

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Processo n.º 7391/08
(Relator: L. Gominho)

Acordam, em conferência, na Secção Criminal da Relação de Lisboa:

I - Relatório:

I - 1.) Inconformadas com a sentença proferida pelo 2.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa melhor constante de fls. 5172 a 5247 (Vol. VIII), depois aclarada a fls. 5277 a 5280, que na parcial procedência dos recursos interpostos pelas arguidas “REBONAVE – Reboques e Assistência Naval, S.A.”, “LUTAMAR – Prestação de Serviços à Navegação, Ld.” e “REBOSADO – Reboques do Sado, Ld.”, da decisão da Autoridade da Concorrência melhor constante de fls. 4026 a 4117 (Vol. V), as condenou pela co-autoria material de um contra-ordenação p. e p. pelos art.ºs 4.º, n.º 1 e 43.º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, respectivamente, nas coimas de € 50.000 (cinquenta mil euros), € 12.000 (doze mil euros) e € 22.000 (vinte e dois mil euros), e bem assim reduziu para € 407,00, € 99,00 e € 179,00, respectivamente, a sanção pecuniária compulsória diária para a não cessação das práticas resultantes do acordo firmado, recorreram aquelas três sociedades para esta Relação, desta forma sintetizando as razões da sua discordância:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

I – 2.1.) Recorrente “REBONAVE – Reboques e Assistência Naval, S.A.” (cfr. fls. 5296 a 5313, Vol. IX):

1.^a - A decisão recorrida, conforme se demonstrou, em sede de matéria de facto, contém contradições insanáveis na sua fundamentação e também contradições insanáveis entre a fundamentação e a decisão, bem como as avaliações notoriamente erradas da matéria de facto provada;

2.^a - Tais contradições impedem que se tire a única conclusão acertada de que a ora Recorrente aplicou em 2006 uma única tabela de preços em todo o Porto de Setúbal, tabela essa que foi negociada com a Lisbonave e a Rebocalis, sem qualquer participação da LUTAMAR e da REBOSADO;

3.^a - Tal tabela foi divulgada em 25.1.2006 a todos os agentes de navegação, para entrar em vigor no dia 1.2.2006;

4.^a - Tal tabela não foi negociada, nem com a REBOSADO, nem com a LUTAMAR;

5.^a - A Recorrente, a LUTAMAR e a REBOSADO, em 2006, praticaram tabelas de preços diferentes;

6.^a - A admitir-se, por mera hipótese de raciocínio, que o acordo referenciado tenha ocorrido, o mesmo justifica-se, nos termos do disposto no art. 5.^º, n.^º 1, da Lei 18/2003;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7.^a - Na verdade, tal acordo não só contribuiu para uma significativa melhoria na prestação do serviço de reboques no Porto de Setúbal;

8.^a - Permitiu também aos armadores deixarem de suportar os custos de sobre-estadias resultantes da não prestação atempada de serviços de reboques, no Porto de Setúbal;

9.^a - Logo, a decisão recorrida fez uma incorrecta aplicação do disposto no n.^º 1 do art. 5.^º da Lei n.^º 18/2003.

10.^a - A coima a aplicar deve ter um valor mínimo, tendo em consideração o disposto nos art.^ºs 16.^º, n.^º 2 e 18.^º do RGCOc e art. 44.^º da Lei n.^º 18/2003.

11.^a - O volume de negócios deverá ser a facturação pelos serviços prestados no Porto Comercial de Setúbal, interpretação que, no caso concreto, não é contrária ao que dispõe a al. a) do n.^º 1 do art. 43.^º da Lei n.^º 18/2003;

12.^a - A sanção pecuniária compulsória não tem qualquer razão de ser, já que é a própria decisão recorrida que reconhece que o pretenso "acordo ilícito" já deixou de subsistir, a partir de 1 de Janeiro de 2007 e o regime de sub-contratação entre a Recorrente e demais arguidas justifica-se, pois possibilita a optimização da utilização da capacidade de reboque instalada no Porto Comercial de Setúbal.

Termos em que deve ser revogada a decisão recorrida e, consequentemente, absolvida a arguida, ora Recorrente.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

I - 2.2.) Recorrente "LUTAMAR – Prestação de Serviços à Navegação, Ld." (que mantém a numeração da própria motivação cfr. fls. 5299 a 5257, Vol. VIII):

29. - Face ao exposto devemos concluir que:

30. - A douta sentença proferida nos autos acima descritos deverá ser revista e aclarada quanto aos seus efeitos jurídicos;

31. - Descrevendo, tendo presente a actividade comercial da arguida como esta poderá diferenciar os seus preços das demais concorrentes, tendo presente que entre as mesmas, é similar, em matéria de custos, as suas estruturas empresariais;

32. - Apontando qual o efeito jurídico a cumprir nesta última determinação em termos de preços de modo a que o mesmo satisfaça a concorrência sem lesar a actividade comercial da arguida.

33. - Determinando ainda com rigor o início de aplicação da sanção pecuniária compulsória em que foi condenada.

I - 2.3.) Recorrente "REBOSADO – Reboques do Sado, Ld." (após convite à condensação das conclusões - cfr. fls. 5487 a 5521, Vol. X):

1.º - À data da decisão da Autoridade da Concorrência ou à data da sentença as arguidas não continuavam a aplicar o acordo para fixação de preços que terão

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

celebrado em 2006, tendo ficado provado que a partir de 1 de Janeiro de 2007 pelo menos a Rebosado e a Lutamar tinham novas tabelas de preços.

2.º - Por outro lado, não resulta sequer provado dos autos que o eventual acordo celebrado pelas arguidas tenha tido efeitos para impedir, restringir ou falsear de forma sensível a concorrência entre os operadores de reboques no porto de Setúbal, pois ainda que tivesse essa finalidade, nunca teve como efeitos qualquer convergência de preços entre as mesmas ou qualquer repartição efectiva de clientes (cfr. pontos 40, 41, 48, 114, 116 e 117 da "matéria de facto provada").

3.º - Mas ainda que se entenda que os factos dados como provados, só por si, não demonstram sem margem para dúvidas que as arguidas não estivessem a aplicar o eventual acordo à data da decisão, o certo é que sempre caberia à Autoridade da Concorrência o ónus da prova quanto à manutenção do acordo nessa data, prova esta que não foi feita.

4.º - Não estando provado que as arguidas estivessem a aplicar o acordo à data da decisão da Autoridade da Concorrência nem à data da dota sentença recorrida – como de facto não estavam nem estão – nunca poderia a Arguida ora Recorrente ser condenada a cessar a aplicação do acordo.

5.º - Pelos mesmos motivos, também nunca poderia a Arguida ora Recorrente ser condenada em qualquer sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso na cessação das práticas resultantes do acordo pois, se alguma vez este acordo teve algum efeito, não ficou provado que tais práticas se mantivessem à

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

data da decisão da autoridade da concorrência ou, por maioria de razão, à data da duma sentença recorrida, tendo, de facto, tal cessação ocorrido já há muito.

6.^a - Independentemente do facto das arguidas continuarem ou não a aplicar o acordo por si celebrado, o certo é que o único objectivo de tal acordo foi o de regular o bom funcionamento do serviço de reboques no Porto de Setúbal e estabelecer as regras de subcontratação entre os diversos operadores de reboques nesse porto.

7.^a - A sub-contratação entre os operadores de reboques do Porto de Setúbal é imprescindível ao funcionamento do mesmo, pois tal porto, pelas suas características, determina picos de utilização de rebocadores (sem os quais não funcionaria), só sendo possível minimizar o cancelamento ou adiamento das manobras com a utilização coordenada de toda a força de rebocadores dos vários operadores (cfr pontos 93 a 97, 111 a 113 e 121 a 124 da "matéria de facto provada").

8.^a - Assim, como resulta claramente dos autos (ponto 92 da "Matéria de facto provada" e pág. 43 da sentença), do acordo das arguidas resultou um benefício para o funcionamento do Porto de Setúbal e para todos os seus clientes.

9.^a - E este benefício para o Porto de Setúbal e seus clientes resultante do acordo das arguidas é tanto mais relevante quanto a actividade de operador de reboque marítimo é considerado um serviço público (artigo 5.^º do Decreto-Lei n.^º 75/2001, de 27 de Fevereiro).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

L
S

10.^a - Ou seja, a natureza de serviço público da actividade de operador de reboque marítimo e o comprovado benefício para a actividade que resultou do acordo das arguidas, sempre justificaria a sua celebração, ainda que do mesmo resultassem algumas restrições não significativas à concorrência.

11.^a - Acresce que a circunstância de terem sido combinadas entre as arguidas tabelas com preços convergentes para aplicar nas subcontratações entre si e das mesmas tabelas passarem desde então a ser utilizadas como tabelas gerais ou de base para os seus clientes directos (os quais, no entanto e como ficou provado, pagavam efectivamente valores diversos e estabelecidos caso a caso com cada uma das arguidas), não pode, só por si, fazer concluir que se pretendeu convergir os preços para os clientes directos das arguidas.

12.^a - E se algumas dúvidas resultam dos autos quanto ao número de clientes das arguidas que pagaram serviços de acordo com as suas tabelas de base (isto é, se foi elevado ou diminuto), a verdade é que, na dúvida, não podia deixar de se decidir a favor das arguidas (*"in dubio pro reo"* – artigo 32.^º da Constituição da República Portuguesa).

13.^a - Por outro lado, o facto da tabela geral da arguida ter sofrido um aumento significativo em 2006 resultou apenas de um notório aumento dos custos com matérias-primas ao longo dos anos em que tal tabela não foi alterada (cfr. pág. 44 da sentença).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5

14.^a - Assim, não podia o Tribunal "a quo" ter decidido que dos factos dados como provados resultou sem margem para dúvida um acordo que teve como objecto (ainda que não o efeito) de convergência de preços.

15.^a - Mas ainda que assim não se entenda, a realidade é que as arguidas celebraram um único acordo, o relativo à sub-contratação entre si, e não dois acordos, um relativo à sub-contratação e outro relativo à convergência de preços, como parece entender a Meritíssima Juiz do Tribunal "a quo".

16.^a - Assim sendo, mesmo que se entendesse que o acordo entre as arguidas teve também como objecto a convergência de preços e a partilha do mercado, a verdade é que tal acordo sempre seria justificado, nos termos do artigo 5.^º da Lei n.^º 18/2003 de 11 de Junho, uma vez que resultou claro dos autos que do acordo das arguidas resultou um benefício para o funcionamento do porto de Setúbal e para todos os seus clientes, conforme reconhece a Meritíssima Juiz do Tribunal "a quo" (cfr. pág. 63 da dota sentença recorrida).

17.^a - Acresce que foi reservado aos utentes do Porto de Setúbal uma parte equitativa dos benefícios resultantes de tal acordo para o porto, pois passaram a não correr riscos de atrasos ou cancelamentos das manobras dos rebocadores.

18.^a - E apesar do aumento de preços verificado, claramente compensado pela melhoria no funcionamento do Porto de Setúbal, os preços praticados pelas arguidas pelos serviços de reboque neste porto continuaram a ser os mais baixos do país (cfr pontos 131 a 138 da "Matéria de facto provada").

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

19.^a - Por outro lado, o acordo em apreço não impôs a nenhuma das empresas qualquer restrição na sua actuação, seja quanto a preços, seja quanto à pretensa repartição de clientela (como já antes se referiu).

20.^a - Por último, tal acordo não deu às arguidas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado de reboques no porto de Setúbal (pois mantiveram-se preços concorrentes e mudanças de clientes entre as arguidas).

21.^a - Assim, ainda que se entenda que o acordo entre as arguidas teve como objecto a concertação de preços e a partilha de mercado, deve também entender-se que se encontram preenchidos os três requisitos das alíneas a) a c) do n.^º 1 do artigo 5.^º da Lei n.^º 18/2003, pelo que a ora Arguida devia ter sido absolvida da contra-ordenação prevista e punida no art. 4.^º, n.^º 1 e 43.^º, n.^º 1, al. a) da Lei n.^º 18/2003.

22.^a - Mas caso se entenda que o acordo dos autos não se encontra justificado nos termos do art. 5.^º da Lei n.^º 18/2003, de 11 de Junho, o certo é que o artigo 44.^º estabelece que a coima a aplicar nos termos do artigo 43.^º, n.^º 1, alínea a), ambos da mesma lei, deve, além de outras, atender às vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infracção.

23.^a - Porém, da sentença recorrida não se encontra um único facto dado como provado de onde se possa concluir que as arguidas retiraram algum benefício económico da sua conduta (cfr. pág. 50 da dota sentença, onde é dada como não provada a matéria constante dos art.^ºs 150.^º a 152.^º da decisão da Autoridade da Concorrência).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

24.^a - Mas ainda que se entenda que da simples existência do acordo decorreu algum benefício económico para as arguidas (como parece ser a errada suposição do Tribunal "a quo"), o certo é que tais vantagens não poderão deixar de ser quantificadas, ainda que de uma forma indirecta e/ou aproximada, pois se assim não for não é legalmente possível encontrar qualquer medida para a coima a aplicar.

25.^a - Assim, a Arguida ora Recorrente sempre devia ter sido absolvida da contra-ordenação de que vem acusada, por falta de um dos elementos obrigatórios para determinação da eventual coima a aplicar.

26.^a - Por último, ainda que se entenda que devia ter sido aplicada uma coima e uma sanção pecuniária compulsória à Arguida ora Recorrente, a verdade é que as mesmas são manifestamente exageradas.

27.^a - Com efeito, o n.^o 1 do artigo 43.^º da Lei n.^º 18/2003 de 11 de Junho, estabelece que a coima a aplicar à infracção do artigo 4º do mesmo diploma não pode exceder 10% do volume de negócios do último ano (sublinhado nosso). O mesmo dispõe o artigo 46º do mesmo diploma quanto à aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, sendo o limite máximo, neste caso, de 5% da média diária do volume de negócios do último ano (sublinhado nosso).

28.^a - Ora, por "último ano" não pode deixar de se entender o "último ano" anterior ao da infracção, pois se assim não fosse então a lei estaria a tratar diferentemente situações iguais.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

29.^a - Na verdade, os n.^º 1 do artigo 43.^º e o artigo 46.^º da Lei nº 18/2003 de 11 de Junho teriam que ser considerados inconstitucionais, por violação do artigo 13.^º, n.^º 1, da CRP, caso se entenda “último ano” como não se referindo ao ano anterior ao da infracção.

30.^a - Assim, o volume de negócios a atender para aplicação de uma eventual coima à Arguida ora Recorrente sempre devia ser o do ano de 2005 e não o do ano de 2006, como considerou o Tribunal “a quo” e a Autoridade da Concorrência, pelo que, tendo sido considerado que a medida da coima devia corresponder a aproximadamente 1% do volume de negócios da Arguida, a coima aplicada devia ser de € 14.000,00 (+- 1% de 1.412.173,72) e não de € 22.000,00 (+- 1%. de € 2.175.814,43).

31.^a - O mesmo se diga quanto à sanção pecuniária compulsória, pois considerando o volume de negócios da Arguida em 2005 e que tal sanção deverá corresponder a 3% da média diária desse volume de negócios, o valor desta sanção não deverá, em caso algum, ser superior € 116,00 (e não € 179,00, como foi decidido pelo Tribunal “a quo”).

32.^a - Ainda no que respeita à sanção pecuniária compulsória, a medida concreta da pena devia ter seguido o mesmo critério da coima efectivamente aplicada à Arguida, ou seja, devia corresponder a 1/10 (um décimo; ou dez por cento) do máximo legal e não a 3/5 (três quintos; ou sessenta por cento) do máximo legal, isto é, devia corresponder a 0,5% da média diária do volume de negócios do último ano ao da eventual infracção, pelo que, considerando o volume



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de negócios de 2005 da Arguida ora Recorrente, devia ter sido fixada no valor diário de € 20,00.

33.^a - Por último, em qualquer dos casos (coima e sanção pecuniária compulsória), é manifestamente exagerado aplicar à Arguida uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória correspondente a um décimo ou 10% do máximo legal.

34.^a - Na verdade, a própria Autoridade da Concorrência considerou que essa medida estaria correcta no caso da ora Arguida, mas fê-lo não tendo tomado em consideração diversos factos dados como provados nos autos, desde a colaboração das Arguidas (cfr. págs. 71 e 72 da sentença), até ao idêntico grau de participação de todas elas e o seu eventual benefício, passando pelos efeitos inexistentes ou muito limitados do acordo e os benefícios deste para o funcionamento do porto de Setúbal e seus utentes.

35.^a - Assim, considerando todas as circunstâncias atrás referidas, o Tribunal a "quo" deveria ter reduzido a medida concreta da pena para uma medida inferior a 10% do máximo legal, não aplicando às arguidas uma coima (ou uma sanção pecuniária compulsória) superior a 1/20 ou 5% do máximo legal, isto é, 0,5% do seu volume de negócios no ano anterior ao da infracção.

36.^a - Assim, a entender-se dever ser aplicada uma coima à Arguida ora Recorrente por prática de uma contra-ordenação prevista e punida nos artigos 4.^º e 43.^º, n.^º 1, da Lei nº 18/2003 de 11 de Junho, a mesma nunca deverá ser superior a

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

€ 7.000,00, quantia correspondente a aproximadamente 0,5% do seu volume de negócios de 2005.

37.^a - E a entender-se dever ser aplicada à arguida uma sanção pecuniária compulsória, a mesma nunca deverá ser superior a € 10,00 por dia, quantia correspondente a 0,25% da média diária do volume de negócios da Arguida ora Recorrente em 2005.

38.^a - Ao decidir como decidiu, o Tribunal "a quo" violou, além do mais, o disposto nos arts. 13.^º e 32.^º da Constituição da República Portuguesa e o disposto nos arts. 4.^º, 5.^º, 43.^º e 44.^º da Lei n.^º 18/2003, de 11 de Junho.

Nestes termos, nos mais de direito deve dar-se provimento ao presente recurso, revogando-se o despacho recorrido em conformidade com as presentes alegações.

I - 3.1.) Respondendo ao recurso interposto pela REBONAVE deixou consignado o Ministério Público junto do Tribunal de Comércio (cfr. fls. 5353 5371):

1.^º - A arguida REBONAVE - Reboques e Assistência Naval SA, recorreu da dota sentença, que a condenou, pela prática de uma contra-ordenação prevista nos art.^ºs 4.^º, n.^º 1 e 43.^º, n.^º 1, a), da Lei 18/2003, de 11/06, proferida nos autos de recurso de impugnação judicial supra indicado,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2.º - Por ter celebrado, com as restantes quatro co-arguidas e empresas concorrentes no sector do reboque do Porto de Setúbal, um acordo pelo qual quiseram, de forma deliberada, livre e voluntária, manter ao longo do tempo, uma fixação de preços convergentes, uma manutenção de carteiras de clientes e criação de um sistema de compensações para o caso dos clientes mudarem de prestador de serviços,

3.º - Bem sabendo que, com o conteúdo em causa, falseavam a concorrência e era proibido por lei e que mesmo assim o quiseram celebrar nos termos em que o fizeram.

4.º - Contrariamente ao que pretende a arguida, a dota sentença não contém contradições (muito menos insanáveis) em sede de fundamentação e entre esta e a decisão.

5.º - Tal como não existe qualquer erro (muito menos notório) na apreciação da prova.

6.º - Pelo contrário, a arguida confunde - em seu proveito - a matéria dada como assente e a fundamentação clara e lógica da decisão que não lhe convém.

7.º - Mas conforme a Mtm.^a Juiz claramente explica: "Pretende a Rebonave que a sua tabela entrou em vigor antes da primeira reunião havida entre as arguidas. Sucede que tal não se provou, pelo contrário. O que a Rebonave demonstrou é que a sua tabela para o estaleiro da Lisnave foi aprovada em data anterior. Mas não demonstrou que a sua decisão de passar a aplicar a mesma tabela

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

nos dois portos fosse anterior a essa data, nem explicou por que é que só em 2006 resolveu passar a ter uma tabela única ou porque é que resolveu passar a aplicar a sua tabela geral a clientes directos como é o caso da Mar e Sado a quem passou a aplicar em 2006 a sua tabela geral, isto é a tabela aprovada em consequência do acordo (com um desconto de 10% e uma entrada em vigor algum tempo mais tarde).

8.º - No que concerne à data a partir da qual a tabela da Rebonave entrou em vigor no Porto de Setúbal, não obstante a mesma no seu recurso pretender que essa entrada em vigor ocorreu em momento anterior ao da reunião de Janeiro, o certo é que a própria arguida, ao enviar elementos solicitados pela AdC na fase de instrução, como decorre directamente do doc. fls. 1358, tabela com a facturação da Rebonave na qual está escrito na rubrica observações, à frente da factura n.º 60156 de 8 de Março, "nova tabela", sendo certo que desde 3 de Janeiro que a Rebonave facturava serviços à Lutamar (a quem também respeita a factura 60156). Ora se a tabela tivesse entrado em vigor no inicio do ano, como pretende agora a arguida, não faria qualquer sentido que só fosse aplicada a partir de Março, sendo certo que a Rebonave nem sequer invocou que existisse qualquer acordo entre as arguidas nesse sentido.

