRS envereda por fundamentos que com esta não coincidem. O Tribunal da Relação sustenta a confirmação da sentença considerando que a denúncia “Apresenta elementos indiciários que competia à AdC aprofundar e complementar , tendo em vista o exercício rigoroso e correto das suas funções, de impedir a violação de normas de defesa da concorrência, mormente as que se reportam a abuso de posição dominante”. O TCRS decidiu considerando que a decisão da AdC se afastou dos critérios fixados no art.º 7.º n.º 2 da Lei da Concorrência e que, resultando dos elementos de facto e de direito apresentados pelo denunciante a verificação, em abstrato, de uma prática restritiva da concorrência, se impunha a instauração do processo de contraordenação (sublinhado nosso).

Ou seja, o TCRS fundou-se na autosuficiência da denúncia (narrativa), abstendo-se de qualquer juízo de indicição, pelo qual enveredou o tribunal recorrido.

Todavia a questão essencial tem a ver com a própria denúncia e elementos com ela apresentados pela denunciante.

2.2.9 - A sentença do TCRS, integralmente sufragada pelo acórdão TRL agora sob recurso tem subjacentes algumas questões que aqui se impõe apreciar, designadamente quanto a saber:

a) se na fase de apreciação da denúncia a AdC pode realizar diligências para avaliação da própria denúncia, ou se tal apreciação deve ser feita a partir da mera narrativa constante da mesma;

b) se os critérios enunciados no n.º 2 do art.º 7.º do NRJC são ou não taxativos;

c) Se a AdC pode fazer juízos de indicição ou de prova quanto à consistência do conteúdo da denúncia.

Passemos à respectiva análise.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

2.2.10 - No que se refere à fase administrativa destinada à avaliação da denúncia não indica a lei se a AdC deve ou pode realizar alguma diligência que complemente os elementos de facto ou de direito que dela constam. Todavia nada impede que a AdC possa ou deva até, nesta fase preliminar que está também subsidiariamente¹² sujeita às normas do procedimento administrativo (art.º 2.º, n.º 1 do CPA)¹³ não apenas socorrer-se dos seus conhecimentos especializados de entidade com a missão de assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência, mas também e ao abrigo do disposto no art.º 115.º, n.º 1 do CPA, realizar diligências com vista à finalidade desta fase processual, isto é, com vista a determinar se existe ou não fundamento para abertura de inquérito. Diligências que terão necessariamente por escopo, não a comprovação dos factos denunciados, já que tal terá de decorrer no decurso do inquérito (art.º 17.º, n.º 2 do RJC), mas a avaliação da consistência e relevância da denúncia, sendo certo que nesta fase processual a AdC não poderá socorrer-se dos poderes cujo uso lhe está reservado para o exercício de poderes sancionatórios, o que pressupõe a abertura de um processo ou fase processual que assumam idêntica natureza (art.º 18.º, n.º 1, do RJC). Assim, no momento prévio à avaliação da denúncia não estará a AdC impedida, por exemplo, de solicitar ao denunciante esclarecimentos ou a indicação de testemunhas, caso este as possa indicar, mas não poderá proceder à sua inquirição, o que apenas lhe é permitido após a abertura de inquérito.

Concluindo: a AdC pode realizar diligências, nos termos acima expostos, para decidir se deve ou não dar início a um procedimento sancionatório (ou de supervisão).

2.2.11 - A segunda questão é a de saber se os critérios enunciados no n.º 2 do art.º 7.º são ou não taxativos. A formulação “em particular...bem como” pode dar abrigo ao entendimento de que a lei dá especial relevo (em particular) aos dois primeiros “prioridades da política de concorrência e elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados”, remetendo para um segundo patamar (bem como) os restantes “gravidade da eventual

¹² V. acórdão do TCAS, de 30-08-2016, proferido no processo n.º 12488/15.

¹³ M. Gorjão-Henriques/Alessandro Azevedo, *Lei da Concorrência Comentário Conimbricense*, pag. 171.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

infracção, possibilidade de poder provar a sua existência e extensão das diligências investigatórias necessárias”.

