

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 1511/10.5TYLSB.L1-9

Relator: CARLOS BENIDO

Sessão: 16 Junho 2010

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: NÃO PROVIDO

CONTRA-ORDENAÇÃO

ELEMENTO SUBJECTIVO

DETERMINAÇÃO DO PREÇO

Sumário

Iº Sendo a consciência e a vontade de realização de determinado acto matéria de natureza subjectiva, de que só o próprio tem o domínio, a sua prova, na falta de confissão, tem que ser feita por meio da chamada prova indirecta, indiciária ou por presunções naturais ou judiciais – se um ser racional, pensante, não afectado de anomalia psíquica pratica livremente determinado facto não pode deixar de o querer realizar e aceitar as consequências do mesmo;

IIº O legislador proíbe a venda com prejuízo, entendida como prática restritiva de uma leal concorrência, estabelecendo no art.3, do Dec. Lei nº370/93, de 29Out., os requisitos dos descontos relevantes para o cálculo do preço de compra efectivo;

IIIº Para o efeito, os descontos terão de estar expressamente identificados no documento de compra, terão de ser de quantidade, financeiros ou promocionais, exigindo-se quanto a estes que seja possível a identificação do produto, respectiva quantidade e período de vigência, terão de ter uma relação directa com a transacção em causa e terão de ser determináveis no momento da emissão da factura de compra;

IIIº Estando em causa um desconto aplicável a qualquer quantidade de compras, não pode o mesmo ser considerado para efeito de determinação do cálculo do preço de compra efectivo;

Texto Integral

Acordam, em conferência, no Tribunal da Relação de Lisboa:

I - RELATÓRIO

No processo de contra-ordenação nº 1511/10.5TYLSB, do 4º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, a arguida A..., inconformada com a decisão que, julgando parcialmente procedente o recurso de impugnação judicial, reduziu para € 4.500,00 o montante da coima de € 4.676,22 que lhe havia sido aplicada pelo Conselho da Autoridade da Concorrência, pela prática da contra-ordenação p. e p. pelos arts. 3º, nº 1 e 5º, nº 2, al. a), do DL nº 370/93, de 29/10, na redacção dada pelo DL nº 140/98, de 16/05, veio interpor recurso da mesma, tendo concluído:

...

Respondeu a Exma. Procuradora da República, concluindo:

...

A Mma. Juiz “*a quo*” sustentou, mantendo-a, a decisão recorrida no tocante à invocada nulidade.

Neste Tribunal, a Exma. Procuradora-Geral Adjunta emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso.

Cumprido o disposto no artº 417º, nº 2, do CPP, não houve resposta.

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1. Factos provados:

1 - A ASAE efectuou uma operação de fiscalização ao estabelecimento comercial de supermercado denominado “A...”, situado na Praça ..., pertença da arguida em 09.10.2007.

2 - Na operação referida em 1 a ASAE constatou que se encontrava exposto para venda ao público, no dia referido, no que ora nos interessa, o produto: “Chocolate M... Mini Tabletes 240 gr”, ao preço de € 3,44.

3 - Na factura referente ao produto referido em 2), emitida pela K..., consta como preço de compra inicial do produto referido, à unidade € 3,79.

4 - Na referida factura de compra, surge a menção de um desconto 48,44%.

5 - Da factura consta ainda a seguinte nota remissiva “sobre estes produtos

incidem ainda os descontos e outras contrapartidas decorrentes de todos os acordos e contratos celebrados entre as partes”.

6 - A arguida, através dos seus legais representantes, conhecia a disposição legal que define o modo de cálculo do preço efectivo de compra.

7 - Mesmo assim a arguida quis, de forma voluntária e consciente, colocar o produto à venda pelo preço referido em 2 após a consideração do referido desconto.

8 - A arguida celebrou com o fornecedor do mencionado produto, acordo, com o teor constante do documento nº 1 e 2 (tradução), juntos com a resposta à nota de ilicitude, cujo teor se dá por integralmente reproduzido.

9 - A arguida tem dimensão nacional, explorando vários estabelecimentos comerciais de distribuição alimentar com a insígnia “A...”.

10 - A arguida possui a maior rede, a nível nacional, de lojas alimentares da linha “D...”.