9.º - É certo que a tabela que veio a aplicar no Porto Comercial de Setúbal é a tabela que aplicava no estaleiro da Lisnave e que esta foi aprovada e entrou em vigor antes da primeira reunião celebrada entre as arguidas. Mas daí não resulta que não tenha a Rebonave participado do acordo quanto a preços. Conjugando a prova produzida resulta claro que o acordo celebrado entre as três arguidas passou por a Rebonave passar a aplicar a sua tabela para o cais Mitrena ao Porto

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Comercial de Setúbal e por fazer aproximar dessa tabela da Rebonave as tabelas das outras arguidas".

10.º - Não há contradição do afirmado anteriormente com o constante no facto 44, pois este apenas confirma que em 2006 a arguida passou a aplicar aos seus clientes no Porto de Setúbal a tabela concertada com as arguidas, inclusive a pelo menos um dos seus clientes habituais (conjugação com os factos 81 e 91).

11.º - O que consta realmente dos autos, no caso do facto 91, é que "A Rebonave presta serviços no porto comercial de Setúbal para três clientes: a) a Mitsui ... em Outubro de 1998 ... (lumpsum) b) a agência BK desde Julho de 1994 ... (lumpsum) c) a agência Mar e Sado com quem a Rebonave negociou em Setembro de 2004 um tarifário válido para o conjunto dos navios por ela agenciados", esquecendo-se a arguida de referir que, no facto 81, é dado também como assente que "No ano de 2006, a Rebonave aplicou à sua cliente Mar e Sado a tabela geral de preços de 2006, tendo negociado o prazo de aplicação para Abril e o desconto de 10% para pagamento a 30 dias".

12.º - Não existe qualquer confusão na sentença entre tarifários e taxas horárias, pois a análise comparativa dos tarifários comporta a sua aplicação a casos concretos, fazendo intervir nessa comparação as condições específicas da sua aplicação, em função do horário, localização, condição do rebocado, potência dos rebocadores, taxa de combustível e - também - as taxas horárias.

13.º - Tal argumento não o é na realidade, pois naturalmente as condições da prestação do serviço influenciarão o tempo (e por inerência, os meios usados,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

numa óptica de maximização dos custos/benefícios) que será necessário afectar aquela operação.

14.º - Não há contradição entre os factos 114, 115, 116 e 117 e o facto 91, no intuito de demonstrar que não existia cristalização de clientela, nem possibilidade dessa cristalização ocorrer, pois a mudança a que alude o facto 115 tem lugar em 2007, ou seja quando já se encontrava em utilização o acordo ilícito de concertação de preços e de compensação de clientes, pelo que a factualidade fundamenta a conclusão inversa do pretendido pela arguida.

15.º - Quanto à cristalização da clientela diz a sentença que (fls. 58) "Nos restantes cais do Porto de Setúbal (excluindo Mitrena) a procura integra o universo de agentes de navegação e armadores que ali pretende atracar/desatracar, não sendo os restante portos nacionais alternativos face à distância geográfica e às características próprias deste sector de actividade, e a oferta integra as três arguidas dado que são as únicas empresas que, estando licenciadas no Porto de Setúbal, ali prestam efectivamente a sua actividade.

16.º - Não quer isto dizer que o mercado tenha barreiras à entrada. Trata-se de realidades distintas. Teoricamente qualquer empresa que preste serviços de reboque pode exercer a sua actividade no porto de Setúbal, desde que obtenha a necessária licença. O que sucede é que não é viável a prestação de serviços de reboque num porto para as empresas que não tenham ali a sua frota (o que sucede quando estão devidamente licenciadas) e o mercado, tal como se encontra, tem apenas quatro empresas licenciadas no Porto de Setúbal; as três arguidas e a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Rebocalis, sendo que esta, por opção comercial, não presta serviços no porto comercial.

17.º - Sendo o mercado, do lado da oferta, constituído pelas três arguidas e tendo ficado demonstrado que estas celebraram um acordo ilegal quanto à concertação de preços e compensação de clientes, existe cristalização de clientela.

18.º - Não há lugar à aplicação do art. 5.º da Lei da Concorrência porque não se provaram factos de onde decorra a justificação da conduta ilícita, nomeadamente que o acordo de convergência dos preços, em alta (e é isso que é ilegal), fosse necessário para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços, a produtividade, a competitividade, o desenvolvimento económico ou técnico, ou que tivesse por finalidade o desenvolvimento de um novo produto ou processo de fabrico que individualmente fosse impossível de alcançar.

19.º - A decisão fundamentou-se na prova produzida nos autos (depoimentos e testemunhos em audiência e nos documentos juntos), relacionando uns factos com os outros, com uso da experiência e do senso comum.

20.º - Não existe qualquer contradição na fundamentação da decisão a partir desta factualidade, que não colide entre si, antes se completa do modo referido.

21.º - A coima concreta não deverá ter um valor simbólico, como pretende a arguida, porquanto a sua escolha resulta da ponderação de critérios enunciados e aplicados pela Mtm.^a Juiz, tendo tido a arguida as vantagens inerentes ao aumento de preços em situação de concertação de mercado.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

22.º - O volume de negócios a ter em conta para a moldura abstracta da coima apenas pode ser o contido no art. 43.º, n.º 1, a), não permitindo a lei a interpretação restritiva pretendida pela arguida.

23.º - Também contrariamente ao afirmado pela arguida, a sanção pecuniária compulsória tem razão de ser, pois a dota sentença recorrida não reconhece que o acordo ilícito deixou de subsistir a partir de 1 de Janeiro de 2007.

24.º - O que a dota sentença refere é que (fls. 72) "Do comportamento das arguidas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência: No que a este ponto respeita apenas se provou que as arguidas aprovaram novas tabelas para 2007, mas não se provou que tenham posto termo ao acordo que celebraram e que não incluía apenas a fixação de preços", e que (fls. 51) "art 153.º - Não se provou a acusação que as tabelas aprovadas pelas arguidas em 2006 se mantivessem em vigor em Abril de 2007 (data em que foi proferida a decisão (da AdC)), sendo certo que dos doc. fls. 3974 e 4007 resulta que a partir de 1 de Janeiro de 2007 a Rebosado e a Lutamar tinham uma nova tabela de preços",

25.º - Pelo que faz todo o sentido a fixação de uma sanção pecuniária compulsória,

26.º - Cujo pagamento, a arguida evitará, se cumprir a sentença.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

27.^º - Por último - e como decorre de uma simples leitura da sentença recorrida - esta não proíbe a subcontratação,

28.^º - Mas sim, a concertação das quatro arguidas, nos termos definidos nos pontos 75, 76 e 77 da matéria de facto, que no caso criou uma convergência, em alta, nos preços da prestação dos serviços prestados pelas mesmas.

29.^º - A dourada sentença não violou nenhuma das normas indicadas, antes fez correcta aplicação da lei aos factos.

I – 3.2.) Respondendo ao recurso interposto pela LUTAMAR deixou consignado o Ministério Público junto do Tribunal de Comércio (cfr. fls. 5341 a 5352):

1.^º - A arguida LUTAMAR - Prestação de Serviços à Navegação, Ld.^a, recorreu da dourada sentença, que a condenou, pela prática de uma contra-ordenação prevista nos art.^ºs 4, n.^º 1 e 43.^º, n.^º 1, a), da Lei 18/2003 de 11/6, proferida nos autos de recurso de impugnação judicial supra indicado,

2.^º - Por ter celebrado, com as restantes quatro co-arguidas e empresas concorrentes no sector do reboque do Porto de Setúbal, um acordo pelo qual quiseram, de forma deliberada, livre e voluntária, manter ao longo do tempo, uma fixação de preços convergentes, uma manutenção de carteiras de clientes e criação de um sistema de compensações para o caso dos clientes mudarem de prestador de serviços,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

3.º - Bem sabendo que, com o conteúdo em causa, falseavam a concorrência e era proibido por lei e que mesmo assim o quiseram celebrar nos termos em que o fizeram.

4.º - A arguida foi condenada a cessar de imediato a aplicação do referido acordo, ao pagamento da coima de €12.000,00, à sanção pecuniária compulsória a pagar por cada dia de atraso na cessação das práticas resultantes do acordo, no montante de € 99,00 e na publicação, a expensas próprias, de extracto da decisão judicial num jornal diário de grande expansão e no Diário da República.

5.º - A arguida declara que “pretende cumprir com a sentença proferida nos exactos termos em que esta tange a sua esfera jurídica”.

6.º - Mas recorre da sentença,

7.º - Dizendo que a mesma necessita de ser “revista e aclarada no seu sentido”,

8.º - Apesar de não identificar como erro, lapso, obscuridade ou ambiguidade a parte da sentença que - em seu entender necessita de ser aclarada, sem que a respectiva eliminação não comporte modificação essencial, conforme exige o art. 380.º, n.º 2, b), do CPP, aplicável por remissão do art. 41.º do RGCO.

9.º - Contudo de seguida diz que pretende, afinal, “*reformular em parte ... a sua decisão (da sentença)*”.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

10.^º - Mas não invoca qualquer preceito legal que a sentença tenha violado.

11.^º - Pelo que o presente recurso carece, em absoluto, de fundamento fáctico ou legal.

12.^º - A arguida apenas entende que a sentença devia - a par da condenação - dizer qual o comportamento ou comportamentos que a arguida devia adoptar para não infringir a lei.

13.^º - Pois, interpretando a procedência parcial dos recursos interpostos, como aceitação parcial da legalidade do acordo em causa, pretende ser esclarecida quanto à forma de dar cumprimento à sentença, na parte do acordo que esta declara ilegal.

14.^º - Ora, como bem sabe a arguida, a procedência parcial dos recursos resulta da diminuição do montante das coimas e das sanções pecuniárias compulsórias.

15.^º - E não de um fraccionamento do acordo que, naturalmente, foi visto e analisado como um todo e como tal apreciado e sancionado.

16.^º - Por outro lado, ao pretender qualificar a situação referida no ponto 11 como omissão, a arguida cai no vazio legal.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

17.º - Pois não compete ao Tribunal proceder a aconselhamento jurídico, esgotando-se a função jurisdicional, no acto de aplicar a lei aos factos que lhe são submetidos a julgamento.

18.º - Constatase ainda que a arguida parece pretender imputar ao Tribunal a "responsabilidade" pela eventual situação deficitária em que possa cair, na sequência do cumprimento da sentença.

19.º - De novo, e pelos motivos já enunciados, carece tal argumentação de qualquer suporte legal.

20.º - Sendo certo que a argumentação expendida pela arguida a esse propósito (de que o acompanhamento do aumento do custo das matérias-primas levaria, inexoravelmente, ao aumento dos preços dos serviços prestados, pelo que a impossibilidade de aumentar os preços por si praticados determinada pela sentença recorrida a faria incorrer em grave prejuízo),

21.º - Foi objecto de análise na douta sentença, tendo-se - e bem concluído que o aumento do custo das matérias-primas não determina um aumento uniformizador das tabelas de preços das empresas concorrentes,

22.º - Porque "O que está aqui em causa é o aumento convergente dos preços resultante de um acordo nesse sentido celebrado pelas arguidas. O que o normal funcionamento do mercado impõe é que as tabelas de cada agente sejam actualizadas de acordo com as regras normais de funcionamento do mesmo, isto é, cada uma das operadoras tem de fazer um estudo sobre os seus custos e em função

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

dos mesmos aumentar os preços que pratica de modo a manter uma margem de lucro que lhe permita exercer a sua actividade de modo rentável. Mas não foi isso que as arguidas fizeram, pois se o tivesse sido, os aumentos praticados por cada uma não levariam à aprovação de tabelas convergentes, isto é, não haveria aumentos dispares relativamente às tabelas anteriores, acabando esses aumentos por levar à aprovação de tabelas idênticas, e foi isso que sucedeu” (sublinhado nosso).

23.º - O recurso interposto não dá cumprimento ao disposto no art. 412.º, n.ºs 1, 2 e 3 do CPP (aplicável por remissão do art. 41.º do RGCO), pois não identifica quaisquer normas violadas, nem no que concerne à matéria de facto, indica os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados, nem as concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida.

24.º - Por outro lado o recurso interposto também não qualifica como erro, lapso, obscuridade ou ambiguidade a pretensa necessidade de aclaração da sentença, pelo que igualmente não dá cumprimento ao disposto no art. 380.º n.º 2, b), do CPP (aplicável pela mesma remissão).

25.º - Aliás o recurso confunde os dois procedimentos, pretendendo um efeito impossível da sentença, ou seja que lhe determine a conduta a adoptar na sua actividade comercial, para estar em conformidade com a lei.

26.º - Pelos motivos enunciados o recurso interposto não merece provimento.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

I – 3.3.) Respondendo ao recurso interposto pela REBOSADO concluiu igualmente (na sua forma pós aclaração - cfr. fls. 5374 a 5382):

1.º - A arguida REBOSADO - Reboques do Sado, Ld., recorreu da dota sentença, que a condenou, pela pratica de uma contra-ordenação prevista nos art.ºs 4.º, n.º 1 e 43.º, n.º 1, al. a), da Lei 18/2003, de 11/06, proferida nos autos de recurso de impugnação judicial supra indicado,

2.º - Por ter celebrado, com as restantes quatro co-arguidas e empresas concorrentes no sector do reboque do porto de Setúbal, um acordo pelo qual quiseram, de forma deliberada, livre e voluntária, manter ao longo do tempo, uma fixação de preços convergentes, uma manutenção de carteiras de clientes e criação de um sistema de compensações para o caso dos clientes mudarem de prestador de serviços,

3.º - Bem sabendo que, com o conteúdo em causa, falseavam a concorrência e era proibido por lei e que mesmo assim o quiseram celebrar nos termos em que o fizeram.

4.º - Contrariamente ao que pretende a arguida, a dota sentença não violou nenhum dos preceitos legais citados.

5.º - Não há lugar à aplicação do art. 5.º da Lei da Concorrência porque não se provaram factos de onde decorra a justificação da conduta ilícita, nomeadamente que o acordo de convergência dos preços, em alta, (e é isso que é ilegal) fosse necessário para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

serviços, a produtividade, a competitividade, o desenvolvimento económico ou técnico, ou que tivesse por finalidade o desenvolvimento de um novo produto ou processo de fabrico que individualmente fosse impossível de alcançar.

6.º - A escolha da coima concreta a aplicar resulta da ponderação de critérios enunciados e aplicados pela Magistrada, tendo tido a arguida as vantagens inerentes ao aumento de preços em situação de concertação de mercado.

7.º - O volume de negócios a ter em conta para a moldura abstracta da coima apenas pode ser o contido no art. 43.º, n.º 1, a), não permitindo a lei a interpretação pretendida pela arguida.

8.º - Também contrariamente ao afirmado pela arguida, a sanção pecuniária compulsória tem razão de ser, pois a dota sentença recorrida não reconhece que o acordo ilícito deixou de subsistir a partir de 1 de Janeiro de 2007.

9.º - O que a dota sentença refere é que (fls. 72) "Do comportamento das arguidas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência: No que a este ponto respeita apenas se provou que as arguidas aprovaram novas tabelas para 2007, mas não se provou que tenham posto termo ao acordo que celebraram e que não incluía apenas a fixação de preços", e que (fls. 51) "art. 153.º - Não se provou a acusação que as tabelas aprovadas pelas arguidas em 2006 se mantivessem em vigor em Abril de 2007 (data em que foi proferida a decisão (da AdC), sendo certo que dos doc. fls. 3974 e 4007 resulta que a partir de 1 de Janeiro de 2007 a Rebosado e a Lutamar tinham uma nova tabela de preços".

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

10.º - Pelo que faz todo o sentido a fixação de uma sanção pecuniária compulsória,

11.º - Cujo pagamento, a arguida evitará, se cumprir a sentença.

12.º - A dourada sentença não violou nenhuma das normas indicadas, antes fez correcta aplicação da lei aos factos.

I - 4.) Respondendo também aos recursos interpostos, a Autoridade da Concorrência deixou exaradas as seguintes conclusões:

I - 4.1.) Em relação ao apresentado pela REBONAVE (cfr. fls. 5416 a 5454):

1.º - Não se verifica, na dourada sentença, qualquer contradição entre a fundamentação e a decisão nem se verifica erro notório, por parte do TCL, na apreciação da prova. Ademais, são tratadas, na dourada sentença, de modo exemplarmente fundamentado, todas as matérias sobre as quais devia recair decisão.

2.º - No que toca à fixação conjunta das tabelas de preços, a Rebonave não tomou em devida consideração os Factos n.ºs 28 a 33, 35 a 39, 44, 46, 47, 50 a 66, 75, 78, 79 e 81 (bem como a correspondente fundamentação de facto), demonstrativos da existência de um acordo de fixação directa, conjunta e convergente de preços, do qual a Rebonave foi parte, juntamente com a Rebosado

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

e a Lutamar, e que se encontra provado por prova documental.

3.º - Ao contrário do alegado pela Rebonave, não se verifica qualquer contradição entre o Facto n.º 30 e o Facto n.º 79: na sequência do acordo de fixação de preços, as arguidas Rebosado e Lutamar passaram a aplicar as novas tabelas de preços em 1 de Março de 2006, data em que a Rebonave passou a aplicar no Porto comercial de Setúbal a tabela de preços que aplicava no cais da Lisnave.

Como explicado, fundamentadamente, na dota sentença, com referência aos factos provados, o que a Rebonave demonstrou é que a sua tabela para o estaleiro da Lisnave foi aprovada em data anterior. Mas a Rebonave não fez prova de que a sua decisão de passar a aplicar a mesma tabela nos dois portos fosse anterior a essa data, nem sequer explicou por que é que só em 2006 resolveu passar a ter uma tabela única ou porque é que resolveu passar a aplicar a sua tabela geral a clientes directos, como é o caso da sociedade denominada Mar e Sado.

Aliás, a Rebonave, ao ter enviado os elementos solicitados pela AdC na fase de instrução do processo, admitiu que a nova tabela só entrou em vigor em Março, como decorre directamente do doc. de fls. 1358 do processo contra-ordenacional em apreço. Conjugada a prova produzida, resulta claro que o acordo celebrado entre as três arguidas passou por a Rebonave ter estendido a aplicação da sua tabela para o cais da Mitrena ao porto comercial de Setúbal e por fazer aproximar dessa tabela da Rebonave as tabelas das outras arguidas.

4.º - Por outro lado, não é verdade - como expõe a Rebonave - que as arguidas só tenham acordado os preços a aplicar em 2006 para os subcontratos, uma vez que ficou provado que as tabelas aplicadas pelas arguidas, em 2006, no

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

regime de subcontratação, foram as tabelas gerais de cada uma delas. Acresce que, embora as arguidas pratiquem preços especiais para alguns dos seus clientes directos, as arguidas não provaram que cada cliente tem a sua tabela específica, como não provaram que não tenham, cada uma delas, uma tabela geral. Assim, como explicado na douta sentença, sendo as tabelas que aplicam nas subcontratações as suas tabelas gerais, é manifesto que o acordo celebrado quanto a preços não se restringiu aos preços a aplicar nas subcontratações, tendo abrangido, também, as suas tabelas gerais.

5.º - Dos Factos provados n.ºs 114 a 117 não resulta, como pretende a Rebonave, que as arguidas não tenham efectuado uma partilha de mercado para vigorar (pelo menos) em 2006. O facto de as arguidas terem decidido manter os clientes, que tinham à data da celebração do acordo, constitui uma forma de partilha do mercado, sendo, pois, irrelevante o argumento das arguidas de que nada previram quanto a clientes novos. O mecanismo de compensação instituído pelas arguidas é prova inequívoca de que foi efectuada uma partilha de mercado. Na verdade, só faz sentido criar um mecanismo de compensação para o caso de um cliente mudar de fornecedor se tiver havido um acordo de manutenção das quotas relativas de mercado, o que equivale a um acordo de partilha do mercado. Ademais, a partilha do mercado quanto aos serviços prestados nos cais da Eurominas e da Tanquisado encontra-se também provada - Factos n.ºs 55 a 63, que assentam em prova documental.

6.º - Da matéria de facto dada como provada, não resulta que do acordo adviessem vantagens que excluíssem a respectiva ilicitude, como indicado nos Factos n.ºs 28 a 39; 43 a 66; 75 a 77; 81 e 109 (e, ainda que as vantagens alegadas

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

pela Rebonave se tivessem verificado, sempre teriam de se verificar, cumulativamente, outros factores com vista a excluir a ilicitude). Designadamente, a douta sentença pronuncia-se sobre o argumento aduzido pela Rebonave no sentido de que o acordo de fixação de preços (e partilha do mercado) esteja justificado pelo alegado aumento dos custos: não está em causa, no presente processo, o aumento de preços das várias tabelas nem, tão pouco, a eventual necessidade de as tabelas serem ajustadas aos custos maiores que as empresas tinham à data da celebração do acordo, comparados com os que tinham há dois ou três anos. Não se põe sequer em causa (nem a AdC pôs em causa) que houvesse necessidade de aumentar os preços. O que está em causa é o aumento convergente dos preços resultante de um acordo nesse sentido celebrado pelas arguidas. O que o normal funcionamento do mercado impõe é que as tabelas de cada agente do mercado sejam actualizadas de acordo com as regras normais de funcionamento do mesmo. Mas não foi isso que as arguidas fizeram, pois, se o tivesse sido, os aumentos praticados por cada uma não levariam à aprovação de tabelas convergentes, isto é, não haveria aumentos dispareus relativamente às tabelas anteriores, acabando esses aumentos por levar à aprovação de tabelas idênticas, e foi isso o que sucedeu. A respeito deste passo da fundamentação da matéria de facto, vejam-se os Factos n.ºs 28 a 39; 43 a 66; 75 a 77; 81 e 109 enunciados na douta sentença.