Face a tal entendimento poderia objectar-se dizendo que se estariam a minimizar critérios da maior importância, como a gravidade da eventual infracção. Em qualquer caso sempre se poderia argumentar que os critérios mais objectivos são exactamente os dois primeiros, de que os restantes são de alguma forma subsidiários, porque é essencialmente a partir daqueles e nomeadamente dos elementos de facto e de direito, que se afere da gravidade da infracção, possibilidade de fazer prova da mesma ou âmbito das diligências a realizar.

Uma tal interpretação, e a nosso ver só essa interpretação, poderia conduzir à conclusão de que esses critérios seriam taxativos, sendo os dois primeiros prevaletentes.

Consideramos todavia que não é essa a melhor interpretação.

Importa recordar que os poderes sancionatórios da AdC vinham configurados, no projecto de proposta de lei aprovado em Conselho de Ministros de 27 de outubro de 2011, nos termos seguintes: *“A Autoridade da Concorrência exerce os seus poderes sancionatórios sempre que as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência determinem a abertura de processo de contra-ordenação no caso concreto”*. Estes poderes da Autoridade da Concorrência viriam a ser refreados na sequência da consulta pública do mencionado projecto, acabando o legislador por temperar esses poderes por via do recurso aos já enunciados critérios que traduzem no plano legislativo nacional, em termos muito similares, a doutrina consagrada no acórdão *Automec II* (§86).

Assim sendo, será de verificar os termos em que esse acórdão enuncia esses critérios. Ora constatamos que na versão portuguesa do acórdão se usa a formulação “nomeadamente...designadamente”¹⁴. Já na versão espanhola se usa uma outra “em especial...em particular”; na versão francesa “nomeadamente...nomeadamente”; na inglesa “em particular...em particular”, na alemã “em particular...em particular”. Ou seja, diferentes

¹⁴ “...a Comissão deve ter em conta as circunstâncias do caso concreto e, nomeadamente, os elementos de facto e de direito que lhe são apresentados na denúncia que lhe foi submetida. Cabe-lhe designadamente, ponderar a importância da infracção alegada para o funcionamento do mercado comum, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a sua missão de vigilância do respeito pelos artigos 85. e 86.”.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

palavras em diferentes línguas, nem sempre coincidentes com as usadas na língua em que o acórdão foi redigido, o italiano, cuja formulação é “designadamente...em particular”¹⁵.

O que com isto se pretende significar é que não decorre da jurisprudência europeia nem houve qualquer propósito do legislador nacional em dar maior ou menor relevo a qualquer dos critérios e assim sendo cremos não ser sustentável a ideia de que os mesmos serão taxativos dado que tal não tem tradução na letra da lei nem no percurso que levou à sua redação. Para além de que, como é mencionado no acórdão do TCRS, a jurisprudência da União Europeia tem sustentado que não é de limitar o número de critérios para a apreciação do interesse comunitário de uma denúncia, citando a este propósito o acórdão IECC/Comissão –C-450/98 P, entendimento este que tem sido sucessivamente reafirmado, como se pode constatar em acórdão mais recente, *Agria Polska v. Comissão* - T-480/15, § 35¹⁶.

Questão que com esta se relaciona é a de saber se os requisitos indicados no n.º 2 do art.º 7.º do RJC são requisitos positivos ou negativos, ou seja, saber se a AdC só exerce os seus poderes sancionatórios quando demonstre interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência por convocação desses requisitos ou se só poderá deixar de exercer esse poder demonstrando, à luz desses mesmos critérios, que a decisão de abrir o inquérito não é reclamada pelo interesse público.

A redação do n.º 2 do art.º 7.º do NRJC parece subordinar o exercício dos poderes sancionatórios à fundamentação em “razões de interesse público na perseguição e punição de violações das normas de defesas da concorrência”¹⁷, a aferir com referência a esses critérios.