11 - A arguida declarou um volume de negócios do exercício de 2007 de € 1.148.840.976,21 e um resultado desse exercício de € 88.229.643,69.

2. Como é sabido o âmbito do recurso é delimitado pelo teor das conclusões que o recorrente extrai da respectiva motivação (artº 412º, nº 1, do CPP, *ex vi* do disposto no artº 74º, nº 4, do DL nº 433/82, de 27/10, doravante designado por RGCO) e que os poderes de cognição deste Tribunal *ad quem* se confinam à matéria de direito (artº 75º, nº 1, do RGCO).

Com efeito, de acordo com este último normativo, “(...) a 2ª instância apenas conhecerá da matéria de direito”. Deste artigo decorre uma limitação legal do objecto do recurso a questões de direito - cfr. Simas Santos e Jorge de Sousa, “Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral”, 2ª edição, pág. 433, referindo que apesar de o artº 75º deixar em aberto a possibilidade de recurso sobre matéria de facto, “neste diploma, no entanto, não se prevê, em nenhuma das suas redacções, qualquer hipótese em que se admita recurso relativo a matéria de facto”.

Deste modo, o Tribunal da Relação apenas poderá apreciar matéria de facto no âmbito do artº 410º, nº 2, do CPP, uma vez que, segundo tal preceito, mesmo nos casos em que a lei restrinja a cognição do tribunal de recurso à matéria de direito, o recurso pode ter como fundamentos os vícios aí referidos nas alíneas a), b) e c), desde que resultantes “do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com a regras da experiência comum”.

2.1. Sustenta a recorrente que a sentença recorrida é omissa no que respeita ao elemento subjectivo da infracção, “limitando-se a considerar, de forma genérica e para efeitos de determinação da medida da coima, que a recorrente

agiu de forma dolosa, tendo desta forma igualmente considerado que a decisão da AdC se apresentava perfeitamente fundamentada; a existência de dolo ou de negligência faz também parte do tipo e implica uma análise autónoma por parte do decisor; nessa medida, a sentença recorrida não se pronunciou sobre questões que deveria conhecer, não fez uma análise crítica da prova em que se baseou nem fundamentou convenientemente a imputação dos factos que fez à ora recorrente, encontrando-se, por essa razão, ferida de nulidade nos termos dos artigos 374º, nº 2 e 379º, nº 1, als. a) e c) do CPP” (conclusões A a C).

Vejam os:

Como é sabido, a fundamentação decisória consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para fundar a decisão - nº 2, do artº 374º, do CPP.

Quando assim não suceda, a sentença é nula, por força do disposto no artº 379º, nº 1, al. a), do mesmo CPP, sendo que também a CRP preceitua no seu artº 205º, nº 1, que as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.

Tolda Pinto, in “A Tramitação Processual Penal”, 2ª ed., pág. 206 e segs., diz que “a fundamentação das decisões judiciais, em geral, cumpre duas funções: a) - Uma de ordem *endoprocessual* - que visa impor ao juiz um momento de verificação e controle crítico da lógica da decisão, permitir às partes o recurso da decisão com perfeito conhecimento da situação e ainda colocar o tribunal de recurso em posição de exprimir, em termos mais seguros, um juízo concordante ou divergente; b) - Outra, de ordem *extraprocessual* - que procura, acima de tudo, tornar possível um controle externo e geral sobre a fundamentação factual, lógica e jurídica da decisão.

(...) Relativamente àquela, uma vez que se liga directamente com o princípio consagrado no artº 32º, nº 1, da Constituição, a fundamentação das decisões judiciais justifica-se, desde logo, na medida em que funciona como garantia de racionalidade, imparcialidade e ponderação da própria decisão judicial. A motivação da decisão judicial funciona aqui como elemento de controle interno necessário do princípio da livre convicção do juiz em matéria probatória”.

Segundo Eduardo Correia, in Revista do Direito e de Estudos Sociais, ano XIV, “a motivação da decisão é também imprescindível, entre outras razões, para favorecer o auto-controle dos juizes, designadamente, obrigando-os a analisar, à luz da razão, as impressões recolhidas no decurso da produção da prova, bem como para estimular a recolha jurisprudencial de regras objectivas de

experiência e o respeito pela lógica e pelas leis da psicologia judiciária na apreciação das mesmas”.