7.º - A existência de subcontratações entre as três arguidas não justifica o acordo, celebrado por estas em 2006, de fixação de preços e partilha do mercado: ficou provado que, nos anos anteriores a 2006, as arguidas já se subcontratavam, sem terem necessitado fixar conjuntamente os preços e repartir o mercado, como indicado nos correspondentes Factos n.ºs 34, 35, 38, 45 a 47, 55 a 62, 145 e 146.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

8.º - Ao invés do que alega a Rebonave, é irrelevante, para o efeito de exclusão da ilicitude do acordo, a alegada (mas não demonstrada) ausência de reclamações por partes de clientes, relativamente à tabela de preços de 2006 da Rebonave: dos autos do processo contra-ordenacional em apreço, consta uma reclamação sobre esta tabela, apresentada pela Navigomes, não tendo a Rebonave esclarecido se esta reclamação respeita a serviços para o cais da Lisnave e sendo que (como ficou provado), a Rebonave, em 2006, passou a aplicar no porto comercial de Setúbal a tabela de preços que aprovou, para o mesmo ano, relativamente aos serviços a prestar no cais da Lisnave.

9.ª - A referência a “volume de negócios”, constante do n.º 1 do art. 43.º da Lei n.º 18/2003, de 11.06, deve ser entendida como referência ao volume de negócios total da empresa, e não o volume de negócios realizado, apenas, no mercado relevante, como defendido também no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido em 07.11.07 pela 3.ª Secção, no proc. n.º 7251/07, tendo a douta sentença do TCL aplicado correctamente a indicada disposição legal.

Terminou pois pela improcedência do recurso interposto.

I – 4.2.) Em relação ao recurso apresentado pela LUTAMAR (cfr. fls. 5416 a 5454):

1.º - Não parece claro que efeito pretende a Lutamar atingir, através da interposição do presente recurso: (i) se a aclaração ou correcção da douta sentença, para o que deveria ter requerido, em conformidade, esse acto de

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

aclarar ou correcção, por parte do TCL (ao abrigo do art. 380.^º do Código de Processo Penal); ou (ii) se pretende a alteração da dota sentença, sendo julgado procedente o respectivo recurso.

2.^º - Ao contrário do invocado pela Lutamar, a dota sentença identifica, com rigorosa minúcia, toda a matéria de facto dada como provada relativamente à prática ilícita, no ponto 3.1., págs. 13 a 21, v.g. Factos n.^ºs 28 a 65, 75 a 77 e 109; bem como nas pág.^ºs 35 a 48; e ainda no ponto 3.3., a pág.^ºs 56, 57 e 59 a 64, no que toca à fundamentação de facto. É, consequentemente, incomprensível que a Lutamar invoque não ter ficado provada a "adopção de uma tabela comum de preços pelas arguidas", daí extrapolando para a alegada licitude do acordo, quando a dota sentença claramente indica que o que está em causa é o acordo celebrado pelas três arguidas, através do qual estas fixaram de forma directa, conjunta e convergente, os preços dos respectivos serviços, para 2006: os níveis de preços das três tabelas de 2006 são idênticos.

3.^º - Cessar um acordo horizontal, celebrado entre três empresas, tendente à fixação conjunta de preços, significa que cada uma das três empresas deve passar a fixar o respectivo tarifário de modo independente entre si, como resulta, designadamente, dos arts. 197.^º, 198.^º, 208.^º, 217.^º e 218.^º a 231.^º da Decisão da AdC e consta do ponto 3.3.1., pág. 45 da dota sentença.

4.^º - É totalmente improcedente o argumento da Lutamar, no sentido de que a dota sentença devesse ter esclarecido que critérios deve a Lutamar adoptar para fixar os seus preços, divergindo das tabelas da Rebosado e da Rebonave: em 2005, os níveis de preços constantes das tabelas destas três empresas eram diversos entre

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

si, facto este que a douta sentença considerou como provado - v.g. Factos n.ºs 34, 35 e 38 - confirmando a Decisão da AdC (que se baseou em prova documental), nunca tendo este facto sido contestado pela Lutamar. Razão pela qual a ora alegada (mas não provada) similitude de meios não determinou a convergência do tarifário em anos anteriores aos da celebração do acordo. Assim sendo, não existe qualquer motivo para a Lutamar não poder cumprir a dota sentença.

5.º - As arguidas foram condenadas não só pela fixação conjunta de preços, mas também pela partilha do mercado, cabendo, do mesmo modo, à Lutamar, Rebonave e Rebosado fazerem cessar esta vertente do acordo.

Terminou pela improcedência do recurso interposto.

I - 4.3.) Em relação ao recurso apresentado pela REBOSADO (cfr. fls. 5402 a 5419):

1.º - Ao contrário do que sustenta a Recorrente, o Tribunal *a quo* não considerou que o acordo (melhor identificado nos presentes autos) celebrado entre a ora Recorrente e as empresas denominadas Lutamar - Prestação de Serviços à Navegação, Lda, e Rebonave - Reboques e Assistência Naval, S.A., não tivesse efeitos restritivos da concorrência: como resulta da Sentença recorrida, o Tribunal *a quo* considerou que, nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, não é necessário que um acordo tenha por efeito restringir, de forma sensível, a concorrência, bastando que tenha por objecto a restrição sensível da concorrência.

2.º - Acresce que o Tribunal *a quo* entendeu que, atenta a natureza do

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

acordo celebrado pelas Recorrentes, é manifesto que o mesmo produziu efeitos nefastos no mercado, tal como identificados na Sentença recorrida.

3.º - A afirmação da Recorrente, no sentido de que o mencionado acordo não foi posto em prática, não é verdadeira, como decorre, designadamente, dos Factos Provados 31, 32, 33, 36, 37, 39, 44, 47, 49, 50 a 57, 59 a 63, 66 a 68, 79, 81 e 109, pelo que a AdC não poderia deixar de adoptar (na respectiva Decisão) a injunção de cessação da prática: sendo o acordo ilícito e tendo sido aplicado em 2006, as três empresas ora Recorrentes estão obrigadas a cessá-lo, ou seja, a não concertarem entre si os preços dos seus serviços - de reboque marítimo no Porto de Setúbal - e a não repartirem clientelas, bem como a não estabelecerem mecanismos de compensação em caso de desvios de clientes de umas para as outras (como meio de assegurarem o efeito da concertação de preços). Pelo mesmo motivo, a AdC não poderia deixar de estabelecer a sanção pecuniária compulsória em caso de não cumprimento, pelas empresas condenadas, ora Recorrentes, da mencionada injunção da AdC, constante da respectiva Decisão.

4.º - Ao invés do que invoca a Recorrente, o Tribunal *a quo* entendeu que as três empresas ora Recorrentes não conseguiram demonstrar que o único objectivo do acordo tenha sido o de regular o bom funcionamento dos serviços de reboque marítimo do Porto de Setúbal, tendo o mesmo Tribunal acrescentado que não está em causa, nos presentes autos, a eventual necessidade de aumentar os preços dos serviços, mas sim o aumento convergente dos preços, resultantes de um acordo nesse sentido, celebrado pelas três empresas ora Recorrentes.

5.º - Ademais, o Tribunal *a quo* não deu como provado (ao contrário do que

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

sustenta a Recorrente), que as três empresas Recorrentes não praticavam, em 2006, preços convergentes; ao invés, a Sentença é clara ao indicar que “É certo que todas as arguidas praticam preços especiais para com alguns dos seus clientes directos. Mas não só as arguidas não provaram que cada cliente tem a sua tabela específica, como não provaram que não tenham, cada uma delas, uma tabela geral. Logo, sendo as tabelas que aplicam nas subcontratações as suas tabelas gerais, é manifesto que o acordo celebrado quanto a preços não se restringiu aos preços a aplicar nas subcontratações, tendo abrangido, também, as suas tabelas gerais”. Aliás, as tabelas gerais constituem pontos de referência para a eventual negociação de condições especiais para determinados clientes, pelo que a convergência de preços das tabelas gerais, a que procederam intencionalmente as três Recorrentes, não pode deixar de ser relevante na aprovação de tabelas especiais.

6.º - A ilicitude do acordo em causa nos autos não se encontra justificada ao abrigo do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003, pelas razões amplamente detalhadas na Sentença, sendo que a Recorrente não aduz, a esse respeito, qualquer argumento que não haja sido invocado pela mesma, nas respectivas Alegações de recurso de impugnação judicial da Decisão da AdC, ou não haja sido invocado pela Lutamar - Prestação de Serviços à Navegação, Lda. ou pela Rebonave Reboques e Assistência Naval, S.A., nos respectivos Recursos interpostos da Sentença do Tribunal *a quo*.

7.º - Relativamente aos outros argumentos aduzidos pela Recorrente, no sentido da inexistência de qualquer acordo violador do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, ou da não punibilidade do mesmo, reitera-se a total improcedência destes argumentos, pelos motivos (os quais se dão aqui por inteiramente reproduzidos) já

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

amplamente detalhados na Sentença recorrida (Factos provados e fundamentação) e abordados pela AdC nas respectivas Contra-Alegações de recurso de impugnação judicial da Decisão da AdC e na Resposta da AdC aos Recursos interpostos da mesma Sentença pela Lutamar - Prestação de Serviços à Navegação, Lda. e pela Rebonave - Reboques e Assistência Naval, S.A..

8.º - Não assiste razão à Recorrente ao defender que, ainda que tivesse celebrado um acordo restritivo da concorrência, nunca poderia a AdC condená-la no pagamento de uma coima, por faltar um dos elementos de que a lei faz depender a sua aplicação, e que seria as vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infracção: em nossa perspectiva, a Recorrente confunde os pressupostos de punibilidade da infracção em causa e os critérios de graduação da medida da coima.

9.º - Com efeito, a Lei n.º 18/2003 não estabelece que a infracção ao artigo 4.º do mesmo diploma só possa ser punível caso se prove que da prática resultaram benefícios para as empresas infractoras; por seu turno, o artigo 44.º da mesma Lei estabelece, a título exemplificativo, os vários critérios de graduação da coima, sendo que as mencionadas vantagens constituem apenas um desses critérios. Acresce que não existe disposição legal que imponha a quantificação dos benefícios económicos como pressuposto de verificação dos mesmos.

10.º - Não obstante, no caso em apreço nos autos, o Tribunal *a quo* considerou que, embora não quantificado, as ora Recorrentes retiraram benefício económico do acordo.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

11.^a - A Recorrente defende que o volume de negócios a ser tomado em consideração para o cálculo da coima deveria ter sido o do ano de 2005 e não o de 2006, uma vez que a referência, constante do artigo 43.^º, n.^º 1 da Lei n.^º 18/2003 a "volume de negócios do último ano", deve ser interpretada como o último ano anterior ao da infracção.

12.^a - Ora, em nossa opinião, salvo melhor, a interpretação, sustentada pela Recorrente, do artigo 43.^º, n.^º 1, da Lei n.^º 18/2003, é claramente *contra-legem*: não se apoia em qualquer elemento literal, ou outro, de interpretação e é contrária *ratio legis* do preceito legal em análise. Efectivamente, a estipulação da moldura, de graduação da coima, de 10% do volume de negócios no último ano visa, entre outros fins, constituir um factor de punição adequada e de dissuasão de práticas restritivas da concorrência, como a que foi praticada no caso dos presentes autos. Deste modo, o volume de negócios a ter em consideração para aquele efeito, deverá ser o volume de negócios que, pela sua contemporaneidade em relação à prática em apreço, possa reflectir eventuais vantagens auferidas pelas empresas infractoras em consequência da prática.

13.^º - O Tribunal da Relação de Lisboa (3.^a Secção), na sentença proferida em 7.11.2007, no proc. n.^º 7251/07, considerou que a referência ao volume de negócios do último ano, constante do artigo 43.^º, n.^º 1 da Lei n.^º 18/2003, deve ser interpretada como aquele ano em que cessou a prática ilícita.

14.^º - Segundo este entendimento, o volume de negócios a considerar no caso dos autos é o de 2006, tal como foi considerado na Sentença recorrida, bem como na Decisão da AdC (uma vez que resultou provado que o acordo em causa

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

estava em vigor em 2006).

Terminou pela improcedência, na totalidade, do recurso ora interposto.

*

II – 1.) Mais se colhe dos autos (cfr. 4956 a 4995) que nas alegações de recurso que interpuseram da decisão da Autoridade da Concorrência para o Tribunal de Comércio de Lisboa, quer a LUTAMAR, quer a REBOSADO, atrás melhor identificadas, arguiram várias nulidades e questões prévias.

As mesmas foram objecto de conhecimento autónomo, pelo despacho melhor constante de fls. 4956 a 4995 (Vol. VIII).

II – 2.1.) Ora inconformada com este despacho recorreu igualmente a já mencionada sociedade “REBOSADO – Reboques do Sado, Ld.” para esta Relação (cfr fls. 5001 a 5011), concluindo pela forma seguinte:

1.^a - Da nota de ilicitude consta referência à subcontratação (art. 114.^º, § 3) mas não consta, qualquer referência a um acordo relativo à monitorização mensal das subcontratações.

2.^a - Concluiu a AdC, quanto à matéria de facto, no ponto 8 da decisão (pág.^a 55 da Decisão) que “as Arguidas Rebonave, Rebosado e Lutamar acordaram ainda

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

em monitorizar mensalmente as subcontratações destas por aquela", facto esse que não se encontra versado e devidamente fundamentado na Nota de Ilicitude.

3.º - Como resulta do próprio texto da Decisão da AdC, a referência ao alegado acordo relativo à monitorização mensal das subcontratações não é instrumental, nem explicativo da forma como alegadamente funcionavam os acertos de facturação entre as arguidas, estando enquadrada no capítulo dedicado ao Tipo Objectivo, a par dos restantes factos através dos quais a AdC preenche o tipo objectivo e conclui pela existência de um acordo entre empresas com o objecto de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível a concorrência, sendo pois um dos factos (essenciais) que contribuiu, na tese da AdC, para o preenchimento do tipo objectivo de ilícito.

4.º - A AdC não respeitou pois o direito de audiência prévia que assistia à ora Recorrente, afectando assim de forma insuprivel o seu direito de defesa no âmbito do processo contra-ordenacional, violando o disposto no n.º 10 do art. 32.º da CRP, os n.ºs 1 e 4 do art. 26.º da Lei n.º 18/2003, de 11.06, o art. 50.º do RGCO, razão porque deveria o douto Despacho ter considerado procedente o vício invocado.

5.º - Decidiu o Tribunal "a quo" que "Não é lícito fazer recair sobre a arguida o ónus de ter de acompanhar permanentemente o andamento do processo (...). É, pois, evidente, no entender do Tribunal, que todas as diligências de prova que forem efectuadas no âmbito do processo de contra-ordenação, após notificação da nota de ilicitude, têm que ser notificadas às arguidas, só assim se garantindo o efectivo exercício do contraditório. Aliás, entendimento contrário viola os

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

princípios básicos da lealdade processual e da transparência, princípios esses que impõem que toda e qualquer diligência complementar seja notificada à arguida, independentemente do interesse que a AdC entenda que a mesma tem quer para a acusação quer para a defesa”, para concluir que, mal andou a AdC, tendo com a sua conduta omissiva violado manifestamente o princípio do contraditório e o disposto no art. 26.º, n.º 4, da Lei n.º 18/2003.

6.º - Dispõe a alínea d) do n.º 2 do art. 120.º do Cód. Proc. Penal (em vigor à data da interposição do recurso de impugnação) que constituem nulidades dependentes de arguição “a insuficiência do inquérito ou da instrução e a omissão posterior de diligências que pudessem reputar-se essenciais para a descoberta da verdade”.

7.º - Não incumbe à AdC que aferir o interesse que as diligências complementares de prova têm quer para a acusação quer para a defesa.

8.º - Dispõe o n.º 4 do art. 26.º da Lei 18/2003, que “*a Autoridade pode ordenar oficiosamente a realização de diligências complementares de prova, mesmo após a audição a que se referem os n.ºs 1 e 2, desde que assegure às arguidas o respeito pelo princípio do contraditório.*”

9.º - Conforme consta do duto Despacho ora recorrido, realizadas as diligências complementares de prova mencionadas no art. 30.º da decisão, em momento algum foi a ora Recorrente notificada das mesmas tendo em vista o exercício do contraditório.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

10.^a - Foi pois vedado à arguida o acesso ao contraditório bem como a possibilidade de requerer eventuais diligências que entendesse pertinentes à descoberta da verdade material, em violação do art. 26.^º, n.^º 4, da Lei n.^º 18/2003 e do art. 50.^º do Decreto-Lei n.^º 433/82, de 27/10.

11.^a - O Assento n.^º 1/2003 consagrou a seguinte jurisprudência obrigatória: “Quando, em cumprimento do disposto no artigo 50º do regime geral das contra-ordenações, o órgão instrutor optar, no termo da instrução contra-ordenacional, pela audiência escrita do arguido, mas, na correspondente notificação, não lhe fornecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o processo ficará doravante afectado de nulidade, dependente de arguição, pelo interessado/notificado, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria administração, ou judicialmente no acto de impugnação da subsequente decisão/acusação administrativa”

12.^a - Razão porque deveria o duto Despacho ter conhecido do vício invocado e não considerar uma mera irregularidade sanada.

Nestes termos, nos mais de direito deve dar-se provimento ao presente recurso, revogando-se o despacho recorrido em conformidade com as presentes alegações.

II – 2.2.) Respondendo a este recurso concluiu o Ministério Público:

1.^º - Não se verificou qualquer violação dos princípios de audiência prévia, do contraditório, uma vez que: “A nota de ilicitude contém todos os elementos

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

essenciais à acusação, tendo as arguidas tido oportunidade de se defenderem, o que fizeram através das respostas à Nota de ilicitude".

2.º - Foi respeitado o direito de audiência prévia que assistia à ora Recorrente não tendo sido afectado assim de forma insuprível o seu direito de defesa no âmbito do processo contra-ordenacional.

3.º - Os factos que tinham de ser levados ao seu conhecimento, são os que se referem ao ilícito que lhes é imputado e esses constam da nota de ilicitude que lhes foi notificada ao abrigo do disposto no art. 50.º do RGCCO.

4.º - Não decorre, nem do art. 50.º do RGCCO nem do Assento 1/2003 nem da profícua jurisprudência do Tribunal Constitucional, que todos os factos constantes da decisão final tenham de estar já contidos na Nota de ilicitude esta apenas tem de fornecer ao arguido "a totalidade dos aspectos relevantes" relativos ao enquadramento fáctico, e ao enquadramento jurídico. O que se exige que conste da nota de ilicitude são os elementos relativos ao cometimento da infracção, seus autores e respectivo enquadramento jurídico.

5.º - Não ocorreu violação do direito de audiência prévia e defesa art.ºs 32.º, n.º 10 da CRP e 50.º do DL n.º 433/82, de 27/10.

6.º - Ocorreu falta de notificação das diligências complementares de prova tendo sido violado o disposto no art. 26.º, n.º 4, da Lei n.º 18/2003.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7.º - Tal violação configura uma irregularidade processual, uma vez que o acto praticado não se enquadra nem no lenço do art. 119.º, nem no do art. 120.º, ambos do CPP.

8.º - Não tendo a mesma sido arguida no prazo a que se reporta o art. 123.º do CPP, cujo inicio teria lugar no momento em que a recorrente foi notificada para qualquer termo do processo ou que interveio em acto nele praticado, encontra-se sanada.

Sustenta-se assim o não provimento do recurso e a manutenção da despacho impugnado.

II – 2.3.) Fazendo-o também a Autoridade da Concorrência, concluiu:

Questões prévias

Da irrecorribilidade do despacho do Tribunal de Comércio.

1.º - O legislador entendeu atribuir competência para o processamento das contra-ordenações e aplicação de coimas e sanções acessórias às competentes autoridades administrativas (artigos 33.º e 34.º do RGCO), mas submeteu a sua decisão à impugnação judicial (artigos 55.º e 59.º do RGCO). Além disso, estabeleceu no artigo 73.º, de forma positiva, as decisões de que cabe recurso para a Relação e que correspondem a decisões finais.

2.º - O artigo 73.º do RGCO sob a epígrafe “Decisões judiciais que admitem recurso”, baliza os limites e as condições dos recursos.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

3.º - O presente recurso não se enquadra em nenhuma daquelas situações.