¹⁵ A redação em italiano na parte aqui relevante é a seguinte: “...la Commissione deve tener conto delle circostanze del caso di specie e, segnatamente, degli elementi di fatto e di diritto esposti nella denuncia presentatale. Spetta, in particolare, alla Commissione mettere a confronto la rilevanza dell'asserita infrazione per il funzionamento del mercato comune, la probabilità di poterne accertare l'esistenza e la portata delle misure istruttorie necessarie al fine di adempiere, nel miglior modo possibile, al proprio compito di vigilanza sul rispetto degli artt. 85 e 86.(sublinhado nosso).

¹⁶ Onde se pode ler: “...Uma vez que a avaliação do interesse para a União que apresenta uma denúncia em matéria de concorrência depende das circunstâncias factuais e jurídicas de cada caso concreto (acórdão de 12 de julho de 2007, *AEPI/Comissão*, T-229/05, não publicado, EU:T:2007:224, n.º 38), convém não limitar o número de critérios de apreciação aos quais a Comissão se pode referir nem, pelo contrário, impor-lhe o recurso exclusivo a certos critérios (acórdãos de 17 de maio de 2001, *IECC/Comissão*, C-450/98 P, EU:C:2001:276, n.º 58, e de 16 de janeiro de 2008, *Scippacercola e Terezakis/Comissão*, T-306/05, não publicado, EU:T:2008:9, n.º 189)”.

¹⁷ Nuno Castro Marques, *Contributo para a Autonomia do Direito Nacional da Concorrência*, Universidade Católica Editora Porto, 2019, pag. 248.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

Dir-se-ia então que, com a formulação do n.º 2 do art.º 7.º os critérios aí mencionados seriam também subordinantes do exercício desses poderes por parte da AdC e por isso, quanto mais eles fossem, mais condicionada ficaria esta entidade na sua ação sancionatória. No entanto não é esse o espírito da lei e nesse sentido apontam também as vicissitudes do processo legislativo que conduziu ao NRJC. O legislador partiu da consagração ampla do princípio da oportunidade, que veio a ser temperada pelo recurso a critérios densificadores das razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência.

Em boa verdade cremos que a melhor interpretação deve ser no sentido de que a AdC, perante uma denúncia que indicie violação das regras da concorrência, deve como ponto de partida abrir processo de inquérito. Tal decorre quer da missão da AdC, que é “assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência” – art.º 1.º, n.º 3 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência -, quer das suas atribuições, com destaque para o dever de “velar pelo cumprimento das leis, regulamentos e decisões de direito nacional e da União Europeia destinados a promover e a defender a concorrência”. O que significa que os critérios a que alude o n.º 2 do artigo 7.º, tal como outros a que justificadamente se assinala relevância equivalente, serão normalmente convocados para fundamentar a não abertura de processo sancionatório, assumindo por isso dimensão negativa. Ou seja, não terá a AdC de fazer grande esforço de fundamentação para justificar a abertura de um inquérito, mas terá que explicar a não abertura de procedimentos sancionatórios, fundamentando de forma objectiva e convincente as razões pelas quais declara a denúncia sem fundamento relevante ou não merecedora de tratamento prioritário.

Neste sentido e no plano comunitário se pronunciou também o já citado acórdão *Automec*: “A Comissão é obrigada a indicar as considerações de direito e de facto que a levaram a concluir que não existia interesse comunitário suficiente de natureza a justificar a adoção de medidas de instrução”- § 85.

2.2.12 - A terceira questão tem a ver com a possibilidade de a AdC, na decisão de abrir ou não processo sancionatório poder ou não formular juízos de indicição, o que arrasta



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

consido a determinação do significado e alcance do critério respeitante os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados.

Factos não tem o mesmo significado de provas, mas é seguramente de considerar, até pela relevância que a lei dá ao critério “elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados” que com isso se pretende abranger todos os elementos apresentados pelo denunciante, do que não estão excluídos eventuais elementos de prova.