Isto é, “(...) a fundamentação de facto e de direito, da decisão judicial, visa, primeiramente, garantir uma mais adequada ponderação da prova produzida, bem como do direito aplicável”.

Justifica ainda este a necessidade de fundamentação pela garantia assim dada à ponderação dos argumentos da defesa, do mesmo modo que constitui um elemento imprescindível ao exercício efectivo do direito ao recurso.

Germano Marques da Silva, por sua vez, in “Curso de Processo Penal”, III, 2ª ed., Editorial Verbo, págs. 293 e 294, diz também que “é hoje entendimento generalizado que um sistema de processo penal inspirado nos valores democráticos não se compadece com decisões que hajam de impor-se apenas em razão da autoridade de quem as profere, mas antes pela razão que lhes subjaz.

(...) A fundamentação dos actos é imposta pelos sistemas democráticos com finalidades várias. Permite a sindicância da legalidade do acto, por uma parte, e serve para convencer os interessados e os cidadãos em geral acerca da sua correcção e justiça, por outra parte, mas é ainda um importante meio para obrigar a autoridade decidente a ponderar os motivos de facto e de direito da sua decisão, actuando por isso como meio de autodisciplina.

A ratio da exigência de fundamentação é a de submeter a decisão judicial a uma maior fiscalização por parte da colectividade e é também consequência da importância que assume no novo processo o direito à prova e à contraprova, nomeadamente o direito de defender-se, probando”.

Marques Ferreira, in “Meios de Prova” - Jornadas de Direito Processual Penal, págs. 228 e segs., na análise feita aos pressupostos constantes do referido artº 374º, nº 2, diz que os motivos de facto não são nem os factos provados (*thema decidendum*) nem os meios de prova (*thema probandum*) mas os elementos que em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos constituem o substracto racional que conduziu a que a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência”.

Ora, ante as expostas considerações, poder-se-á dizer que a decisão recorrida enferma da invocada nulidade?

Entendemos que não.

Com efeito, consta da decisão recorrida no que tange ao elemento subjectivo: *«Analisado o elemento objectivo do tipo, analisemos o elemento subjectivo. Resultou da prova produzida que a arguida tinha conhecimento da norma legal supra referida que define a forma de cálculo de preço de compra efectivo dos produtos, que não obstante esse facto, quis e colocou à venda, de forma*

voluntária e consciente, o produto em referência, contabilizando o desconto referido não atendível.

Resulta assim da referida prova que a arguida agiu com dolo directo».

Decorre desta transcrição que, contrariamente ao sustentado pela recorrente, a decisão recorrida se encontra devidamente fundamentada no que ao elemento subjectivo diz respeito.

Na verdade, e como é sabido, sendo a consciência e a vontade de realização de determinado acto matéria de natureza subjectiva, que só o próprio tem o domínio, a sua prova, na falta de confissão, tem que ser feita por meio da chamada prova indirecta, indiciária ou por presunções naturais ou judiciais – se um ser racional, pensante, não afectado de anomalia psíquica pratica livremente determinado facto não pode deixar de o querer realizar e aceitar as consequências do mesmo.

Com efeito é conhecida a clássica distinção entre prova directa e prova indirecta ou indiciária – cfr. Germano Marques da Silva, ob. cit., II, 2ª ed., pág. 96.

Enquanto aquela incide directamente sobre o facto probando, esta incide sobre factos diversos do tema de prova, mas que permitem, com o auxílio de regras da experiência, uma ilação da qual se infere o facto a provar.

Embora a nossa lei processual não faça qualquer referência a requisitos especiais em sede de demonstração dos requisitos da prova indiciária, a aceitação da sua credibilidade está dependente da convicção do julgador que, embora sendo uma convicção pessoal, terá que ser sempre objectivada e motivada nos meios de prova produzidos e na sua apreciação em conformidade com os critérios legais de apreciação vinculada, ou na falta deles, no critério do artº 127º, do CPP.

A prova indirecta ou indiciária que incide sobre factos diversos do tema de prova mas que permitem, com o auxílio de regras da ciência e da experiência comum, uma ilação da qual se infere, com segurança, o facto a provar.