4.º - A mera discordância da Recorrente contra o indeferimento das questões prévias não é suficiente para fazer desencadear e garantir o acesso ao recurso, ao abrigo da válvula de segurança insita no n.º 2 do artigo 73.º do mencionado diploma legal, sendo certo até que a recorrente nem sequer nela se estriba.

5.º - Efectivamente, não estamos perante uma decisão final, mas sim uma decisão proferida no âmbito do recurso de impugnação, donde o recurso deve ser liminarmente rejeitado por não admissível, uma vez que não se enquadra em qualquer das previsões das diversas alíneas do n.º 1 do artigo 73.º do RGCO. No mesmo sentido, o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 05/01/2004, processo n.º 3/04, *in www.dgsi.pt*.

Da preterição dos requisitos do Recurso para o Tribunal da Relação

6.º - Caso assim não se entenda, e por mero dever de patrocínio ainda se alega que, de acordo com o normativo do n.º 1 do artigo 52.º da Lei n.º 18/2003, as decisões do Tribunal de Comércio de Lisboa - que admitam recurso nos termos previstos no RGCO - são impugnáveis junto do Venerando Tribunal da Relação de Lisboa, que decide em última instância.

7.º - Acresce que, em conformidade com o n.º 1 do artigo 74.º do RGCO, aplicado *ex vi* do artigo 49.º do mesmo regime, a 2.ª instância apenas conhece da matéria de direito, não cabendo recurso das suas decisões.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2

8.º - No entanto, e tal como refere, a título meramente exemplificativo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19-04-06, «Não obstante, pode o recurso para além das questões de direito, ter ainda por fundamento qualquer dos vícios enumerados no artigo 410.º, n.º 2, do CPP, “desde que o vício resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugado com as regras da experiência comum”».

9.º - Prescreve, por seu turno, o n.º 3 do citado preceito legal que o recurso pode ainda ter como fundamento a inobservância de requisito cominado sob pena de nulidade que não deva considerar-se sanada.

10.º - Porém, nenhum vício de tal sorte, que inquinasse o douto despacho do Tribunal de Comércio, foi invocado pela Arguida, ora Recorrente.

11.º - Destarte, não pode a Recorrente pretender ver apreciadas pelo Venerando Tribunal *ad quem* as questões suscitadas na motivação do seu Recurso, atendendo a que as mesmas relevam da matéria de facto.

12.º - Quanto às formalidades a que está sujeita a apresentação de um recurso, o artigo 412.º do CPP, aplicável ao processo contra-ordenacional *ex vi* do art. 412.º, n.º 1 do citado RGCO, estabelece, no seu n.º 1, que o recorrente termina a motivação do recurso pela formulação de conclusões, sendo estas - e apenas estas - que fixam o objecto do recurso.

13.º - Determina o n.º 2 do mesmo preceito legal que, versando matéria de direito, as conclusões indicam ainda, sob pena de rejeição:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

L.

- As normas jurídicas violadas;
- O sentido em que, no entendimento do recorrente, o tribunal recorrido interpretou cada norma ou com que a aplicou e o sentido em que ela devia ter sido interpretada ou com que devia ter sido aplicada; e
- Em caso de erro na determinação da norma aplicável, a norma jurídica que, no entendimento do recorrente, deve ser aplicada.

14.º - Ora, não tendo a Recorrente procedido às especificações em conformidade com as exigências legais, seguramente o Venerando Tribunal da Relação de Lisboa retirará da sua abstenção as indispensáveis consequências jurídicas.

15.º - Caso o Tribunal não entenda rejeitar o recuso, à cautela vem alegar-se que o recurso da Recorrente centra-se em duas únicas questões:

- a) Acordo para monitorizar mensalmente as subcontratações da Rebosado e da Lutamar pela Rebonave;
- b) Falta de notificação das diligências complementares de prova.

16.º - Quanto a estas questões, a Autoridade da Concorrência reitera o seu entendimento, expresso nas contra-alegações de recurso para o duto Tribunal de Comércio de Lisboa, bem como na decisão que proferiu, pelas razões expostas nas referidas contra-alegações e decisão aí mais detalhadas e que aqui se dão por inteiramente reproduzidas.

17.º - Assim, considera-se que o duto despacho mencionado, que não merece censura, considerou, deferindo a pretensão da AdC, de que inexistem as

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5

nulidades invocadas, e pelas mesmas razões, que qualquer irregularidade, mesmo a existir, o que não se concede, já se encontraria sanada. (Assento n.º 1/2003, parágrafo IV do ponto 13), por duas razões:

- A Recorrente veio defender-se nas alegações de recurso, não se limitou a arguir a nulidade/irregularidade
- A invocação é extemporânea - fls. 4988 do despacho.

18.º - Quanto às restantes considerações, sempre se dirá que as questões concretas a dirimir vêm exaustiva e, a nosso ver, adequadamente equacionadas e debatidas no texto do despacho, pelo que qualquer outra consideração redundaria em mera e desnecessária repetição.

19.º - Por inteiro se sufraga, pois, o entendimento e considerações ali expendidas, sendo que nada mais nos resta acrescentar com utilidade.

20.º - Sempre nos permitimos aditar ainda, “ex abundanti”, que o processo não se encontra ferido de qualquer nulidade e, caso assim se entendesse, o que não se concede, a respectiva arguição de nulidades, citando, entre outros, o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.01.2007, proc. n.º 5807/2006- 5.ª Secção, in www.dgsi.pt, também referido no duto despacho, deveria ter sido invocada perante a AdC:

“1. A regra geral em matéria de nulidades, incluindo em processo penal, é a de que elas são sempre suscitadas perante a entidade que as cometeu e por esta conhecidas e reparadas, se reconhecida a sua existência. Só da decisão que as não reconhece é que o interessado pode recorrer para outra entidade ou tribunal, pois até aí não há decisão recorribel sobre essa matéria.”

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2. A Autoridade da Concorrência tem a competência necessária para se pronunciar acerca das nulidades perante ela arguidas e que eram imputadas à actividade investigatória por aquela desenvolvida. Só a decisão que não reconheceu a existência das invocadas nulidades e irregularidades é que seria impugnável, nos termos em que o é qualquer despacho da autoridade administrativa, no caso concreto para o Tribunal de Comércio de Lisboa.”

21.º - Igualmente se reitera, no que respeita ao acordo para monitorizar mensalmente as subcontratações da Rebosado e da Lutamar pela Rebonave, que não se trata de uma acusação autónoma, antes servindo de explicação para que se entenda como funcionavam os acertos de facturação entre as empresas resultantes da partilha dos serviços de reboque a prestar aos cais Eurominas e Tanquisado, a que as fls. 893 a 896 e 1027 a 1030 dos autos se referem, sendo parte do documento invocado nos artigos 52.º, 61.º, 62.º, 114.º da Nota de Ilícitude, ou seja, dos mecanismos de compensação que aí vêm referidos, como confirmado e melhor fundamentado no duto despacho objecto de recurso.

22.º - O facto de não vir referido, expressamente (acrescentamos nós) que as arguidas procederam à monitorização mensal das subcontratações em nada afecta os direitos de defesa das arguidas.

23.º - Todos os factos que integram o ilícito que lhes é imputado constam da Nota de Ilícitude e o acordo de monitorização mensal das subcontratações não é um acto essencial que determina o acordo de empresas ilícito de que a Recorrente vem acusada, como já se referiu e como consta do despacho.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

24.^º - Igualmente se reitera que é uma questão totalmente alheia à delimitação do conteúdo do direito de defesa das arguidas, assim se rebatendo o ponto das alegações da Recorrente em que esta invoca não constarem da Nota de Ilícitude indicações necessárias à respectiva defesa mas que afinal, como acima se demonstrou, não se tratam de factos essenciais à acusação.

25.^º - Não existe nenhuma violação dos artigos 32.^º, n.^º 10 da Constituição da República Portuguesa (adiante CRP) nem do artigo 50.^º do RGCO, pois à Recorrente, como consta do Despacho do tribunal *a quo*, foram assegurados os direitos de audiência e defesa, tendo-lhe sido dado conhecimento "da totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito" conforme o Assento n.º 1/2003.

26.^º - Igualmente se reitera a falta de rigor do entendimento de que o processo está ferido de nulidade no que se refere à falta de notificação das diligências complementares de prova.

27.^º - Ora, de acordo com o princípio da legalidade e tipicidade penal, só se verifica a nulidade de um acto quando a lei expressamente o determinar; não sendo esse o caso, existirá apenas uma irregularidade, como dispõe o artigo 118.^º do Código de Processo Penal.

28.^º - A Recorrente não indica qualquer vício no processo contra-ordenacional que se subsuma à previsão taxativa do artigo 119.^º do Código de Processo Penal ("nulidades insanáveis") ou no disposto no artigo 120.^º ("Nulidades dependentes de arguição"), pelo que, por força do citado n.^º 2 do artigo 118.^º,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

sempre se tratariam de irregularidades, previstas no artigo 123.º, todos do mesmo Código. Nem assaca nenhuma destes vícios ao despacho.

29.º - Ainda que se tratasse de nulidades dependentes de arguição - no que não se concede de modo algum - sempre estariam já ultrapassados os prazos de arguição das mesmas, nos termos do n.º 3 do artigo 120.º do Código de Processo Penal, e, por outro lado, estariam já sanadas, nos termos das alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 121.º do mesmo Código.

30.º - Como os alegados vícios nunca se qualificariam, em nossa opinião, e como entende o douto despacho, como "nulidades" e apenas, caso como "irregularidades", a invalidade do acto também já se encontraria sanada, por força do n.º 1 do artigo 123.º do Código de Processo Penal.

31.º - Aos arguidos em processo penal, como em processo contra-ordenacional - este último, inclusivamente por um argumento de maioria de razão, tendo em conta a menor ressonância ética, e consequentemente, diverso regime garantístico, do processo contra-ordenacional - não é permitido invocarem nulidades e irregularidades processuais extemporaneamente.

32.º - Como expõe o Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 429/95):

"(N)este domínio são de realçar os deveres de diligência e de boa-fé processuais (...). O segundo impede que os sujeitos processuais possam "aproveitar-se de alguma omissão porventura cometida ao longo dos actos processuais em que tiverem intervenção, guardando-a como um trunfo para, em

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5

fase ulterior do processo, se e quando tal lhes pareça conveniente, a suscitarem e obterem a destruição do processado".

33.º - Termos em que não devem ser consideradas procedentes as invocações, efectuadas pela Recorrente, de nulidades - que não existem, e nem foram demonstrados factos que merecessem tal qualificação; e, a existirem, já estariam sanadas, como resulta do despacho recorrido, pela actuação das próprias recorrentes e pelo decurso do prazo de arguição das mesmas - ou de irregularidades, que, em idênticos termos, não existem, porque não foram demonstrados factos que merecessem tal qualificação, e, a existirem, já estariam sanadas pela actuação das próprias Recorrentes e pelo decurso do prazo de arguição das mesmas.

34.º - As Recorrentes nunca identificaram, em tempo, e de modo concreto, os alegados vícios do processo contra-ordenacional, como o não fazem agora, invocando jurisprudência que se contraria entre si e desrespeita o Assento 1/2003, invocado.

35.º - Acresce que, ao contrário do alegado, efectivamente cabe à AdC "afirir o interesse que as diligências complementares de prova tenham quer para a acusação como para a defesa". Efectivamente, o n.º 3 do artigo 26.º da Lei n.º 18/2003, prevê que a AdC recuse a realização de diligências complementares de prova sempre que for manifesta a irrelevância das provas requeridas ou o seu intuito meramente dilatório. Por outro lado, o n.º 4 do mesmo artigo diz que a AdC pode oficiosamente ordenar a realização de diligências complementares de prova.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5

Face ao exposto, e concordando na integra com o despacho ora em recurso, deve o despacho do Tribunal de Comércio de Lisboa manter-se na integra e improceder o presente recurso.

*

III – 1.) Subidos os autos a esta Relação e superadas que foram algumas incidências conexas com o pedido de correção e aclaração que havia sido apresentado pela Rebosado ainda em 1.^a Instância, bem como a melhor identificação dos recursos admitidos, com a correspondente baixa do processo, a Exm.^a Sr.^a Procuradora-Geral Adjunta veio a emitir parecer no sentido da confirmação da douta decisão recorrida.

*

No cumprimento do preceituado no art. 417.^º, n.^º 2, do Cód. Proc. Penal, nada mais foi acrescentado.

*

Foi ainda endereçado convite à recorrente “Rebosado – Reboques do Sado, Ld.” no sentido da apresentação de uma versão mais concisa das suas conclusões.

*

Seguiam-se os vistos legais.

*

Teve lugar a conferência.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

III - 2.) De harmonia com as conclusões apresentadas, consabidamente definidoras do respectivo objecto, são as seguintes as questões submetidas à apreciação desta Relação:

A) No que tange ao despacho de fls. 4956 a 4995:

- Admissibilidade de tal recurso;
- Nulidade da decisão da AdC por esta no seu ponto 8 referir que "as Arguidas Rebonave, Rebosado e Lutamar acordaram ainda em monitorizar mensalmente as subcontratações destas por aquela", facto esse que não se encontrava versado e devidamente fundamentado na Nota de Ilicitude, desse modo desrespeitando o seu direito de audiência prévia;
- O dever considerar-se nulidade, e não mera irregularidade sanada, a circunstância da AdC ter efectuado diligências complementares de prova que não foram objecto de qualquer notificação à recorrente.

B) No que respeita à decisão "final" do Tribunal de Comércio:

Pela recorrente Rebonave:

- Saber se decisão recorrida em sede de matéria de facto contém contradições insanáveis na sua fundamentação e também contradições insanáveis entre a fundamentação e a decisão;
- Se assim não for entendido, indagar se mesma fez correcta aplicação do disposto no n.º 1, do art. 5.º da Lei n.º 18/2003, de 11/06;
- Se a coima a aplicar deve ter um valor mínimo;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5
2

- Se o volume de negócios a considerar para efeitos punitivos deverá ser o da facturação pelos serviços prestados no Porto Comercial de Setúbal;
- Se não tem razão de ser a sanção pecuniária compulsória estabelecida.

Pela recorrente Lutamar:

- Revisão/aclarção da sentença proferida;
- Indicação como é que a mesma poderá diferenciar os seus preços das demais concorrentes;
- Indicação do inicio da aplicação da sanção pecuniária compulsória.

Pela recorrente Rebosado:

- Se a AdC não poderia condená-la em qualquer sanção compulsória;
- Se do acordo das arguidas resultou um comprovado benefício para a actividade de reboque marítimo no Porto de Setúbal;
- Se o Tribunal "a quo" não podia ter decidido que dos factos dados como provados resultou sem margem para dúvidas um acordo que teve como objecto (ainda que não o efeito) de convergência de preços;
- Preenchimento dos requisitos do art. 5.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11/06;
- Ausência de evidenciação de benefício económico;
- Montante da coima e da sanção compulsória aplicada, que se entende, serem excessivos;
- Se deverá interpretar-se o conceito de "último ano" referido no art. 43.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, como o correspondendo ao anterior à infracção.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

IV – 1.1.) Passemos então a apreciar o recurso que recaiu sobre o mencionado despacho de fls. 4956 a 4955, que como se disse, desatendeu às nulidades invocadas pela Lutamar e pela “Rebosado - Reboques do Sado, Ld.”, mas em que apenas esta última se apresenta a contestá-lo como recorrente.

Como se trata de um despacho relativamente vasto, vamos transcrever apenas os pontos sobre os quais recaiu posterior inconformismo daquela para assim não se fazer pesar a presente decisão com a integralidade da respectiva tecedura argumentativa:

DESPACHO

REBONAVE - REBOQUES E ASSISTÊNCIA NAVAL, S.A., LUTAMAR - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À NAVEGAÇÃO, Lda. e REBOSADO - REBOQUES DO SADO, Lda. interpuseram recurso de impugnação de uma decisão da AUTORIDADE da CONCORRÊNCIA (AdC) que as condenou, como co-autoras, no pagamento de uma coima no montante de € 50.000,00, € 48.000,00 e € 87.000,00, respectivamente, na sanção acessória de publicação da decisão recorrida, lhes ordenou que pusessem fim ao acordo de fixação de preços e condenou no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso, pela prática de uma contra-ordenação p.p. pelos arts. 4.º, n.º 1, al. a) e 43.º, n.º 1, al. a), ambos da Lei 18/2003 de 11 de Junho, no âmbito do processo de contra-ordenação n.º PRC 06/06.

Nas suas alegações de recurso as arguidas LUTAMAR - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À NAVEGAÇÃO, Lda. e REBOSADO - REBOQUES DO SADO, Lda. arguiram várias nulidades e questões prévias. Assim, nos termos do disposto no art. 311.º, n.º 1, do Cód. Proc. Penal, ex vi arts. 41.º do Dec-Lei 433/82 de 27 de Outubro (RGCO) e 21.º, n.º 1, da Lei 18/2003 de 11 de Junho, passa a conhecer-se das questões prévias e nulidades invocadas.

*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A arguida Lutamar suscita dois grupos de questões: a preterição das garantias de defesa e a preterição de formalidades essenciais.

A arguida Rebosado começa por requerer que seja ordenada à AdC a retirada do seu site do comunicado nº 8/2007 até ao trânsito em julgado da decisão. De seguida a arguida invoca três grupos de questões: violação do direito de audiência prévia (arts. 28.º a 41.º e conclusões 4 a 7 das alegações de recurso); violação do princípio do contraditório (arts. 42.º a 81.º e conclusões 8 a 12 das alegações de recurso) e violação da Lei 18/2003 por falta de pedido de parecer técnico (arts. 82.º a 95.º e conclusão 13 das alegações de recurso).

A arguida Rebonave requer a final que sejam juntos aos autos determinados documentos que foram vistos por dois dos seus administradores e requer que esses mesmos administradores sejam ouvidos sobre a matéria.

A AdC apresentou as suas alegações, nos termos do art. 51.º, n.º 1, da Lei 18/2003, pugnando pela improcedência das nulidades e questões prévias arguidas.

*

1 - Da retirada do comunicado da AdC do seu site:

(...)

2 - Da violação do direito de audiência e defesa:

As arguidas Lutamar e Rebosado invocam a existência de vários vícios por ter a AdC praticado determinados actos e omissões em violação dos arts. 18.º, 22.º e 26.º da Lei 18/2003, 32.º, da Const. Rep. Portuguesa, art. 100.º, n.º 1, 101.º e 133.º, n.º 2, al. d), do Cód. Proc. Administrativo, 119.º, al. c), do Cód. Proc. Penal e 50.º do RGCO.

Nas suas alegações a AdC refuta todos os vícios e pugna pela sua improcedência.

*

Dada a natureza das questões suscitadas pelas partes e a interpretação do regime legal aplicável feito pelas arguidas, há que começar por definir qual o direito subsidiário aplicável no regime geral das contra-ordenações para, de seguida, analisar cada um dos vícios invocados.

*

2.1 - Regime subsidiário aplicável

Antes de mais há que delimitar qual o regime subsidiário aplicável, se o RGCO se o CPA. Sobre esta questão o Tribunal teve já oportunidade de se pronunciar em sentença proferida no Proc. 766/06.4TYLSB, nos seguintes termos:

"O art. 19.º da Lei 18/2003 dispõe que *Sem prejuízo do disposto na presente lei, os procedimentos sancionatórios respeitam o princípio da audiência dos interessados, o princípio*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

do contraditório e demais princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código de Procedimento Administrativo ... bem como, se for caso disso, do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social ...

Por sua vez, o art. 22.º, n.º 1, do mesmo código determina, como já se referiu supra, que aos processos relativos a práticas proibidas se aplica subsidiariamente o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.

Extrai-se da conjugação destas duas normas que durante a denominada fase administrativa do processo se aplicam subsidiariamente as regras do Código de Procedimento Administrativo e que na fase de impugnação judicial se aplicam as regras do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social? Afigura-se-nos que não é esta a interpretação que se deve fazer das duas normas em apreciação. A aplicação subsidiária do CPA está pensada para determinadas situações e a aplicação subsidiária do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social está pensada para outras.

A este propósito L. Dantas entende que "A razão de ser norma daquele artigo 19.º parecemos, de facto, outra. Na verdade, o apelo ao código de procedimento administrativo em sede de actividade sancionatória deriva da natureza das infracções em causa e do facto de muitas delas serem constatadas em procedimentos de natureza administrativa que seguem os termos do respectivo código. Esta circunstância justifica que se tenha pretendido aproveitar essa forma de procedimento e, sobretudo os actos já levados a cabo no contexto do mesmo para sancionar as infracções em causa, afastando, em relação a elas, o processamento típico das contra-ordenações." (comunicação proferia em 3.06.05 num Seminário sobre direito Europeu da Concorrência, promovido pela Procuradoria Geral da República, que teve lugar no CCB).

Significa isto que se estamos perante um processo de natureza sancionatória em que está em causa a prática de uma contra-ordenação, o direito subsidiário aplicável é o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social. Se estamos perante um processo de natureza sancionatória em que não está em causa a prática de um ilíctio contra-ordenacional, a AdC actua no campo do direito administrativo, sendo por conseguinte aplicável subsidiariamente o CPA.