É certo que ao denunciante não se impõe que faça prova dos elementos constitutivos de uma dada infracção a que se refira a denúncia¹⁸, sendo certo porém que a consistência desta não pode deixar de ser apreciada também em função dos elementos de prova que sejam apresentados.

Nem o NRJC nem o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, fornecem um conceito de denúncia. Será por isso de adotar, como critério orientador e com as devidas adaptações, o que a este respeito consta do Código de Processo Penal (artigo 13.º, n.º 1 do RJC e 41.º, n.º 1 do DI n.º 433/82) do qual decorre que a denúncia não está sujeita a formalidades especiais e deve conter, na medida do possível, os factos que constituem a infracção, circunstâncias de tempo e meios de prova conhecidos (art.º 246.º, n.ºs 1 e 3 e 243.º, n.º 1 do CPP). Daqui resulta que denúncia não é simples narrativa, ou qualquer espécie de narrativa, já que narrativa pode ser definida como descrição oral ou escrita de um acontecimento real ou fictício. Não se fazendo exigências especiais e tendo em conta a particular relevância que o seu conteúdo, bem como os elementos que a acompanhem, terão na decisão da AdC quanto à abertura de procedimento sancionatório, deverá a mesma incorporar os factos que constituem a infracção, circunstâncias da sua ocorrência e indicação dos meios de prova. Ou seja, a narrativa só pode ser válida como denúncia enquanto descrição factual sustentada em elementos indiciários

¹⁸ Solução que seria legítima se fosse essa a opção do legislador. A lei grega da concorrência (Lei n.º 3959/2011, de 20 de abril) - e só nos referimos a este diploma porque ele foi aprovado num contexto muito semelhante ao que ocorreu com a legislação portuguesa da concorrência, ou seja, na sequência de uma intervenção externa e em execução do memorando de entendimento celebrado entre a Grécia, EU, BCE e FMI, em 2 de maio de 2010, no qual e no que se refere à concorrência, entre outras medidas especificamente se assinalava que seria dada à Comissão da Concorrência o poder de rejeitar queixas – prevê-se no seu art.º 4.º, que o ónus da prova no que se refere às queixas por acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas restritivas da concorrência e abuso de posição dominante compete à parte que as apresenta.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

aptos a convencer da probabilidade de ocorrência da infracção¹⁹. O que isso significa é que a lei coloca a cargo do denunciante o ónus de fornecer os elementos que confirmam credibilidade à denúncia uma vez que é a partir dos elementos apresentados à AdC, e sem prejuízo de diligências que esta entidade decida levar a cabo nos termos acima mencionados, que será decidido se a denúncia tem ou não fundamento relevante, se é ou não merecedora de tratamento prioritário .

Tenha-se aliás em conta que a simples notícia de uma infracção ou de um crime, mesmo num quadro regido pelo princípio da legalidade não implica necessariamente a abertura de um processo de inquérito ou de contraordenação. Tal só deve acontecer se a notícia merecer credibilidade²⁰.

Este entendimento foi de resto sustentado pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República no parecer n.º 92/91, de 30 de março de 1992, onde se escreve que o inquérito “tem de iniciar-se logo que haja aquisição da notícia da existencia de uma infracção criminal idónea à formulação de um juízo objectivo de suspeita sobre a sua verificação” (sublinhado nosso), o que no fundo apela à “necessidade de dar densidade objectiva” ao conceito de notícia do crime²¹, obviamente por referência aos elementos acima mencionados.

Nem poderá (ou deverá) ser de outra maneira porque a abertura de um processo de natureza sancionatória representa uma intrusão na esfera dos direitos de uma pessoa, seja singular ou colectiva, para o que é exigível uma razão objectiva, assente em factos e não em suposições, suspeitas ou conjeturas.