Sendo certo que apenas se pode extrair o facto probando do facto indiciário quando tal seja corroborado por outros elementos de prova, por forma a que sejam afastadas outras hipóteses igualmente possíveis – cfr. Germano Marques da Silva, ob. cit., II, 2ª ed., pág. 97/98.

Nesta perspectiva decidiu o Ac. do STJ de 11-11-04, Proc. nº 04P3182, acessível em www.dgsi.pt: O sistema probatório alicerça-se em grande parte no raciocínio indutivo de um facto desconhecido para um facto conhecido; toda a prova indirecta se faz valer através desta espécie de presunções. O recurso às presunções naturais não viola o princípio do in dubio pro reo.

Ora, no caso, conhecendo a arguida, através dos seus legais representantes, a disposição legal que define o modo de cálculo do preço efectivo de compra e,

não obstante, tendo colocado à venda o produto em referência, contabilizando o desconto referido não atendível não podia deixar de querer praticar o referido facto, que efectivamente praticou.

Surgindo pois o recurso, neste âmbito como manifestamente destituído de fundamento.

2.2. A arguida recorrente foi condenada pelo cometimento de contra-ordenação por venda com prejuízo.

Tendo em conta os elementos já enunciados no relatório que antecede, importa decidir se deverá ser aplicado o desconto indicado para cálculo do preço de compra efectivo do artigo (“Chocolate M... Mini Tabletes 240 gr”) que se encontrava para venda no estabelecimento comercial da arguida recorrente.

A evolução histórica poderá de alguma forma contribuir para a melhor compreensão do que pretenderá o legislador incluir nos descontos elegíveis para a definição de preço de compra efectivo.

A noção de *vendas com prejuízo*, entendida como *prática restritiva de uma leal concorrência*, surgiu com o DL nº 253/86, de 25 de Agosto para a actividade do comércio a retalho: no artigo 14º deste diploma legal proibiu-se a venda ou oferta para venda de um produto *por um preço inferior ao seu preço de compra efectivo acrescido dos impostos aplicáveis a essa venda*.

Definindo-se por preço de compra efectivo *o preço encontrado após a dedução dos descontos de qualquer natureza concedidos pelo fornecedor* (nº 2).

Com o DL nº 370/93, de 29 de Outubro, mantém-se a proibição, estendendo-se o âmbito de aplicação do regime a todas as relações entre agentes económicos.

No que aqui mais nos interessa, a descrição típica passou a estabelecer que para o cálculo do preço de compra efectivo fossem considerados, não todos os descontos de qualquer natureza concedidos pelo fornecedor, mas apenas os descontos contidos na factura de venda.

Posteriormente, o DL nº 140/98, de 16 de Maio veio alterar a redacção do DL nº 370/93, de 29 de Outubro, contando-se entre os propósitos do legislador, além de estender o âmbito de proibição à venda com prejuízo ao consumidor, também o de *eliminar as incertezas geradas pela redacção anterior no que respeita ao cálculo do chamado “preço de compra efectivo”* (cfr. Preâmbulo).

Na nova redacção, hoje vigente, tendo em conta o disposto nos nºs 2 e 3 do artº 3º do citado DL nº 370/93, de 29 de Outubro, os descontos relevantes para o cálculo do preço de compra efectivo terão de reunir cumulativamente as seguintes características:

Em primeiro lugar, exige-se uma expressa identificação no documento. Só

serão considerados os descontos *que se encontrem identificados na própria factura de compra ou por remissão desta em contratos de fornecimento ou tabelas de preços*; Este requisito decorre em nosso entender do texto legal (nº 2) e, porque a lei não excepciona, tem aplicação quanto a todos os descontos. Em segundo lugar, os descontos terão de pertencer a uma de três categorias: numa previsão mais restrita a partir da revisão de 1998, são agora susceptíveis de serem considerados apenas os descontos de *quantidade*, os descontos *financeiros* e os descontos *promocionais* desde que, quanto a estes últimos, seja possível a identificação do produto, respectiva quantidade e período de vigência [Na interpretação do nº 3 do artº 3º do DL 370/93, de 29/10, consideramos que a ausência de uma vírgula a seguir a *promocionais* e a própria natureza de cada um dos tipos de descontos permitem concluir que o legislador pretendeu estabelecer a exigência de identificação de incidência quanto a produto, quantidade e tempo apenas para os chamados descontos *promocionais*].