Este entendimento é sufragado por Lacerda Costa Pinto que refere: "Do ponto de vista da autoridade administrativa a competência para processar contra-ordenações pode ter algo de peculiar: trata-se de Direito aplicável por uma entidade administrativa, mas que não é em rigor Direito Administrativo. (...) quando um acto de uma autoridade administrativa possa ser visto simultaneamente como um acto administrativo e um acto integrador de um processo de contra-ordenação o seu regime jurídico, nomeadamente para efeitos de impugnação, deverá ser em princípio o do ilíctio de mera ordenação social e subsidiariamente o regime do processo penal,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mas não o regime do Código de Procedimento administrativo. Uma solução diferente criaria o risco de um bloqueio completo da actividade sancionatória da administração por cruzamento de regimes e garantias jurídicas".

"A solução aqui sustentada (...) parece ser aquela que é ditada não só pelo enquadramento constitucional das garantias em processo de contra-ordenação, mas também pelo facto de o regime geral das contra-ordenações determinar a aplicação subsidiária do processo penal ... e equiparar os poderes instrutórios em processo de contra-ordenação aos poderes da polícia de investigação criminal (art. 48.º, n.º 2), negando implicitamente qualquer recurso subsidiário ao Direito Administrativo." (o Ilílico de Mera Ordenação Social e a erosão do princípio da subsidiariedade da Intervenção Penal", in RPCC, ano 7, Fase. 1º, Jan-Março 1997, p. 81).

Também Simas Santos e Lopes de Sousa defendem esta posição: "Este artigo 41.º, insere-se nas normas gerais do processo contra-ordenacional e, por isso, as remissões nele feitas reportam-se tanto à fase de investigação da contra-ordenação, a que serão aplicáveis subsidiariamente as normas do processo de inquérito e instrução, como à fase de julgamento, no caso de recurso judicial da decisão administrativa de aplicação da coima." (in Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 2.ª ed., Vislís, p. 267).

Assim, no caso dos autos não há que recorrer às normas do CPA respeitantes à fundamentação das decisões, à salvaguarda do princípio do contraditório, corolário do direito de defesa, ou à nulidade das decisões (arts. 100.º, 101.º, 120.º e segs.) mas sim às normas do RGCOC referentes a esta mesma matéria (art. 50.º) e às normas do processo penal (art. 118.º e segs.).

Aliás, o que nunca se poderia era entender, como fazem as arguidas, que se aplicam subsidiariamente o CPA e o RGCOC. As disposições que as arguidas entendem terem sido violadas são disposições paralelas, umas previstas para o procedimento administrativo e outras para o procedimento contra-ordenacional. Ora não pode aceitar-se que uma mesma decisão deva ser considerada nula ou anulável por violar o art. 100.º do CPA e o art. 50.º do RGCOC. Ambas as normas têm o mesmo objectivo: a salvaguarda do exercício do contraditório. Não faria, pois, qualquer sentido, concluir que ambas as disposições tinham sido violadas."

2.2 - Dos concretos vícios invocados

(...)

"2.2.4 – Da insuficiência da nota de ilicitude"

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A Rebosado alega que foi preterido o seu direito de audiência prévia na medida em que a AdC não ouviu as arguidas sobre várias circunstâncias que fundaram a decisão condenatória que enuncia.

Como se referiu supra, ao dar cumprimento ao disposto no art. 50.º do RGCOc deve a AdC dar a conhecer às arguidas todos os elementos indispensáveis para que estas possam conhecer, de facto e de direito, as imputações que lhe são feitas. Se a autoridade proceder deste modo está a respeitar o tal "núcleo essencial que impede a prolação da decisão sem ter sido dada ao arguido a oportunidade de "discutir, contestar e valorar". Se não o fizer então está a violar o direito de defesa das arguidas.

É porém de referir que nem do art. 50.º, nem do Assento 1/2003 nem tão pouco da abundante jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa a esta matéria, resulta que todos os factos constantes da decisão têm que estar já enunciados na nota de ilicitude. O que se extrai da jurisprudência firmada sobre o direito de audiência e defesa é que a nota de ilicitude tem de fornecer ao arguido a totalidade dos aspectos relevantes, tanto no que toca ao enquadramento factico como no que toca ao enquadramento jurídico, ou seja, o que tem que constar são os elementos essenciais relativos ao cometimento da infracção e aos seus autores, acrescidos do respectivo enquadramento jurídico.

Cabe, pois, analisar cada uma das "circunstâncias" em relação às quais a Rebosado alegadamente não foi ouvida."

(...)

"I) Acordo para monitorizar mensalmente as subcontratações da Rebosado e da Lutamar pela Renonave.

Diz a Rebosado que o facto dado como provado sob o ponto 8 das conclusões sobre a matéria de facto ("as arguidas acordaram em monitorizar mensalmente as subcontratações destas por aquela") não se encontra versado nem devidamente fundamentado na nota de ilicitude.

Respondeu a Autoridade que a referência à monitorização é parte do documento invocado no art. 62º da nota de ilicitude e que consta de fls. 893 a 896 e 1027 a 1030 dos autos, não se tratando de uma acusação autónoma mas sim de uma explicação para que se entenda como funcionavam os acertos de facturação entre empresas resultantes da partilha dos serviços de reboque a prestar em dois cais.

Compulsada a nota de ilicitude constata-se que da mesma consta a referência à subcontratação (art. 114º, § 3) mas não consta, efectivamente, a referência ao acordo relativo à

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

monitorização mensal das subcontratações. Diz a AdC que tal facto foi extraído dos documentos juntos aos autos a fls. 893 a 896 e 1027 a 1030 referidos nos arts. 61º, 62º e 114º, mas, o certo, é que não consta referido na nota de ilicitude tal acordo de monitorização.

Sucede, porém, que não está em causa um facto essencial para a imputação da infracção à arguida nem sequer a conclusão de que as arguidas cometeram a infracção reside total ou parcialmente no mesmo.

As arguidas vem imputada a prática de uma contra-ordenação prevista no art. 4º, n.º 1, da Lei 18/2003 que dispõe que *São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional*.

Entende a AdC que a infracção foi cometida uma vez que as arguidas celebraram um acordo no qual procederam a "uma fixação directa de preços, de repartição do mercado da prestação de serviços de reboque marítimo no porto de Setúbal, bem como da definição conjunta de outras condições comerciais e ainda da criação de um mecanismo para desincentivar comportamentos violadores do acordo celebrado entre as arguidas."

A acusação não assenta, pois, na existência de um acordo de monitorização mensal de subcontratações. Tal monitorização surge na decisão final como meramente instrumental, a monitorização do acordo mais não é do que uma forma de as arguidas garantirem que o acordo é cumprido (por todas).

Significa isto que não se trata de um elemento necessário para que a arguida *fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito*. Os elementos relevantes para o efeito são os elementos que fazem parte do tipo, isto é, todos os que respeitam ao acordo de fixação de preços, de repartição do mercado, de harmonização dos descontos e de criação de compensações, e estes constam todos da nota de ilicitude.

O facto de não vir referido que as arguidas monitorizavam mensalmente as subcontratações em nada afecta o direito de defesa das arguidas: os factos que tinham que lhes ser dados a conhecer são os que se referem ao ilícito que lhes é imputado e estes constam da nota de ilicitude. Todos os restantes factos, explicativos da monitorização do acordo, não são relevantes para a decisão, por não serem elementos do tipo de ilícito, pelo que, o facto de não constarem da nota de ilicitude, em nada afecta o direito da arguida de audiência e defesa.

Face ao exposto, julgo improcedente o vício invocado."

(...)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2.2.5 – Da falta de notificação das diligências complementares de prova:

Alega a Rebosado que a AdC realizou, após a notificação da nota de ilicitude, diligências complementares de prova não tendo notificado a arguida das mesmas, violando assim o princípio do contraditório. Tal omissão implica a consequente invalidade e inadmissibilidade das provas complementares por as mesmas serem nulas.

Respondeu a AdC que o processo esteve à disposição da arguida para consulta desde que foi notificada da nota de ilicitude pelo que se a mesma tivesse consultado o processo teria tido conhecimento das diligências complementares de prova. Acrescenta que não foram realizadas quaisquer diligências cujo conteúdo fosse relevante para a defesa das arguidas.

Para apreciar esta questão há que considerar os seguintes factos:

1 - No dia 28 de Agosto de 2006 foi proferida pela AdC a nota de ilicitude (doc. fls. 1389).

2 - Tal nota de ilicitude foi notificada às arguidas por carta registada com A/R enviada no dia 28 de Agosto de 2006 (doc. fls. 1380 a 1388).

3 - No dia 22 de Setembro de 2006 a AdC proferiu uma nota de ilicitude complementar (fls. 2002).

4 - Que foi notificada às arguidas por carta registada com A/R enviada no dia 22 de Setembro de 2006 (fls. 1993 a 2001).

5 - No dia 24 de Outubro de 2006 deu entrada na AdC a resposta da Lutamar à nota de ilicitude (fls. 3076).

6 - No dia 20 de Outubro de 2006 deu entrada na AdC a resposta da Rebonave à nota de ilicitude (fls. 3174).

7 - No dia 25 de Outubro de 2006 deu entrada na AdC a resposta da Rebosado à nota de ilicitude (fls. 3259).

8 - No dia 3 de Novembro de 2006 a AdC enviou um fax à Rebonave pedindo-lhe o envio dos seguintes documentos: relatório e contas dos anos de 2003 a 2005 e cópia das facturas respeitantes à prestação de reboque marítimo e lanchas emitidas entre 1 de Janeiro de 2005 e 31 de Julho de 2006 e as notas de crédito correspondentes (fls. 3409).

9 - No dia 3 de Novembro de 2006 a AdC enviou um fax à Rebosado pedindo-lhe o envio dos seguintes documentos: relatório e contas dos anos de 2003 a 2005 (fls. 3413).

10 - No dia 3 de Novembro de 2006 a AdC enviou um fax à Lutamar pedindo-lhe o envio dos seguintes documentos: relatório e contas dos anos de 2003 a 2005, cópia das facturas respeitantes à prestação de reboque marítimo e lanchas emitidas entre 1 de Janeiro de 2005 e 31

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5.

de Julho de 2006 e as notas de crédito correspondentes e preçários e/ou tabelas com condições especiais para clientes específicos praticados entre 2003 e 2006 (fls. 3417).

11 - No dia 6 de Novembro de 2006 a AdC enviou um fax à Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra solicitando-lhe as seguintes informações (fls. 3421):

- qual a intervenção da APSS no controlo dos preços praticados pela prestação de serviços de reboque marítimo e lanchas no porto de Setúbal, indicando se as tabelas são sujeitas à aprovação prévia da APSS e se são objecto de divulgação pública no sítio da APSS;

- quais as diligências realizadas pela APSS respeitantes à entrada em vigor das tabelas de prestação de serviços de reboque marítimo e lanchas no porto de Setúbal para o ano de 2006;

- informação estatística referente à movimentação portuária entre 1 de Janeiro de 2005 e 31 de Julho de 2006, discriminando: nome do navio, GT, terminal escalado, data da escala, agente de navegação responsável pelo agenciamento e armador.

12 - Por mail datado de 7 de Novembro de 2006 a Rebosado respondeu ao pedido de informações referido em 9 (fls. 3429).

13 - Por fax enviado a 8 de Novembro de 2006 a AdC notificou os mandatários das arguidas da data designada para inquirição das testemunhas arroladas pelas Rebonave e Lutamar (fls. 3456 a 3463).

14 - No dia 13 de Novembro de 2006 deu entrada na AdC a resposta da APSS ao pedido referido em 11, com a qual foram juntos documentos (fls. 3487).

15 - Por mail datado de 15 de Novembro de 2006 a Rebonave respondeu ao pedido de informações referido em 8 (fls. 3511).

16 - No dia 15 de Novembro de 2006 deu entrada na AdC a resposta da Lutamar ao pedido de informações referido em 10 (fls. 3547).

17 - No dia 16 de Novembro de 2006 deu entrada na AdC a resposta da Rebonave ao pedido de informações referido em 8 (fls. 3654).

18 - No dia 24 de Novembro de 2006 teve lugar a inquirição das testemunhas arroladas pelas requeridas, encontrando-se presentes os mandatários das arguidas Rebosado e Lutamar (fls. 3749).

19 - No dia 14 de Dezembro de 2006 a AdC enviou um fax à Lutamar pedindo-lhe o envio dos seguintes documentos: declarações anuais respeitantes aos exercícios de 2003 a 2005, cópia de determinadas facturas que identifica e cópia da tabela de preços em vigor para a prestação de reboque marítimo e lanchas no porto de Setúbal (fls. 3753).

20 - No dia 14 de Dezembro de 2006 a AdC enviou um fax à Rebonave pedindo-lhe o envio dos seguintes documentos: cópia de determinadas facturas que identifica, cópia das tabelas

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de preços relativos a um cliente que identifica e cópia da tabela de preços em vigor para a prestação de reboque marítimo e lanchas no porto de Setúbal (fls. 3757).

21 - No dia 14 de Dezembro de 2006 a AdC enviou um fax à Rebosado pedindo-lhe o envio dos seguintes documentos: declarações anuais respeitantes aos exercícios de 2003 a 2005, cópia de determinadas facturas que identifica e cópia da tabela de preços em vigor para a prestação de reboque marítimo e lanchas no porto de Setúbal (fls. 3761).

22 - Por mail datado de 14 de Dezembro de 2006 a Rebosado respondeu ao pedido de informações referido em 21 (fls. 3770).

23 - No dia 19 de Dezembro de 2006 deu entrada na AdC a resposta da Rebonave ao pedido de informações referido em 20 (fls. 3773).

24 - Por mail datado de 7 de Novembro de 2006 a Rebosado respondeu ao pedido de informações referido em 21 (fls. 3838).

25 - No dia 28 de Dezembro de 2006 deu entrada na AdC a resposta da Lutamar ao pedido de informações referido em 19 (fls. 3864).

26 - Por mail datado de 21 de Março de 2007 a AdC solicitou à Rebosado o envio da seguinte informação: volume de negócios referente ao ano de 2006 e tabelas de preço em vigor para 2007, com indicação da data em que entraram em vigor (fls. 3959).

27 - Por mail datado de 21 de Março de 2007 a AdC solicitou à Rebonave o envio da seguinte informação: volume de negócios referente ao ano de 2006 e tabelas de preço em vigor para 2007, com indicação da data em que entraram em vigor (fls. 3964).

28 - Por mail datado de 21 de Março de 2007 a AdC solicitou à Lutamar o envio da seguinte informação: volume de negócios referente ao ano de 2006 e tabelas de preço em vigor para 2007, com indicação da data em que entraram em vigor (fls. 3969).

29 - Por mail datado de 22 de Março de 2007 a Rebosado respondeu ao pedido de informações referido em 24 (fls. 3973).

30 - No dia 2 de Abril de 2007 deu entrada na AdC a resposta da Rebonave ao pedido de informações referido em 25 (fls. 3976).

31 - No dia 29 de Março de 2007 deu entrada na AdC a resposta da Lutamar ao pedido de informações referido em 26 (fls. 4004). ---

32 - No dia 16 de Abril de 2007 foi proferida a decisão recorrida (fls. 4026).

33 - A Rebosado foi notificada da decisão recorrida no dia 19 de Abril de 2007 (fls. 4126).

34 - No dia 21 de Maio de 2007 deu entrada na AdC o recurso de impugnação apresentado pela Rebosado (fls. 4428).

35 - A Rebosado não dirigiu à AdC qualquer requerimento autónomo relacionado com a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

questão das diligências complementares de prova.

Dispõe o art. 26º, n.º 4, da Lei 18/2003 que *a Autoridade pode ordenar oficiosamente a realização de diligências complementares de prova, mesmo após a audição a que se referem os nº 1 e 2, desde que assegure às arguidas o respeito pelo princípio do contraditório.*

Diligências complementares de prova são, no entender do Tribunal, todas aquelas que forem levadas a cabo após ser proferida a nota de ilicitude. As diligências probatórias que sejam efectuadas antes daquele momento são as que sustentam a imputação de que a arguida é notificada para se pronunciar. As que forem efectuadas após essa notificação são consideradas diligências complementares de prova.

As diligências probatórias que forem efectuadas antes da nota de ilicitude não têm que ser específica e concretamente notificadas ao arguido. Por um lado, o processo está ainda em investigação, não se sabendo, sequer, qual vai ser a decisão, se de arquivamento do processo ou de dedução de nota de ilicitude. Por outro lado, sendo notificado da nota de ilicitude o arguido torna conhecimento de que contra si corre um processo e que é suspeito da prática de um facto ilícito pelo que está na sua disponibilidade consultar o processo e obter as cópias que entender, inteirando-se, assim, das provas entretanto produzidas pela autoridade e podendo contraditá-las na resposta à nota de ilicitude.

Já no que toca às diligências complementares de prova a questão é diversa.

Com efeito, se é expectável, razoável e até lógico que a arguida, notificada da nota de ilicitude, consulte o processo, a fim de se inteirar da prova constante do mesmo e poder contraditá-la, já não é razoável pretender que a arguida consulte o processo semanal ou quinzenalmente a fim de apurar se a Autoridade entendeu por bem fazer novas diligências de prova e qual foi o resultado das mesmas.

Não é lícito fazer recair sobre a arguida o ónus de ter que acompanhar permanentemente o andamento do processo, que por vezes até pode estar longos períodos de tempo sem qualquer impulso. É, pois, evidente, no entender do Tribunal, que todas as diligências de prova que forem efectuadas no âmbito do processo de contra-ordenação, após a notificação da nota de ilicitude, têm que ser notificadas às arguidas, só assim se garantindo o efectivo exercício do contraditório. Aliás, entendimento contrário viola os princípios básicos da lealdade processual e da transparência, princípios esses que impõem que toda e qualquer diligência complementar seja notificada à arguida, independentemente do interesse que a AdC entenda que a mesma tem quer para a acusação quer para a defesa.

Não assiste, pois, razão à AdC quando defende que não tem que notificar a arguida das diligências complementares de prova.

Da factualidade referida a este propósito resulta que foram realizadas várias diligências

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

complementares de prova sem que delas fosse dado conhecimento às arguidas: pedidos de informação às várias arguidas (tendo obviamente cada uma tido conhecimento do pedido de informações que lhe foi dirigido) e pedido de informação à APSS. O que a AdC fez foi solicitar os vários pedidos de informação sem dar conhecimento às arguidas de que tinha efectuado tais pedidos.

Mal andou, pois, a Autoridade, tendo com a sua conduta omissiva violado manifestamente o princípio do contraditório e o disposto no art. 26º, nº 4, da Lei 18/2003.

Aqui chegados, e concluindo que a AdC não respeitou o princípio do contraditório no que concerne às diligências complementares de prova que efectuou, cabe determinar qual o vício que tal conduta acarreta.

No entender da arguida a preterição do princípio do contraditório implica a invalidade e inadmissibilidade das provas complementares, aludindo na fundamentação do seu recurso à nulidade das provas.

O Cód. Proc. Penal tipifica dois tipos de vício: a nulidade, sanável ou insanável, e a irregularidade, sendo ainda aceite pela doutrina e pela jurisprudência terceiro vício: a inexistência jurídica. Trata-se do vício mais grave que pode inquinar um acto e delimita-se em função das nulidades, i.e., os vícios que geram a inexistência não hão-de estar previstos como nulidade e, simultaneamente, hão-de ser mais graves, não podendo, por isso, ser incluídos na categoria das irregularidades.

No que concerne às nulidades temos como ponto de partida o princípio básico de que a violação ou inobservância das disposições da lei de processo só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei, sendo certo que nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular (art. 118º, nº 1 c 2 e 119º do Cód. Proc. Penal). Vigora, pois, entre nós o princípio da tipicidade, princípio esse que tem duas vertentes: um acto só é nulo quando a nulidade for expressamente cominada na lei (art. 118º, nº 1 do Cód. Proc. Penal) e a nulidade só é insanável se a lei a cominar como tal (art. 119º do Cód. Proc. Penal).

No presente caso a arguida não invoca uma nulidade processual mas sim a nulidade das provas obtidas pela AdC na sequência da realização das diligências complementares de prova.

Nos termos do disposto no art. 32º, nº 8, da Consol. Rep. Portuguesa São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

Por sua vez, o art. 126º do Cód. Proc. Penal, sob a epígrafe "Métodos Proibidos de Prova", prescreve que São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas (nº 1) e que,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular (nº 2).

Costa Andrade refere que subjacente ao regime das proibições de prova está a "crença na existência de limites intransponíveis à prossecução da verdade em processo penal (*in Sobre as Proibições e Prova em Processo Penal*, p. 117). Por sua vez, Jorge Miranda refere que "A eficácia da Justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa. (...) A realização da justiça do caso é um valor constitucional, mas não é um valor absoluto, que possa ser perseguido por qualquer forma. Quando os meios utilizados para a obtenção das provas forem proibidos ou condicionados pela Constituição para salvaguarda de outros valores, os elementos probatórios por essa forma obtidos não podem ser utilizados em circunstância alguma; ficam radicalmente inquinados do vício de inconstitucionalidade e o sistema não pode tolerar que a Justiça seja prosseguida por meios inconstitucionais." (op. cit., p. 361-362).