Por isso, e sendo certo que à face da lei vigente não pode ao denunciante ser exigido que faça prova dos factos constantes da denúncia, terá no mínimo que indicar a “razão de ciência” dessa denúncia, que não pode emergir do vazio, antes haverá de fundar-se em factos obtidos por conhecimento direto ou através de terceiros, por via de documentos,

¹⁹ Algo semelhante se prevêna lei espanhola de defesa da concorrência (Lei 15/2007, de 3 de julho) em cujo art.º 49.º, n.º 1, parte final, se determina que a “a Direção de Investigação iniciará o procedimento quando se observem indícios racionais da existência de condutas proibidas” (sublinhado nosso). O n.º 2 do mesmo artigo prevê ainda que a Direção de Investigação proceda à realização de diligências para determinar com carácter preliminar se concorrem as circunstâncias que justifiquem o início do procedimento sancionatório.

²⁰ Germano Maques da Silva, *Direito Processual Penal Português*, Vol. 3, Universidade Católica Editora, 2.ª Reimpressão, 2018, pag.

²¹ V. Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal Comentários e notas práticas*, Coimbra Editora, pag. 655.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

testemunhas, através da comunicação social, etc., só por essa via se podendo formular (ou não) um juízo indiciário consistente sobre a eventual ocorrência de uma infracção²².

O que se não pode considerar é que uma abertura de processo sancionatório se baste com a mera narrativa, porque em tais circunstâncias poderá estar-se não perante uma denúncia mas de mera peça literária, pejada de conjecturas e conclusões mas despojada de factos. Ora, a abertura de inquérito visa a promoção e defesa da concorrência e não prosseguir finalidades estranhas a esse escopo ou servir de terapêutica a qualquer espécie de obsessão litigante.

Concluindo, no critério “elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados” incluem-se elementos de prova apresentados pelo denunciante, podendo e devendo a AdC fazer juízos indiciários quanto à consistência da denúncia que lhe seja apresentada.

2.2.13 - Face às considerações acima expostas torna-se desde logo evidente que não pode ser aceite o primeiro fundamento de anulação da decisão da AdC na parte respeitante ao invocado abuso de posição dominante por vendas subordinadas impostas às farmácias, não apenas porque os critérios enunciados no n.º 2 do art.º 7.º do NRJC não são exaustivos mas também porque os termos em que a AdC sustenta a decisão se baseiam nos elementos apresentados pela denunciante, mais exatamente na insubsistência da própria denúncia, cheia de adjectivos e de juízos conclusivos mas totalmente despojada de factos sendo certo que, tendo a AdC procurado suprir as respectivas carências, não encontrou por parte da A. disponibilidade colaborativa, nomeadamente por omissão na identificação das farmácias que segundo a denúncia poderiam eventualmente fornecer elementos concretos relativamente às alegadas vendas subordinadas. Poderá aliás considerar-se quanto a este segmento da decisão que são por igualdade de razão válidos os argumentos utilizados pelo TCRS para negar provimento ao recurso na parte respeitante ao abuso de posição dominante por parte dos titulares de AIM, nomeadamente quando refere que a narrativa da A. não define, de forma inteligível, a expressão concreta do acordo em causa, fazendo alusões genéricas já

²² V. também neste sentido J. L. Cruz Vilaça/Maria João Melícias in *Lei da Concorrência Comentário Conimbricense*, 2.ª edição, Almedina, em anotação ao art.º 7.º (nota 8), pag. 159 e ss.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

que também aqui, como se refere no § 71 da decisão da AdC, a “denúncia é insuficiente no que toca a elementos demonstrativos da atuação, em matéria de vendas subordinadas, dos próprios distribuidores denunciados, que integram as redes de distribuição dos medicamento em causa”.

2.2.14 - Mas a decisão do TCRS vai além disso considerando que, mesmo a admitir-se que a AdC podia formular juízos de mera indiciação, a decisão seria anulável porquanto:

- Não efectuou qualquer delimitação dos mercados relevantes;
- Incorreu em erro ao concluir que aparentemente os medicamentos podiam ser vendidos em separado;
- O facto de o denunciante não ter apresentado prova não significa que a sua narrativa não seja verdadeira.