Em terceiro, apenas serão considerados os descontos em que seja possível estabelecer uma relação directa com *transacção em causa*.

Em quarto e último lugar, os descontos terão de ser *determináveis* no momento da emissão da factura de compra.

Vejamos o caso concreto:

Como decorre da matéria de facto provada, a recorrente tinha para venda no seu estabelecimento de supermercado o “Chocolate M... Mini Tabletes 240 gr” ao preço de € 3,44 por unidade; este produto tinha sido adquirido ao preço unitário de € 3,79.

Invoca a recorrente que deverá ser considerado o desconto promocional de 48,44% constante da factura relativa ao produto em causa.

É manifesta a sem razão da recorrente.

Como é sabido, os descontos promocionais são concedidos pelo fornecedor como forma de incentivar a venda do seu produto ou de o promover.

Para serem atendíveis, no cálculo do preço de compra efectivo, devem ser identificáveis quanto ao produto, respectiva quantidade e período por que vão vigorar (nº 3, do artº 3º, do DL nº 370/93, de 29/10).

No caso em apreço aquele desconto não pode ser considerado uma vez que, como bem se refere na decisão recorrida, dos elementos do contrato não resulta que o mesmo seja aplicável a uma determinada quantidade em concreto, não especificando a mesma, sendo o desconto aplicável a qualquer quantidade de compras efectuada, não sendo assim o desconto identificável quanto à quantidade e sendo esse desconto aplicável a qualquer transacção. Deste modo e concluindo, o referido desconto não pode ser considerado na definição do preço de compra efectivo a atender para se aferir do posterior

preço mínimo de venda referido no nº 1, do artº 3º, do DL nº 370/93, de 29/10. E, como é bom de ver, sem o contributo desse desconto para a definição do preço de compra efectivo, a venda desse produto pela arguida estava a ser feita a preço inferior àquele por que o havia comprado, isto é, estava a arguida a “vender com prejuízo”, objectivamente preenchendo, pois, a conduta tipificada no artº 3º, nº 1, do DL nº 370/93, de 29/10 na redacção do DL nº 140/98, de 16/05.

2.3. Por último, entende a recorrente que o tribunal “*a quo*” não fundamentou a medida concreta da coima aplicada, com o que violou o artº 18º, do RGCO. É evidente a sem razão da recorrente.

Com efeito, no que tange à medida da coima, consta da sentença recorrida o seguinte:

«Vejamos então a sanção a aplicar à arguida:

Refere o art.º 18º do Dec.lei 433/82 que a determinação da medida da pena faz-se em função da gravidade da contra-ordenação, da culpa, da situação económica do agente e do benefício económico que este retirou da prática da contra-ordenação.

Nos termos do disposto no art. 5º, n.º 2, al. a), do Dec. lei 370/93, as contra-ordenações em referência constituem acção punida com coima de 500.000\$00 (€ 2.493,99) a 3.000.000\$00 (€ 14.963,93), tratando-se de pessoa colectiva. A contra-ordenação praticada é grave, estando em causa os valores da sã concorrência e da protecção do consumidor.

Importa ter em atenção que a arguida agiu com dolo directo.

Ficou apurado relativamente à situação económico-financeira da arguida que a mesma:

- possui a maior rede, a nível nacional, de lojas alimentares da linha “D...”;*
- declarou um volume de negócios do exercício de 2007 de € 1.148.840.976,21 e um resultado desse exercício de € 88.229.643,69*

Nenhum elemento foi trazido aos autos relativamente ao benefício económico alcançado com a prática da contra-ordenação.

Ponderados todos estes elementos consideramos adequado aplicar à arguida a coima de € 4.500,00.».

Perante a transcrição acabada de efectuar, como se pode afirmar que o tribunal “*a quo*” não fundamentou a coima aplicada à recorrente!

Não se mostra, pois, violado o disposto no artº 18º, do RGCO.

III - DECISÃO

Face ao exposto, acordam os juízes da 9ª Secção deste Tribunal da Relação

em:

Negar provimento ao recurso interposto pela arguida A..., confirmando a sentença recorrida.

Custas pela recorrente, fixando-se em 3UC a taxa de justiça.

Lisboa, 16 de Junho de 2011

Relator: Carlos Benido

Adjunto: Francisco Caramelo