Partindo das noções e conceitos explanados pode afirmar-se que as provas obtidas na sequência das diligências complementares de prova são nulas? Tendo presente o princípio da tipicidade das nulidades e o disposto nos arts. 126º do Cód. Proc. Penal e 32º, n.º 8, da Const. Rep. Portuguesa, a resposta não pode deixar de ser negativa.

As provas só são nulas quando são obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. No presente caso não houve qualquer vício na obtenção da prova, nem tal é, aliás, alegado pela arguida. O vício é o de não ter sido respeitado o contraditório quanto à prova. Tal pode acarretar alguma consequência processual se se considerar que a preterição do contraditório inquina o próprio processo. Mas nunca acarreta a nulidade das próprias provas uma vez que as mesmas foram licitamente obtidas.

Assim, a arguida nulidade das provas é improcedente.

E será que a violação do contraditório acarreta uma qualquer nulidade processual? Atendendo ao princípio da tipicidade supra explanado é forçoso concluir que tal omissão integra a figura da irregularidade, dado que não é tipificada pela lei como uma nulidade, sanável ou insanável.

Com efeito, analisando o elenco ínsito no art. 119º verificamos que no mesmo não se enquadra a omissão de notificação de diligências probatórias, nem directamente nem indirectamente por via de uma interpretação da alínea c), que dispõe que a ausência do arguido

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

nos casos em que a lei exige a sua comparência constitui uma nulidade insanável. É que nesta hipótese prevê-se a ausência absoluta (seja pessoal seja processual) do arguido e, no caso, não estamos, manifestamente, perante uma ausência absoluta das arguidas que foram notificadas da nota de ilicitude e, inclusivamente, requereram a produção de prova testemunhal. Logo, não se pode considerar uma nulidade insanável.

De igual modo a hipótese em apreciação não se enquadra no elenco das nulidades sanáveis constante do art. 120º, nem directamente nem indirectamente por via de uma interpretação da alínea d), do n.º 2, dado que não pode em caso algum considerar-se a falta de notificação das diligências complementares de prova como insuficiência do inquérito ou instrução.

Por outro lado não há qualquer norma no Cód. Proc. Penal que preveja que a não comunicação da realização de diligências complementares de prova constitui uma nulidade. Por conseguinte, também não estamos perante uma nulidade sanável.

Consequentemente o vício aqui em causa configura uma irregularidade processual (dado não ser uma nulidade nem, obviamente, uma inexistência). Dispõe o art. 123º que a irregularidade só determina a invalidade do acto a que se refere e dos termos subsequentes que possa afectar quando tiver sido arguida pelos interessados no próprio acto ou, se a este não tiverem assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificados para qualquer termo do processo ou intervindo em algum acto nele praticado.

Qual o momento relevante para determinação da contagem do inicio do acto?

Não se tratando de acto a que a arguida tenha assistido, o prazo há-de começar a correr no dia quem que a arguida foi notificada para qualquer termo do processo ou em que interveio em algum acto nele praticado.

Conforme resulta da factualidade supra referida, a Rebosado interveio na diligência de inquirição de testemunhas que teve lugar no dia 24 de Novembro de 2006 (facto 18) e para a qual foi notificada por fax enviado a 8 de Novembro (facto 13). Ora as diligências complementares de prova referidas em 8) a 11) e 14) a 17) tiveram lugar antes da diligência de inquirição de testemunhas (embora parte após a notificação da data de realização da diligência). Logo, o prazo para arguir a irregularidade da falta de notificação da realização destas diligências complementares de prova começou a correr após a diligência de inquirição de testemunhas (acto em que a arguida interveio). Assim, tendo a diligência tido lugar no dia 24 de Novembro, o prazo começou a correr a 25 do mesmo mês e terminou no dia 27 do mesmo mês.

Relativamente às diligências complementares de prova realizadas após aquela data - as referidas nos factos 19), 20), 23), 25), 27), 28)30) e 31) - e uma vez que a arguida não interveio em qualquer outro acto praticado no processo, o prazo há-de contar-se da primeira notificação

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

para qualquer termo do processo que lhe foi feita e que foi a notificação da decisão final que teve lugar no dia 19 de Abril de 2007. Logo, o prazo para arguição da irregularidade terminou no dia 23 de Abril (dado 22 ser domingo).

A Rebosado apenas suscitou a irregularidade da falta de notificação das diligências complementares de prova no articulado de recurso de impugnação apresentado junto da AdC em 21 de Maio de 2007.

Por conseguinte, é manifesta a extemporaneidade da arguição da irregularidade.

Aliás, sempre se dirá que a irregularidade teria que ser em primeira mão suscitada perante a autoridade recorrida. A regra geral em qualquer ramo do direito é a de que só os despachos (que não de mero expediente) e as sentenças podem ser objecto de recurso. Tal faz todo o sentido uma vez que só estes configuram actos decisórios e, por conseguinte, só estes podem afectar direitos das partes.

Querendo um arguido questionar a validade de actos praticados pela Autoridade, terá que começar por o fazer perante a própria Autoridade, i.e., a Autoridade é a primeira entidade que vai conhecer dos vícios suscitados. E tal faz todo o sentido dado que a autora do acto é quem está mais bem posicionada para apreciar, num primeiro momento, da sua validade, podendo considerar assistir razão à parte e, consequentemente, diligenciar de imediato pela sanação do vício que estiver em causa. Assim se procedendo, não só a reposição da legalidade do acto é mais eficaz e célere, como se evita o recurso desnecessário a Tribunal.

Neste sentido se pronunciou o Ac. RL de 16-01-07 nos seguintes termos: "Acrescentar-se-á que a regra geral em matéria de nulidades, incluindo em processo penal, é a de que elas são sempre suscitadas perante a entidade que as cometeu e por esta conhecidas e reparadas, se reconhecida a sua existência. Só da decisão que as não reconhece é que o interessado pode recorrer para outra entidade ou tribunal, pois até aí não há decisão recorrível sobre essa matéria. Só as nulidades da sentença é que deverão ser arguidas em recurso, nos termos do art. 379º, nº 2, do CCP." (Proc. 5807/2006-5). Note-se que o próprio Assento 1/2003 o referia expressamente no parágrafo IV do ponto 13 da respectiva fundamentação. O que vai dito a propósito das nulidades tem, por maioria de razão, integral aplicação no que toca às irregularidades.

Temos, pois, um requerimento dirigido à Autoridade e um despacho desta a conhecer o ou os vícios que tiverem sido suscitados. Se o despacho da Autoridade julgar improcedentes os vícios invocados, caberá então, e só então, recorrer judicialmente desta decisão, ao abrigo do disposto no art. 50º, n.º 2, da Lei 18/2003, e 55º do RGOC.

Ora compulsados os autos constata-se que a arguida, ao invés de suscitar a irregularidade perante a AdC, veio fazê-lo directamente para Tribunal. Por conseguinte, nunca o Tribunal poderia conhecer deste vício.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em suma, a falta de notificação da realização de diligências complementares de prova constitui uma mera irregularidade que, por não ter sido arguida no prazo legal, se considera sanada.”

(...)

“Face a todo o exposto o tribunal julga improcedentes todos os VÍCIOS suscitados pelas arguidas, devendo os autos prosseguir para audiência de julgamento.

(...)”

IV – 1.2.) Em relação a este recurso, a primeira questão que importa apreciar, pretende-se com a sua própria admissibilidade, já que, como vimos, a Autoridade da Concorrência, na resposta que apresentou, excepcionou tal possibilidade.

No entanto, conferidos os respectivos argumentos, julgamos que a melhor solução aponta claramente no sentido dessa admissão, o que também se acabou por entender em 1.^a Instância a fls. 5604/5.

É certo que a situação não encontra previsão expressa no art. 73.^º da RGCO que, recorde-se, descrimina as decisões judiciais que admitem recurso para a Relação.

São elas a saber, basicamente, a sentença proferida na sequência da impugnação judicial dirigida à decisão da autoridade administrativa e o despacho proferido nos termos do art. 64.^º do mesmo diploma, que no fundo representa a equivalência daquela primeira, nas situações em que não seja considerada necessária a audiência de julgamento e o arguido e o Ministério Público não se oponham.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Ora ainda que para a sentença não exista norma equivalente ao art. 311.^º, n.^º 1, do Cód. Proc. Penal, a prever expressamente uma fase “saneadora” em que o juiz se pode pronunciar “sobre as nulidades e outras questões prévias ou incidentais que obstem à apreciação do mérito da causa”, nem por isso o art. 368.^º, n.^º 1, daquele diploma, colocado no Título “Da sentença”, deixa de prever que nesta, “o tribunal começa por decidir separadamente as questões prévias ou incidentais sobre as quais ainda não tiver recaído decisão”.

Dito por outras palavras, aquela possibilidade de conhecimento não deixa obviamente de estar presente na sentença/acórdão, da mesma maneira que a sua efectiva observância corresponde a uma prática judicial sedimentada.

Nessa conformidade, uma vez que o RGCO não prevê um despacho autónomo para esse efeito, o que seria curial segundo o regime aí estruturado, é que essas mesmas nulidades fossem apreciadas na própria sentença, seguindo depois o seu regime de recurso.

A questão assume um outro patamar de complexidade na medida em que, como o reconhecem Simas Santos Jorge de Sousa, Contra-Ordenações - Anotações ao Regime Geral, Vislis, 2.^a Ed., 2002, pág.^a 414, “não se prevê no RGCO a possibilidade de recurso de despachos interlocutórios” para a Relação.

É esse o sentido pretendido pelo legislador para o respectivo art. 73.^º

Mas como aí igualmente também se reconhece, tal solução comporta em certos casos uma carga claramente constitucional, mormente quando essas

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

decisões “afectem, autonomamente, direitos do arguido ou de outras pessoas” – o que sucederá na situação que temos presente (eventuais violações de garantias de defesa).

Ora a consideração daquela inconstitucionalidade material abre a porta à aplicação subsidiária do regime geral dos recursos, *maxime*, dos despachos interlocutórios previstos no Código de Processo Penal.

E outra não poderá ser a solução.

Como é óbvio, o sentido da decisão proferido pelo Tribunal de Comércio foi o de “despojar” o processo de um conjunto numeroso de incidências que pesavam sem grande proveito na realização da audiência que era preciso efectuar, que não o de subtrair a respectiva decisão ao escrutínio de um outro tribunal.

A admitir-se ter decidido como decidiu, a melhor interpretação legal e constitucional para a situação criada, vai então no sentido de que tendo-se optado por decidir em despacho autónomo das nulidades e questões prévias suscitadas em recurso de impugnação da decisão administrativa, aquele despacho é recorrível nos termos em que o são os despachos interlocutórios em processo penal, verificados que sejam os demais requisitos do art. 73.º do RGCO para a admissibilidade do próprio recurso da decisão onde aquelas se deveriam integrar.

IV - 1.3.) Não sendo, como acima se ilustrou, a temática conexa com a monitorização das subcontratações da Rebosado e da Lutamar pela Rebonave uma questão nova, a verdade é que a justificação jurídica adiantada para a sua

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

52

represtinação nos termos agora apresentados também não se reveste de um carácter de particular originalidade.

Em consonância com o anteriormente alegado, vamos encontrar uma vez mais na base da respectiva invocação o eventual desrespeito pelo princípio de audiência prévia, contido no art. 50.º do RGCO, no n.º 10 do art. 32.º da Constituição da República Portuguesa e na doutrina do Assento n.º 1/2003, de 16/10/2002.

Talvez mesmo até se possa dizer com melhor propriedade, sobretudo em resultado da violação desta última decisão Jurisprudencial.

Note-se, com efeito, que aquele primeiro normativo se limita a estatuir que “não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções que incorre”, da mesma maneira que o segundo afirma simplesmente que “nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”.

É pois na doutrina convocada pelo referido “Assento” que se mostra densificada uma interpretação a dar a tais comandos concretizadora do entendimento de que “quando, em cumprimento do disposto no artigo 50.º do regime geral das contra-ordenações, o órgão instrutor optar, no termo da instrução contra-ordenacional, pela audiência escrita do arguido, mas, na correspondente notificação, não lhe fornecer todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5

matérias de facto e de direito, o processo ficará doravante afectado de nulidade, dependente de arguição, pelo interessado/notificado, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria administração, ou judicialmente, no acto de impugnação da subsequente decisão/acusação administrativa.”

Dito por outras palavras, enquanto nas disposições legais inicialmente citadas se patenteia um dever de audiência e defesa com uma configuração de tipo genérico, no “Assento” temos uma definição concreta do conteúdo daquela faculdade reportada a nada menos que a “*todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito*”.

Mas daqui não se extraia, ao contrário do preconizado no recurso, a procedência daquela violação.

Mesmo dentro dos pressupostos lógicos/jurídicos em que se desenvolve aquele “Assento”, ainda que se entenda estarmos perante uma nulidade, nunca a esta seria absoluta.

Pode ler-se, com efeito, naquela decisão uniformizadora:

“IV (a) - Se a notificação, tendo lugar, não fornecer (todos) os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o vício será o da *nulidade sanável* (artigos 283.º, n.º 3, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), arguível, pelo interessado/notificado (artigos 120.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), no prazo de 10 dias após a notificação (artigos 105.º, n.º 1, do

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), perante a própria administração ou, judicialmente, no acto da impugnação [artigos 121.º, n.º 3, alínea c), e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações. Se a impugnação se limitar a arguir a nulidade, o tribunal invalidará a instrução administrativa, a partir da notificação incompleta, e também, por dela depender e a afectar, a subsequente decisão administrativa [artigos 121.º, n.º 2, alínea d), e 3, alínea c), e 122.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações]. Todavia, se o impugnante se prevalecer na impugnação judicial do direito preterido (abarcando, na sua defesa, os aspectos de facto ou de direito omissos na notificação mas presentes na decisão/acusação), a nulidade considerar-se-á sanada [artigos 121.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações].

Ora ainda que se não concedesse que aquele prazo de 10 dias expirou sem que nada a esse título fosse oposto (como o entendeu a AdC a fls. 4038, fazendo anotar que o prazo para a resposta à nota de ilicitude até foi de 40 dias úteis, não sendo ainda altura de funcionar a alternativa da impugnação judicial), tal como se aponta na resposta por si apresentada ao recurso, também por uma outra via e de harmonia com alguma Jurisprudência, tal nulidade se encontraria sanada.

Atente-se, por exemplo, no acórdão da Relação do Porto de 21/11/2007, no processo com o n.º convencional JTRP00040783 (disponível no endereço electrónico www.dgsi.pt/jtrp), onde em relação àquela segunda vertente implicada no Assento, se defende que “a nulidade decorrente da inobservância do comando do art. 50.º do DL n.º 433/82 fica sanada se, no recurso em que é arguida, o recorrente, além dessa arguição, sustenta que não cometeu a contra-ordenação, pugnando pela sua absolvição”.

É o que se verificaría nos presentes autos, pois na impugnação apresentada da decisão da AdC, a Rebosado alega não ter qualquer fundamento falar da

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

existência de partilha, divisão do mercado ou repartição de mercado e de clientela - de que aquela monitorização seria instrumental para controlar as subcontratações - sendo esse um dos motivos pelos quais entende não ter cometido a infracção pela qual foi condenada.

Em todo o caso julgamos não ser necessário percorrer trilhos tão complicados para evidenciar a falta de razão da recorrente a este propósito.

Recorde-se que a alusão à tal monitorização, na perspectiva da AdC, tinha em vista a explicitação do modo como "funcionavam os acertos de facturação entre as empresas ora arguidas na partilha dos serviços de reboque a prestar nos cais da Eurominas e Tanquisado a que as fls. 893 a 896 e 1027 a 1030 dos autos se referem, sendo parte do documento invocado nos art.ºs 52.º, 61.º, 62.º e 114.º da Nota de Ilicitude".

Como se transcreveu, a razão essencial pela qual o despacho recorrido afastou a nulidade pretendida, assentou no argumento da sua não essencialidade (mas simples instrumentalidade) em relação à factualidade que constituía o cerne ou o núcleo da infracção imputada. No fundo, aquele mecanismo mais não era do que uma forma das arguidas garantirem que o acordo era cumprido por todas elas.

"Os elementos relevantes para o efeito são os elementos que fazem parte do tipo, isto é, todos os que respeitam ao acordo de fixação de preços, de repartição do mercado, de harmonização dos descontos e de criação de compensações, e estes constam todos da nota de ilicitude."

É verdade que a recorrente pretende rebater essa menor importância assim atribuída, por exemplo, na sua conclusão 3.ª.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Porém, como se pode claramente evidenciar a partir da sentença depois proferida (e este é para nós um factor decisivo de natureza material aqui a considerar), tanto a acusação não assentava naquela monitorização, como esta não era de facto relevante para o preenchimento dos elementos do tipo imputado, que o Tribunal de Comércio prescindido de todo da sua consideração, ainda assim condenou a recorrente pela infracção em causa.

IV - 1.4.) Já no que concerne à não notificação das diligências complementares de prova realizadas, a nossa posição coincide em absoluto com a posição sustentada no duto despacho recorrido, não havendo propriamente argumentos novos a acrescentar.

As provas não são nulas em si mesmas porque o vício apontado, a existir, não se situa nem na eventual intrusão dos direitos fundamentais condição da sua obtenção, nem no formalismo legalmente indispensável para a sua aquisição processual.

Em sede de nulidades, preside entre nós um princípio de legalidade que implica o seu catálogo fechado.

A situação não se mostra prevenida como nulidade absoluta ou relativa.

A insuficiência de inquérito ou da instrução ou a omissão posterior de diligências reputadas essenciais para a descoberta da verdade são conceitos adjetivos que aqui não tem aplicação (sobre este ponto cfr. Germano Marques da Silva – Curso de Processo Penal, Verbo, 2.^a Ed., Vol. II, pág.^{as} 79/80).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O Assento n.º 1/2003, de 16/10/2002, como vimos, também não se dirige à comunicação do acto, enquanto tal, mas ao não conhecimento de elemento reputado essencial na definição do objecto do processo e que por isso mesmo pode contender com o direito de defesa.

A irregularidade traduzida naquela não notificação convalidou-se pela sua sanação.

Improcedem pois, as nulidades invocadas.

V - 1.) Tendo em vista a apreciação dos recursos interpostos da sentença proferida, cumpre aqui então relembrar a matéria de facto que ali se mostra definida:

Factos provados:

1. - Rebonave - Reboques e Assistência Naval, S. A. pessoa colectiva n.º 502134259 com sede na Ladeira da Ponte de S. Sebastião, n.º 3, Santa Maria da Graça, Setúbal, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Setúbal, tem por objecto social a prestação de serviços auxiliares dos transportes por água, transportes por meio de navegação interna e serviços ligados aos transportes e o capital social de € 499.000,00.

2 - O seu Conselho de Administração é constituído por Maria da Luz Farto dos Santos, presidente; Henrique Pereira de Campos e Possidónio Manuel Marreiros da Conceição Barba, vogais.

3 - Lutamar - Prestação de Serviços à Navegação, Lda. pessoa colectiva n.º 503235652 com sede na R. Vasco da Gama, n.º 49, 1º, Nossa Senhora da Anunciada, Setúbal, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Setúbal, tem por objecto social a prestação de serviços de atracações e desatracações de navios, transporte de pessoal e/ou mantimentos de/para bordo de navios e outros serviços de apoio à navegação e o capital social de € 50.000,00.

4 - Tem como gerente único eleito em 24 de Maio de 1994 António Pedro Romão de

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5.

Almeida.

5 - Rebosado - Reboques do Sado, Lda. pessoa colectiva n.º 500800430 com sede na R. Ocidental do Mercado, n.º 57, R/c, Dto., S. Julião, Setúbal matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Setúbal, tem por objecto social o exercício da actividade de reboques e transportes fluvial e marítimo.

6 - Tem o capital social de € 199.519,16 dividido pelos sócios: Isabel Maria Veiga Ferreira Mora, Helena Maria Veiga Ferreira, Teresa Maria Veiga Ferreira da Câmara Pestana e Manuel José de Almeida Ferreira.

7 - São gerentes da sociedade as sócias Isabel Maria Veiga Ferreira Mora, Helena Maria Veiga Ferreira, Teresa Maria Veiga Ferreira da Câmara Pestana, eleitas em 10 de Janeiro de 2005.

8 - As arguidas dedicam-se à prestação de serviços de reboque marítimo e lanchas no porto de Setúbal.

9 - No porto de Setúbal há vários terminais, um dos quais é o estaleiro de reparação naval da Lisnave, situado na zona da Mitrena, terminal de uso privativo.

10 - As sociedades Lisnave e Rebocalis - Rebocagem e Assistência Marítima, Lda. (Rebocalis) celebraram um acordo escrito nos termos do qual a primeira atribuiu à segunda 60% do total de serviços de reboque marítimo a prestar nos estaleiros da Mitrena.