Quanto ao primeiro desses fundamentos dir-se-á que a questão relativamente à qual menores são as dúvidas é exactamente a da delimitação dos mercados relevantes porquanto todo o conteúdo da denúncia se centra na distribuição por grosso de medicamentos em geral e no mercado nacional. São estes os mercados relevantes, se bem que a denúncia apresentada pela Empifarma, na tentativa de demonstrar a situação de posição dominante de dois dos operadores, tenha também recorrido a elementos respeitantes a um outro mercado, o mercado de exportação, que está fora da matéria aqui em apreço.

Também se não pode considerar que a afirmação de que “os medicamentos em causa aparentam ser vendidos em separado”, consubstanciada no facto de a A. adquirir os medicamentos a outros distribuidores, “enferma de um erro manifesto de apreciação porque não resulta do facto da A. ter acesso aos medicamentos, como inferência necessária, a não verificação da prática relatada pela A., na medida em que se dirige às farmácias e não a outros distribuidores e estes compram medicamentos específicos”. E não enferma de erro desde logo porque tal afirmação é correta e se é certo que tal facto não é demonstrativo da não verificação da prática imputada aos distribuidores, o que de resto não decorre da decisão da AdC, aponta ainda assim para a inconsistência da narrativa. Com efeito, a invocada imposição de vendas subordinadas às farmácias, fazendo depender a venda de medicamentos em falta no



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

mercado à concentração de outras compras no mesmo distribuidor teria como objectivo privar o mercado de outros operadores. Porém não teria sentido que os distribuidores não vendessem determinados medicamentos às farmácias que não aceitassem a imposição de vendas subordinadas e os fossem vender precisamente àqueles que pretendiam ver afastados do mercado.

Quanto ao último argumento, de que o facto de a denunciante não ter apresentado prova não significa que a sua narrativa não seja verdadeira, e nomeadamente na sua versão mais extrema dada pelo tribunal recorrido, de que “denúncia não é descabida e não carece de absoluta falta de fundamentação” não pode, pelas razões acima expostas quanto à credibilidade da denúncia, ser admitido já que os poderes conferidos por lei à AdC no sentido de reservar os seus meios e capacidades para questões efectivamente importantes para a salvaguarda do interesse público, seriam completamente postos em causa, reconduzindo o NRJC, neste domínio, ao paradigma da anterior lei da concorrência e ainda assim na sua leitura mais radical.

2.2.15 – Finalmente, ainda que os factos invocados pela A. estivessem suficientemente indiciados, os mesmos não constituiriam abuso de posição dominante e por isso não seria de abrir processo de inquérito.

As restrições à conquista de posições no mercado não decorrem da lógica da liberdade económica²³ ou mesmo de uma qualquer censura ética (se bem que a neutralidade axiológica das condutas violadoras da concorrência seja cada vez mais contestada dada a sua proximidade aos limites do direito penal secundário) mas da necessidade de controlo do poder económico e do propósito de manter uma concorrência efectiva e sã, propiciadora da inovação e de vantagens para os consumidores. Por isso a tentativa de controlo do mercado ou de aí assumir uma posição dominante é uma atitude inerente à liberdade de empresa e uma ambição da generalidade dos operadores de mercado, havendo até setores em que é importante em termos de defesa dos mercados nacionais ou do mercado interno a existência de grupos de

²³ Eduardo Paz Ferreira, *Direito da Economia*, AAFDL, 2008 (reimpressão), pag. 461 e ss.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

grande dimensão que possam competir nos mercados interno e global, o que ocorre em setores como a energia, banca, telecomunicações, indústria aeroespacial, transporte aéreo²⁴, etc.

Assim sendo, a detenção de posição dominante num dado mercado não é ilícita mas já o será o abuso de tal posição²⁵, quando o mesmo se manifeste por qualquer das formas previstas no art.º 11.º do NRJC ou no art.º 102.º do TFUE.