11 - As sociedades Lisnave e Rebonave celebraram um acordo escrito nos termos do qual a primeira atribuiu à segunda 40% do total de serviços de reboque marítimo a prestar nos estaleiros da Mitrena.

12 - As restantes empresas que prestam os serviços de reboque marítimo no porto de Setúbal podem efectuar serviços de e para aqueles estaleiros em regime de subcontratação pelas duas empresas autorizadas, sempre sob a sua direcção técnica.

13 - No porto de Setúbal os serviços de reboque marítimo e lanchas são procurados pelos agentes de navegação, em nome e por conta dos armadores, ou por estes últimos directamente, sempre que o navio, com origem e/ou destino no porto de Setúbal, não disponha de capacidade própria de atracação/desatracção.

14 - A escolha do prestador de serviços de reboque marítimo pode ser estabelecida directamente entre o prestador de serviço e o armador, dando origem à facturação directa, ou através do agente de navegação, dando origem à facturação indirecta.

15 - A escolha do prestador de serviços e a negociação das condições pode ser feita pelo armador ou pelo agente de navegação.

16 - Mesmo quando a escolha e negociação é feita pelo armador, a facturação pode ser enviada ao agente de navegação, podendo este passar o custo directamente ao seu representado

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

52

ou incluí-lo no seu pacote de serviços.

17 - Quanto a escolha cabe ao agente de navegação este inclui o respectivo custo no seu pacote de negociação com o armador.

18 - Um rebocador baseado no porto de Lisboa teria de percorrer mais de 70Km em cada direcção para efectuar um serviço no porto de Setúbal, o que equivale a pelo menos 3,5 horas para chegar a Setúbal mais 3,5 horas para voltar a Lisboa, num total de 7 horas de mobilização/desmobilização, às quais acrescem as horas de manobra efectivamente realizadas.

19 - Um rebocador baseado no porto de Sines teria de percorrer, em cada sentido, cerca de 65Km.

20 - O serviço de reboque pode ser prestado pela autoridade portuária, mediante licenciamento ou mediante concessão.

21 - No porto de Setúbal este serviço é prestado mediante licenciamento.

22 - Estão licenciadas para prestar serviços no porto de Setúbal e ali estabelecidas em regime de permanência quatro empresas: as três arguidas e a sociedade Rebocalis - Rebocagem e Assistência Marítima, Lda.

23 - Os preços dos serviços de reboque marítimo no porto de Setúbal não estão sujeitos a qualquer fixação administrativa ou aprovação prévia por parte da Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S.A. (APSS).

24 - Na sequência do acordo referido em 11) a Rebocalis está obrigada à disponibilização de capacidade suficiente que lhe permita suprir, em qualquer altura (24h/dia, 7 dias/semana) as necessidades dos estaleiros, o que a obriga a afectar, em permanência e de forma prioritária, toda a sua capacidade disponível aos serviços de e para os estaleiros da Lisnave.

25 - A Rebocalis não se tem apresentado a oferecer serviços de reboque marítimo no porto de Setúbal, para além dos estaleiros da Lisnave.

26 - Por causa dos custos envolvidos na deslocação de rebocadores entre portos, e ainda do tempo necessário para proceder a tal deslocação, não é economicamente viável a prestação de serviços de reboque marítimo e lanchas no porto de Setúbal por empresas cujos reboques e lanchas não se encontram estabelecidas em permanência em Setúbal.

27 - Os períodos de mobilização/desmobilização por serviço por parte das empresas sedeadas no porto de Setúbal raramente excedem, no seu conjunto, 2,5 horas.

28 - No dia 27 de Janeiro de 2006 pelas 11 horas teve lugar nas instalações da Lutamar uma reunião agendada no dia 24 do mesmo mês, na qual estiveram presentes Isabel Mora, Maria da Luz e António Almeida.

29 - Nessa reunião as arguidas discutiram as tabelas de tarifas para os serviços de reboque marítimo e lanchas no porto de Setúbal a praticar pelas três arguidas.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

30 - E acordaram entre si os preços para os serviços de reboque marítimo no porto de Setúbal, para o ano de 2006.

31 - Este acordo foi sendo desenvolvido e aperfeiçoado, tendo as arguidas durante o ano de 2006 continuado a trocar entre si informações sobre os tarifários de reboques e lanchas no Porto de Setúbal e a trabalhar com vista à harmonização em alta das tabelas de preços, aprovando cada uma delas a sua tabela de preços.

32 - Na sequência desse acordo as arguidas Rebosado e Lutamar passaram a aplicar as novas tabelas de preços em 1 de Março de 2006.

33 - Data em que a Rebonave passou a aplicar no Porto Comercial de Setúbal a tabela de preços que aplicava no cais da Lisnave.

34 - No ano de 2005 a tabela da Lutamar para os serviços de reboques marítimos era a seguinte:

Lutamar

Tonelagem Bruta dos Navios (G.T.)	De	Até	Manobra/Valor Hora
			Euros
	5.000	5.000	193,60
	5.001	7.500	207,00
	7.501	10.000	227,70
	10.001	12.500	243,20
	12.501	15.000	263,90
	15.001	17.500	279,50
	17.501	20.000	300,20
	20.001	30.000	336,40
	30.001	40.000	383,00
	40.001	50.000	414,00
	50.001	60.000	455,40
	60.001	70.000	496,80
	70.001	80.000	548,60
	80.001	90.000	579,60
	90.001	100.000	621,00
Rebocadores e Lanchas à ordem			Euros/Hora
Rebocadores até 1.500 HP			144,90
Rebocadores acima 1.500 HP			170,80

35 - No ano de 2005 a tabela da Rebosado para os serviços de reboques marítimos era a seguinte:

Rebosado

Tonelagem Bruta dos Navios (G.T.)	De	Até	Manobra/ Valor Hora
			Euros
		5.000	184,00
		5.001	198,00
		7.001	210,00
		10.001	245,00
		15.001	280,00
		20.001	315,00
		30.001	360,00

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

40.001	50.000	395,00
50.001	60.000	435,00
60.001	70.000	465,00
70.001	80.000	520,00
80.001	90.000	550,00
90.001	100.000	590,00

Rebocadores e Lanchas à ordem	Euros / Hora
Rebocadores até 1.500 HP	160,00
Rebocadores até 2.500 HP	200,00
Voith Schneider	220,00

36 - A partir de 1 de Março de 2006 a tabela de preços da Lutamar para os serviços de reboques marítimos era a seguinte:

Lutamar		
Tonelagem Bruta dos Navios (G.T.)		Manobra / Valor Hora
De	Até	Euros
	5.000	278,00
5.001	10.000	310,00
10.001	15.000	364,00
15.001	20.000	410,00
20.001	30.000	558,00
30.001	40.000	658,00
40.001	60.000	780,00
60.001		

Rebocadores e Lanchas à ordem	Euros / Hora
Lancha rebocadora até 500HP	138,00
Rebocadores até 1.500 HP	200,00
Rebocadores até 2.500 HP	294,00
Lancha p/ cabos e serv. transporte	90,00

37 - A partir de 1 de Março de 2006 a tabela de preços da Rebosado para os serviços de reboques marítimos era a seguinte:

Rebosado		
Tonelagem Bruta dos Navios GT.		Manobra/Valor Hora
De	Até	Euros
	5.000	280,00
5.001	10.000	310,00
10.001	15.000	366,00
15.001	20.000	412,00
20.001	30.000	498,00
30.001	40.000	558,00
40.001	60.000	660,00
60.001		778,00

Rebocadores e Lanchas à ordem	Euros / Hora
Lancha Rebocadora até 500 HP	134,00

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

<u>Reboadores até</u>	<u>1.500 HP</u>	<u>200,00</u>
<u>Reboadores até</u>	<u>2.500 HP</u>	<u>290,00</u>
<u>Lancha n/cabos e serv. transporte</u>		<u>90,00</u>

38 - No ano de 2005 a tabela da Rebonave para os serviços de reboques marítimos era a seguinte:

Tonelagem Bruta dos Navios (G.T.)		Manobra / Valor Hora (€)	
De	Até	1ª Hora	Sequintes
	500	110,00	85,00
501	1.000	140,00	100,00
1.001	2.000	165,00	120,00
2.001	3.000	210,00	155,00
3.001	5.000	275,00	200,00
5.001	10.000	345,00	265,00
10.001	15.000	420,00	300,00
15.001	20.000	485,00	345,00
20.001	30.000	540,00	395,00
30.001	40.000	610,00	445,00
40.001	50.000	675,00	495,00
50.001	65.000	730,00	540,00
65.001	80.000	795,00	585,00
80.001	95.000	845,00	630,00
95.001	120.000	895,00	665,00
120.001	160.000	945,00	700,00
160.001		1.020,00	755,00

Reboadores e Lanchas à ordem		Euros / Hora
Reboadores até	1.500 HP	195,00
Reboadores até	2.500 HP	285,00
Reboadores até	3.000 HP	365,00
Lanchas		70,00

39 - A partir de 1 de Março de 2006 a tabela de preços da Rebonave para os serviços de reboques marítimos era a seguinte:

Tonelagem Bruta dos Navios (G.T.)		Manobra/ Valor Hora (€)	
De	Até	1.ª Hora	Sequintes
	500	110,00	85,00
501	1.000	140,00	100,00
1.001	2.000	165,00	120,00
2.001	3.000	210,00	155,00
3.001	5.000	275,00	200,00
5.001	10.000	345,00	265,00
10.001	15.000	420,00	300,00
15.001	20.000	485,00	345,00
20.001	30.000	540,00	395,00
30.001	40.000	610,00	445,00
40.001	50.000	675,00	495,00
50.001	65.000	730,00	540,00
65.001	80.000	795,00	585,00

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

80.001	95.000	845,00		630,00
95.001	120.000	895,00		665,00
120.001	160.000	945,00		700,00
160.001		1.020,00		755,00

Rebocadores e Lanchas à ordem	Euros / Hora
Rebocadores até 1.500 HP	20000
Rebocadores até 2.500 HP	29500
Rebocadores até 4.000 HP	37500
Lanchas	8000

40 - Para além das tabelas gerais de preços para os serviços de reboque marítimo no porto de Setúbal, as arguidas negociavam, com determinados clientes, preços distinos.

41 - Podendo estes assumir a forma de pagamentos fixos por serviço (*lump-sum*), tabelas distintas das gerais, mas com a mesma estrutura.

42 - Ou tabelas com pagamentos tipo *lump-sum*, mas com alguma diferenciação quanto à classe de GT das embarcações servidas e/ou das horas em que o serviço era prestado.

43 - Em 2005, a arguida Rebonave apresentava a seguinte tabela de preços especificamente dirigida para o seu cliente Mar-e-Sado:

Tonelagem Bruta dos Navios	Manobra / Valor Hora	
Dc	Euros	
	Até	
	5.000	18400
5.001	7.000	19800
7.001	10.000	210,00
10.001	15.000	245,00
15.001	20.000	28000
20.001	30.000	315,00
30.001	40.000	36000
40.001	50.000	39500
50.001	60.000	435,00
60.001	70.000	46500
70.001	80.000	520,00
80.001	90.000	550,00
90.001	100.000	590,00

Rebocadores e Lanchas à ordem	Euros / Hora
Rebocadores até 1.500 HP	160,00
Rebocadores até 2.500 HP	200,00

44 - Em 2006, a Rebonave passou a aplicar a todos os seus clientes a tabela geral de preços para serviços de reboque marítimo no porto de Setúbal.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

45 - Os serviços da Rebonave no porto de Setúbal são realizados maioritariamente como sub-contratada.

46 - No ano de 2005 a Rebonave, quando era subcontratada, utilizava o seu tarifário.

47 - A partir da celebração do acordo em 2006 as arguidas quando se subcontratam passaram a aplicar os tarifários das sub-contratantes.

48 - A arguida Lutamar apresentava, em 2005, um conjunto de tabelas de preços especiais para alguns dos seus clientes, tabelas essas que, durante o ano de 2006, sofreram aumentos, em alguns casos repartidos por 2 alterações ao longo do ano e envolvendo, num caso específico, alterações dos escalões horários, conforme doc. fls. 743 a 759 que aqui se dão por reproduzidos.

49 - No dia 26 de Janeiro de 2006 foi enviado um e-mail da Lutamar para a Rebonave, identificando o assunto "Agentes Navegação Setúbal Divisão de mercado 2006", com o seguinte teor:

(Dá-se aqui por reproduzida o email constante de fls. 5189/5190 da sentença recorrida, dada a indisponibilidade de meios técnicos para assegurar a sua reprodução e apresentação a cores).

50 - Nos dias 22 e 23 de Março de 2006, as arguidas Rebonave, Lutamar e Rebosado voltaram a reunir-se para discutir o acordo iniciado a 27 de Janeiro.

51 - Nesta reunião de 22 e 23 de Março de 2006, realizada nas instalações da Rebonave, intervieram Isabel Ferreira Mora e Maria da Luz Farto dos Santos, ambas presencialmente, e telefonicamente António Pedro Romão de Almeida.

52 - As alterações de 22 e 23 de Março de 2006 foram rectificadas em 2 de Maio de 2006, em reunião havida nas instalações da arguida Rebonave.

53 - Nesta reunião de 2 de Maio de 2006 estiveram presentes Isabel Ferreira Mora, Maria da Luz Farto dos Santos, Possidónio Manuel Marreiros da Conceição Borba e António Pedro Romão de Almeida.

54 - A reunião de 2 de Maio de 2006 foi precedida de contactos entre as arguidas, quer via telefone, quer através de troca de mensagens de correio electrónico.

55 - A nova versão acordada entre as arguidas acrescentava ao acordo inicial uma partilha dos serviços pelos diversos cais, nos seguintes termos:

"Acordo entre empresas"

"Os navios manobrados na Eurominas pela Lutamar/Rebosado terão uma participação de 50% Rebonave."

"Para os navios manobrados na Tanquisado pela Lutamar/Rebosado, quando não houver capacidade individual de cada uma destas empresas, as unidades necessárias serão pedidas à Rebonave".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mercado:

- actividade de reboques e marinharia no estaleiro da Listnave: € 3.327.814;
- reboque costeiro e internacional, assistência e salvamento marítimo: € 1.485.898;
- serviços de reboque a clientes directos no porto comercial de Setúbal: € 76.735;
- cedências de rebocadores a outras operadoras no porto comercial de Setúbal: € 61.061.

70 - Em resposta a pedido da AdC a Rebosado declarou que no exercício de 2006 realizou um volume de negócios de € 2.175.814,43;

71 - Em resposta a pedido da AdC a Lutamar declarou que no exercício de 2006 realizou um volume de negócios de € 1.206.325,81;

72 - No exercício de 2005 a arguida Rebонаве apresentou:

- a) imobilizado corpóreo líquido: € 2.405.743,75;
- b) investimentos financeiros: € 1.658.836,0;
- c) dívidas de terceiros: € 856.846,15;
- d) títulos negociáveis: 109.10 1,25;
- e) depósitos e caixa: € 2.876.775,20;
- f) acréscimos e diferimentos: € 84.634,70;
- g) capital próprio: € 2.176.899,45, sendo 636.782,79 de reservas, (741.294,25) de resultados transitados e 1.373.466,29 de resultado líquido de exercício;
- h) total do passivo: € 4.441.571,32;
- i) total de proveitos: 6.368.021,44, dos quais € 4.514.524,90 correspondem ao seu volume de negócios;

73 - No exercício de 2005 a arguida Rebosado apresentou:

- a) imobilizado corpóreo líquido: € 1.129.983,23;
- b) investimentos financeiros: € 618.653,83;
- c) existências (líquido): € 18.000,0;
- d) dívidas de terceiros: € 1.605.429,57;
- e) depósitos e caixa: € 229.049,16;
- f) capital próprio: € 2.150.653,61, sendo 1.125.607,0 de reservas, 465.862,81 de resultados transitados e 359.162,84 de resultado líquido de exercício;
- g) total do passivo: € 1.462.285,55;
- h) total de proveitos: 2.313.522,64, dos quais € 1.412.173,72 correspondem ao seu volume de negócios;
- i) total dos custos: € 1.800.281,11;

74 - No exercício de 2006 a arguida Lutamar apresentou:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

56 - E incluía ainda, na parte denominada "Facturação Lutamar/Rebosado à Rebonave":

"*O pedido de manobras entre empresas [tendo a arguida Rebonave como subcontratante] será feito directamente entre elas, sendo acertada mensalmente a sua distribuição*".

57 - E ainda:

"*A Rebonave facturará, pelos trabalhos prestados àquelas empresas [Rebosado e Lutamar] o horas de mobilização e desmobilização para serviços prestados nos cais da Eurominas e Tanquisado.*"

58 - Durante o ano de 2005 a Rebonave apenas foi subcontratada pela Lutamar e foi-o para oito serviços nos cais da Eurominas e Tanquisado.

59 - Nos primeiros sete meses do ano de 2006 a Rebonave foi subcontratada para 19 serviços nos cais da Eurominas e Tanquisado.

60 - Sendo 7 desses serviços prestados como subcontratada da arguida Rebosado.

61 - Durante o ano de 2005 a Rebonave nunca subcontratou a Rebosado.

62 - Durante o ano de 2006 a Rebonave subcontratou a Rebosado com regularidade.

63 - A Rebonave prestou serviços como subcontratada da Rebosado nos quais não facturou esta pelo período de mobilização e/ou desmobilização mas, ao cliente final cobrou os montantes correspondentes às horas pela mobilização e desmobilização dos rebocadores da Rebonave.

64 - Na sequência das reuniões de 22 e 23 de Março as arguidas estabeleceram um mecanismo de compensação nos seguintes termos:

"*Novas consultas*"

"*Na situação de consulta de um cliente de outro, a empresa consultada responderá com a sua tabela oferecendo ao cliente um desconto de 5% para pagamento a 45 dias.*"

65 - E ainda:

"*Se a sua proposta vencer, será o anterior fornecedor a fazer o trabalho facturando pela tabela da empresa ganhadora com um desconto de 15%*"

66 - Entre 1 de Março de 2006 e 31 de Julho de 2006 a Rebonave realizou 37 serviços no Porto de Setúbal.

67 - Entre 1 de Março de 2006 e 31 de Julho de 2006 a Rebosado realizou 292 serviços no Porto de Setúbal.

68 - Entre 1 de Março de 2006 e 31 de Julho de 2006 a Lutamar realizou 305 serviços no Porto de Setúbal.

69 - Em resposta a pedido da AdC a Rebonave declarou que no exercício de 2006 realizou um volume de negócios de € 4.951.461,71, com a seguinte distribuição por segmento de

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

a) imobilizado incorpóreo líquido: € 1.388,93;

b) imobilizado corpóreo líquido: € 662.713,09;

c) investimentos financeiros: € 12.000,00;

d) dívidas de terceiros: € 2.041.185,72;

e) depósitos e caixa: € 97.769,72;

f) capital próprio: € 138.524,62, sendo 3.737,25 de reservas, 72.699,70 de

resultados transitados e 10.087,67 de resultado líquido de exercício;

g)total do passivo: € 2.676.532,84;

h)total de proveitos € 947.662,07, dos quais € 943.102,29 correspondem ao seu volume de negócios;

i) total dos custos: € 930.862,38.

75 - As quatro arguidas quiseram, de forma deliberada, livre e voluntária, celebrar e manter ao longo do tempo o acordo *supra* referido de fixação de preços convergentes, de manutenção da carteira de clientes e criação de um sistema de compensações para o caso de clientes mudarem de prestador de serviços.

76 - As arguidas sabiam que um acordo celebrado entre empresas concorrentes, com o conteúdo aqui em causa, falseia a concorrência e é proibido por lei.

77 - Mesmo assim quiseram celebrar o acordo nos termos em que o fizeram.

78 - Desde Outubro de 2005 que a Rebonave e a Rebocalis vinham preparando a negociação com a Lisnave com vista à actualização dos preços do serviço de reboques no Estaleiro da Lisnave para o ano de 2006.

79 - Concluída a negociação, foi a tabela aprovada e comunicada a todos os Agentes de Navegação, em 25 de Janeiro de 2006, para entrar em vigor no dia 1 de Fevereiro de 2006.

80 - A Rebonave e a Rebocalis apresentaram aos seus clientes, os seguintes descontos por condições de pagamento: 7,5 % até 45 dias; 5% até 60 dias, sem descontos a partir de 60 dias.

81 - No ano de 2006 a Rebonave aplicou à sua cliente Mar e Sado a tabela geral de preços de 2006, tendo ambas negociado o prazo de aplicação para Abril e o desconto de 10% para pagamento a 30 dias.

82 - A tabela de preços dos serviços de reboque da Rebonave é igual à da Rebocalis.

83 - O último ajustamento da tabela de preços da Rebonave antes de 2006 ocorreu em 2003 aquando da conversão dos valores de dólares americanos, em que a mesma se encontrava expressa, para euros.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5.

84 - No ano de 2004 o índice oficial de preços ao consumidor foi de 2,4%.

85 - No ano de 2005 o índice oficial de preços ao consumidor foi de 2,3%.

86 - No ano de 2006 o índice oficial de preços ao consumidor foi de 3,1%.