Todavia, para que se possa falar em abuso de posição dominante, impõe-se que esse abuso seja resultado da posição de predominância de um determinado operador em dado mercado e não de outros factores, estranhos a tal domínio.

Na denúncia apresentada pela Empifarma escreve-se a dado passo:

“Por outro lado, são ainda detetáveis práticas ilícitas de obrigatoriedade de concentração de volume de compras de cada farmácia no distribuidor, mediante contrapartida de acesso a medicamentos cuja distribuição é insuficiente, por via das restrições verticais a que estão sujeitos.

Estes medicamentos, cujo fornecimento tem sido recusado aos distribuidores não integrados nos acordos verticais, são utilizados, de forma abusiva, como contrapartida comercial de fidelização de encomendas, subordinando a compra e venda de certos medicamentos pelas farmácias ao cumprimento de exigências restritivas e limitadoras da liberdade contratual, nomeadamente, à exclusividade de fornecimento”.

Em parte alguma da denúncia se refere que tal prática de vendas subordinadas seja apenas da responsabilidade dos distribuidores que, segundo a denunciante, têm no mercado posição dominante. O que decorre do teor da denúncia é que se trata de práticas levadas a cabo pelos distribuidores não abrangidos pela restrição vertical de distribuição pelos detentores de AIM, que não são identificados na denúncia mas que, no mínimo, serão aqueles seis que estão referenciados como os principais *players* da distribuição grossista.

Resulta também da denúncia e com toda a clareza que essas práticas, a terem-se verificado, seriam propiciadas, não pela posição que cada um dos distribuidores tem no mercado, mas pela circunstância de haver medicamentos em falta, por serem canalizados para

²⁴ Assim é entendido também pela Comissão Europeia – v. A. Carlos dos Santos/Maria Eduarda Gonçalves/M. M. Leitão Marques, *Direito Económico*, 5.ª edição revista e actualizada, Almedina, pag. 360.

²⁵ Miguel Moura e Silva, *Direito da Concorrência*, 2020 (reimpressão), AAFDL, pag. 873 e ss.



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

o mercado de exportação, aproveitando-se os distribuidores da escassez desses produtos para, como contrapartida do seu fornecimento, exigirem as ditas vendas subordinadas.

Também não consta dos factos nem se intui dos termos da denúncia que as ditas vendas, a terem ocorrido, resultassem de qualquer acordo ou prática concertada entre os diversos distribuidores por grosso de medicamentos.

Está-se pois, e também aqui, perante um problema, não de concorrência, mas de regulação sectorial.

2.2.16 - Assim sendo não resta senão dar provimento ao recurso no que respeita à anulação da decisão de arquivamento proferida pela Autoridade da Concorrência em 16 de novembro de 2016 no âmbito do procedimento com a referência DA/2016/2, na parte que incidiu sobre a eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de alegadas vendas subordinadas impostas às farmácias, assim ficando prejudicado o conhecimento da segunda questão sujeita ao escrutínio deste tribunal.

III – Decisão

Pelo exposto acordam os juízes da 5.ª secção do Supremo Tribunal de Justiça em dar provimento ao recurso interposto pela Autoridade da Concorrência, revogando o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa e, conseqüentemente, a sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que anulou a decisão de arquivamento proferida pela Autoridade da Concorrência em 16 de novembro de 2016, no âmbito do procedimento com a referência DA/2016/2, na parte que incidiu sobre a eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias e condenou a mesma entidade a instaurar um processo de contraordenação.

Sem custas.

Supremo Tribunal de Justiça, 23 de abril de 2020

Júlio Pereira



Supremo Tribunal de Justiça

5.ª Secção Criminal

Clemente Lima

Margarida Blasco

[Assinatura
Qualificada]
António Lima

Assinado de forma digital
por [Assinatura
Qualificada] António Lima
Dados: 2020.04.23
11:26:03 +01'00'

[Assinatura Qualificada]
Margarida Blasco

Assinado de forma digital por
[Assinatura Qualificada] Margarida
Blasco
Dados: 2020.04.23 11:34:08 +01'00'