87 - O estaleiro naval da Lisnave fica distante cerca de uma hora de navegação dos cais comerciais do porto de Setúbal.

88 - Os terminais denominados Eurominas e Tanquisado estão localizados nas proximidades do Estaleiro Naval da Lisnave.

89 - A Rebonave desenvolve actividade de reboque costeiro e internacional, de assistência e salvamento marítimo.

90 - As frotas da Rebosado e da Lutamar ficam localizadas no porto comercial de Setúbal e a frota da Rebonave no Estaleiro Naval da Lisnave.

91 - A Rebonave presta serviços no porto comercial de Setúbal para três clientes:

a) a Mitsui, armador com quem a Rebonave celebrou em Outubro de 1998 o primeiro contrato para a prestação de serviço de reboques a preços globais (lumpsums), para a manobra dos navios daquele armador;

b) a agência Barwil Knudsen, com quem a Rebonave mantém desde Julho de 1994, um acordo para a prestação do serviço de reboque a preços globais (lumpsums) para a manobra dos navios-tanques por ela agenciados, que utilizam os terminais das piritas e da Tanquisado;

c) a agência Mar e Sado com quem a Rebonave negocou em Setembro de 2004 um tarifário válido para o conjunto dos navios por ela agenciados.

92 - Já ocorreram situações no porto de Setúbal em que serviços de reboque ficaram por realizar por incapacidade dos operadores envolvidos, individualmente considerados.

93 - As manobras de navios no Estaleiro da Lisnave (algumas simultâneas) e na maioria dos terminais existentes no porto de Setúbal, são efectuadas apenas no recontro das marés, quando as correntes se anulam.

94 - Este facto determina picos de utilização de rebocadores, a que por vezes os operadores isoladamente não têm condições de responder.

95 - O acordo estabelecido entre as arguidas permite ultrapassar estas situações até ao limite da capacidade disponível, enquanto houver rebocadores disponíveis, sejam de que operadores forem, minimizando dessa forma, os cancelamentos e adiamentos de manobras.

96 - Garantindo aos utentes do porto uma resposta pronta e eficaz às suas necessidades de reboques, mesmo que o seu fornecedor do serviço não tenha, nesse momento, capacidade disponível para o fazer.

97 - Para a exploração portuária, é garantida uma melhor continuidade do serviço e uma maior rotatividade na utilização da infra-estrutura portuária.



5

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

98 - Nas manobras de navios de e para o Estaleiro da Lisnave, na zona industrial da Mitrena, os dois operadores contratados (Rebocalis e Rebonave), cedem prioritariamente entre si as unidades de que necessitam para a realização dos serviços que lhe são cometidos.

99 - Esgotada esta capacidade, cada uma das Empresas requisita os meios de que necessita, aos outros operadores de reboques do porto de Setúbal.

100 - Que se comprometem a cedê-los para operarem sob a coordenação das primeiras.

101 - Para a realização dos serviços de reboque que tenha de efectuar no porto comercial de Setúbal, a Rebonave recorre, se necessário, à cedência de meios por parte dos operadores baseados no porto comercial.

102 - O serviço de reboque é facturado pela Empresa a quem o serviço foi requisitado pelo representante do navio, e nas condições acordadas com o seu cliente.

103 - Pelas cedências de reboques efectuadas entre si, os operadores portuários facturam-se segundo os tarifários e condições que acordaram entre si.

104 - Em resposta a pedido da AdC a Rebonave declarou que no exercício de 2005 realizou um volume de negócios de € 3.979.512,06, com a seguinte distribuição por segmento de mercado:

- actividade de reboques e marinaria no estaleiro da Lisnave: € 2.734.980;
- reboque costeiro e internacional, assistência e salvamento marítimo: € 1.111.428;
- serviços de reboque a clientes directos no porto comercial de Setúbal: € 78.122;
- cedência de rebocadores a outras operadoras no porto comercial de Setúbal: € 54.982.

105 - A Rebonave recebeu uma reclamação relacionada com a tabela de preços de 2006 da Agência Navigomes - Navegação e Comércio, Lda., conforme doc. fls. 726 que aqui se dá por reproduzido.

106 - A Navigomes não é cliente da Rebonave no Porto comercial de Setúbal.

107 - A administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S.A. solicita às empresas prestadoras de serviços de reboque marítimo a tabela de preços em vigor para o ano em questão, tendo sido sempre atendida nessa sua solicitação.

108 - A Rebocalis não presta serviços no Porto de Setúbal por opção comercial sua.

109 - O acordo celebrado pelas arguidas no ano de 2006 abrangeu os preços a praticar na utilização de rebocadores em regime de subcontratação, isto é, sempre que a arguida tivesse necessidade de subcontratar os rebocadores das suas concorrentes para prestar os seus próprios serviços.

110 - A subida de preços ocorrida em 2006 reflectiu também o aumento do custo da matéria-prima principal utilizada pelas arguidas para o desempenho da sua actividade.

111 - Habitualmente os navios escalam os portos em horários semelhantes relacionados

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5

com as marés favoráveis à entrada e saída, obrigando à utilização simultânea de vários reboques atendendo às suas características e ao estado do tempo.

112 - Nenhuma das arguidas tem capacidade para responder sozinha a uma situação em que três navios pretendam entrar no porto de Setúbal na preia-mar para atracar com a mesma maré, com calado idêntico de 9,50 a 10 ms, com vinte a trinta mil GT e comprimento de 180 ms a 200 ms.

113 - Se as empresas não recorrerem aos rebocadores das outras operadoras uma ou mais das operações podem ter de ser adiadas.

114 - A agência de navegação Afonso H. O'Neill & C.^a, Lda. foi durante vários anos cliente da Rebosado para serviços do porto comercial de Setúbal.

115 - A partir de Março de 2007 a agência de navegação Afonso O'Neill passou a ser cliente da Lutamar.

116 - A agência de navegação Orey - Comércio e Navegação, Lda. é cliente da Lutamar.

117 - A agência de navegação Barwill Knudssen também é cliente da Rebosado.

118 - Em Janeiro de 2003 a Lutamar adquiriu o gasóleo a preço de € 0,310/ litro.

119 - Em Junho de 2006 a Lutamar adquiriu o gasóleo ao preço de € 0,644/ litro.

120 - Em Janeiro de 2003 a Lutamar adquiria os lubrificantes que utiliza ao preço de € 34,00 a embalagem e em Junho de 2006 ao preço de € 50,0.

121 - O acordo celebrado pelas arguidas em 2006 teve também como objectivo permitir uma cooperação entre as empresas com vista a garantir o aproveitamento pleno e a optimização da utilização da frota existente no porto de Setúbal.

122 - E a melhoria do desempenho dos recursos humanos e das infra-estruturas e equipamentos existentes no Porto de Setúbal, optimizando a sua utilização através de colaboração entre as empresas.

123 - Tendo em conta o constrangimento ao nível do calado, e o facto de que os serviços de reboque marítimo prestados pelas arguidas terem de se concentrar no período de preia-mar, as empresas que actuam no porto de Setúbal por vezes têm que recorrer aos serviços prestados pelas restantes empresas que actuam no mesmo porto.

124 - Seja por dificuldades em fazer deslocar os rebocadores ao cliente em tempo útil, seja por falta de capacidade própria para responder em determinada situação aos pedidos de reboque existentes.

125 - Desde o ano de 2002 que a Rebosado não sujeitava o seu tarifário a qualquer tipo de actualização.

126 - Em 2003 a Rebosado teve custos com pessoal de €: 305.871,00 (trezentos e cinco mil, oitocentos e setenta e um euros).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

127 - No ano de 2004 a Rebosado teve custos com pessoal de €: 429.198,00 (quatrocentos e vinte e nove mil, cento e noventa e oito euros).

128 - No ano de 2005 a Rebosado teve custos com pessoal de €: 640.547,00 (seiscentos e quarenta mil, quinhentos e quarenta e sete euros).

129 - A frota da Rebosado é composta pelos seguintes rebocadores: Portel, Peneda, Sobreda, Cabo da Roca; Cabo Espichel, Zarro, Vira e Ponta do Outão.

130 - Entre 2001 e 2006 o preço do gasóleo corado sofreu vários aumentos.

131 - A empresa Resistência - Serviços à Navegação de Lisboa, Lda. aplica as seguintes tarifas de Rebocadores e Lanchas no Porto de Lisboa, no ano de 2006:

ARQUEAÇÃO BRUTA (G.T.)			Taxas / hora de Manobra
Navio	Até	5000	288€
5001	A	10000	338€
10000	A	15000	380€
15001	A	20000	424€
20001	A	30000	516€
30001	A	40000	576€
40001	A	60000	680€
Acima de 60 001			806€
REBOCADOR E LANCHAS À ORDEM /HORA			
Lancha rebocadora até 500 H.P			148€
Lancha rebocadora até 1.500 H.P			264€
Lancha rebocadora até 2.500 H.P			322€
Lancha rebocadora até 3.500 H.P			416€
Lancha para cabos e serviços de transporte			94€

132 - A sociedade Svitzer Wijsmuller aplica para o ano de 2006 as seguintes tarifas de rebocadores no Porto de Lisboa:

ARQUEAÇÃO BRUTA (G.T.)			Taxas / hora de Manobra		
			Secção 1	Secção 2	Secção 3
Navios	Até	5000	520€	870€	925€
5001	A	10000	615€	975€	1.040€
10 000	A	15000	710€	1.080€	1.155€
15001	A	20000	805€	1.230€	1.495€
20001	A	25000	950€	1.370€	1.585€

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

25001	A	30000	1.050€	1.435€	1.675€
30001	A	35000	1.125€	1.500€	1.765€
REBOCADOR E LANCHAS "À ORDEM" / HORA					
		rebocadora até 500 H.P.		144€	
		rebocadora até 1.500 H.P.		256€	
		rebocadora até 2.500 H.P.		312€	
		rebocadora até 3.500 H.P.		404€	
		rebocadora com mais de 3.500 HP		510€	

133 - As tarifas de Reboque aplicadas no Porto de Sines durante o ano de 2006, são as seguintes:

Cl	Classes de GT Arqueação Bruta	Entrar e atracar (**)	Entrar e Fundear	Lagnar e sair (*)	Suspender e Sair
		422,20	227,32	227,32	227,32
1	Até 999	422,20	227,32	227,32	227,32
2	1000-2499	779,42	422,20	422,20	422,20
3	2500-4999	909,33	552,10	552,10	552,10
4	5000-7499	1364,00	681,99	681,99	681,99
5	7500-9999	1753,72	746,95	746,95	746,95
6	10000-12499	2013,53	779,42	779,42	779,42
7	12500-14999	2273,34	1039,24	1039,24	1039,24
8	15000-17499	2987,81	1234,10	1234,10	1234,10
9	17500-19999	3589,08	1370,38	1370,38	1370,38
10	20000-29999	3980,61	1500,88	1500,88	1500,88
11	30000-39999	5.546,75	1892,41	1892,41	1892,41
12	40000-79999	8850,50	2753,49	2753,49	2753,49
13	80000-149999	13111,84	3605,76	3605,76	3605,76
14	> 150000	19667,77	5572,54	5572,54	5572,54

Cl	Classes GT Arqueação Bruta	Susp. Atracar (**)	Mudanças			Correr ao Longo do Cais
			Lagnar e Fundear (*)	Outras Mudanças (***)	Mudanças cais corrido	
1	Até 999	422,20	227,32	422,20	211,10	227,32
2	1000-2499	779,42	422,20	974,29	487,15	422,20
3	2500-4999	909,33	552,10	1.234,10	617,05	
4	5000-7499	1364,00	681,99	1753,71	876,86	681,99
5	7500-9999	1753,72	746,95	2143,43	1071,72	746,95
6	10000-12499	2013,53	779,42	2403,24	1201,62	779,42
7	12500-14999	2273,34	1039,24	2792,95	1396,41	1039,24
8	15000-17499	2987,81	1234,10	3767,26	1883,63	1234,10
9	17500-19999	3589,08	1370,38	4241,63	2120,81	1370,38
10	20000-29999	3980,61	1500,88	5220,47	2610,23	1500,88
11	30000-39999	5.546,75	1892,41	7830,71	3915,35	1892,41
12	40000-79999	8850,50	2753,49	10161,65	5080,84	2753,49

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

13	80000-149999	13111.84	3605.76	14423.02	211.51	3605.76
4	> 150000	19667.77	5572.54	22290.14	11145.07	5572.54

(*) Para os navios metaneiros, é aplicado um coeficiente 2 sobre os valores tabelados.

(**) Nas manobras de Atracção ao posto 3, com navios atracados ao posto 2, é aplicado um coeficiente de 1,2 sobre os valores tabelados.

134 - No Porto de Aveiro o tarifário a cobrar por rebocador e por manobra, em função do comprimento fora a fora do navio a assistir, para 2006 é:

	Rebocador 6T	Rebocador 15T	Rebocador 24T
Até 95 m	€:257	€:420	
95 a 110m	€:257	€:593	
110 a 125 m	€:257	€:985	€:985
125 a 140m	€:257	€: 1159	€: 1159

135 - De acordo com o Regulamento de Tarifas da Delegação dos Portos do Sul do Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, IP a tarifa de reboque é estabelecida por classes de GT dos navios, sendo as respectivas taxas fixadas por operação/hora e por rebocador, de acordo com a seguinte tabela:

Classes de GT	Entrar e atracar	Entrar E Fundear	Lagnar e sair	Mudanças dentro do porto	Experiências dentro do porto	Correr ao cais ou ou a estruturas de de atracação
Até 999	115,746	115,746	115,746	115,746	115,746	115,746
1000-1499	173,624	173,624	173,624	173,624	173,624	173,624
1500-2499	214,133	214,133	214,133	214,133	214,133	214,133
2500-2999	289,371	289,371	289,371	289,371	289,371	289,371
3000-3999	324,089	289,371	324,089	289,371	324,089	289,371
4000-4999	347,238	324,089	347,238	324,089	347,238	324,089
5000-9999	434,045	347,238	434,045	347,238	434,045	347,238
10000-20000	520,863	434,045	520,863	434,045	520,863	434,045
=/2000	578,731	578,731	578,731	578,731	578,731	578,731

136 - A empresa Lisbontugs - Comp. Rebocadores de Lisboa, S.A. aplicava em 2005 as seguintes tarifas de Rebocadores e Lanchas no Porto de Lisboa:

ARQUEAÇÃO BRUTA GT			Taxas/hora de manobra
Navios	Até	5 000	280€
5 001	A	10 000	328€
10 000	A	15 000	368€

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5.

15 001	A	20 000	412€
20001	A	30.000	500€
30001	A	40000	560€
40001	A	60000	660€
Acima de 60 001			782€
REBOCADOR E LANCHAS "À ORDEM" / HORA			
Lancha rebocadora até 1.500 H.P			144€
Lancha rebocadora até 1.500 H.P			256€
Lancha rebocadora até 2.500 H.P			312€
Lancha rebocadora até 3.500 H.P			404€
Lancha para cabos e serviços de			90€

137 - Empresa essa que, para o ano de 2006, aplica as seguintes tarifas:

Classes de GT	Zona 1	Zona 2	Zona 3
< 5.000	€: 520	€: 870	€: 925
5.001 a 10.000	€: 615	€: 975	€: 1.040
10.001 a 15.000	€: 710	€: 1.080	€: 1.155
15.001 a 20.000	€: 805	€: 1.230	€: 1.495
20.001 a 25.000	€: 950	€: 1.370	€: 1.585
25.001 a 30.000	€: 975	€: 1.435	€: 1.675
30.001 a 35.000	€: 1.050	€: 1.500	€: 1.765
35.001 a 40.000	€: 1.125	€: 1.565	€: 1.835
40.001 a 45.000	€: 1.200	€: 1.630	€: 1.945
45.001 a 50.000	€: 1.275	€: 1.695	€: 2.035
50.001 a 55.000	€: 1.350	€: 1.760	€: 2.125
55.001 a 60.000	€: 1.425	€: 1.825	€: 2.215
60.001 a 65.000	€: 1.500	€: 1.890	€: 2.305
65.001 a 70.000	€: 1.575	€: 1.955	€: 2.395
> 70.000	€: 1.650	€: 2.020	€: 2.485

138 - Em 2005, a sociedade Resistência - Serviços à Navegação de Lisboa, Lda. aplicava o seguinte tarifário no Porto de Lisboa:

ARQUEAÇÃO BRUTA	G.T.)	Taxas/ hora manobra
Navios Até	7000	270€
7001	A 10000	316€
10 001	A 15000	354€
15001	A 20000	396€
20001	A 30000	480€
30001	A 40000	538€
40001	A 50000	602€
50001	A 60000	666€
60001	A 75000	752€
75001	A 90000	850€

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

90001	A	105.000	948€
105001	A	120000	1.036€
120001	A	160000	1.136€
REBOCADOR E LANCHAS "A ORDEM" / HORA			
Rebocadora até 500 HP			138€
Rebocadora até 1.500 H.P.			246€
Rebocadoras até 2.500 H.P.			300€
Rebocadora até 3.500 HP			388€
Lancha para cabos			86€

139 - A partir do dia 01.01.2006 era aplicado no Porto de Vigo o seguinte tarifário para a prestação de serviços de reboque:

ARQUEAÇÃO BRUTA			Taxas / hora de Manobra
3.001	Até	5000	377,70€
5001	A	7000	414,01€
7001	A	10000	684,55€
1000	A	13000	806,10€
1300	A	16000	916,17€
1600	A	19000	948,67€
1900	A	22000	975,00€
2200	A	25000	1.077,03€
2500	A	30000	1.111,11€
cada 5.000 toneladas ou			189,20

140 - No Porto de Sevilha são aplicadas, durante o ano de 2006, as seguintes tarifas para prestação de serviços de reboque:

ARQUEAÇÃO BRUTA (G.T.)	500-1000HP	1001-1500HP	Tipos de Rebocador	
			1501 - 2000	2001 - 2500
2.001 A 3 000	171,19	179,03	179,03	
3.001 A 4 000	190,84	199,51		199,51
4001 A 5 000	208,91	223,02		239,04
5001 A 6 000	226,98	246,54		278,57
6001 A 7 000	244,39	271,16		306,40
14001 A 15 000	359	404,97		457,52
20001 A 21 000	468,27	529,27		598,05
25001 A 30 000	523,66	591,46		668,34

141 - No porto de Huelva, é aplicado desde Janeiro de 2006 o seguinte tarifário:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Arqueação Bruta (GT) Até	De 1000 a 15000 HP	De 1501 HP a 2000 HP	De 2001 HP a 2500 HP	De 2501 HP a 3000 HP	De 4000 HP
2000 - 3000	292,31	350,76	438,46	548,06	630,28
3000 - 5000	318,90	382,70	467,84	597,85	687,52
7000 - 10000	592,69	711,24	889,02	1.111,26	1.277,95
13000 - 16000	899,78	1.082,12	1.352,62	1.690,75	1.944,38
19000 - 22000	990,41	1.198,43	498,02	1.872,53	2.153,38
25000 - 30000	1.199,98	1.451,97	1.815,99	2.268,55	2.608,82
< 30.000 cada fracção de 5.000	183,39	220,08	275,07	343,85	395,42

142 - No Porto de Málaga são aplicadas, durante o ano de 2006, as seguintes tarifas para prestação de serviços de reboque:

ARQUEAÇÃO BRUTA (GT)		Taxas / hora de manobra	Tipo de rebocador	
		De 1001 a 1400HP	De 1401 a 2000 BP	De 3000 a 4000 HP
2001	A 3000	178,90	237,94	237,94
3001	A 5000	238,54	317,25	317,25
5001	A 7000	331,57	440,98	440,98
7001	A 10000	453,22	602,78	602,78
13 001	A 16000	679,83	904,18	1.582,31
19001	A 22000	818,18	1.088,18	1.904,32
25001	A 30000	896,90	1.192,88	2.087,54
	> 30.0	896,90 + 135,16 por 5 000 ou fracção	1.192,88 + 179,76 por 5 000 ou fracção	2.087,54 + 314,59 cada 5 000 ou fracção

143 - A Rebosado tem como clientes os seguintes operadores do porto de Setúbal: a Sacor Marítima, S.A.; Volkswagen Logistics GmbH & Co OHG; Grinavi - Grimaldi Com. Nav. SPA; Stena Bulk AB; BP Shipping Ltd. e Polsteam (Ibérica), S.A. -

144 - Em Setembro de 2006 a Rebosado efectuou uma prestação de serviços de reboque à SeteShipping - Transportes Internacionais, S.A. pelo valor global (*lumpsum*) de €: 5.500,00.

145 - Entre 2002 e 2004 a Rebosado prestou sete serviços à Rebonave em regime de sub contratação: um em 2002, quatro em 2003 e dois em 2004.

146 - A Rebosado foi subcontratada pela Lutamar seis vezes em 2002, vinte vezes em 2003, dezoito vezes em 2004 e quinze vezes em 2005.

147 - Não são conhecidos antecedentes contra-ordenacionais a qualquer das arguidas.

Factos não provados:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

"Abstraindo de todas as considerações jurídicas e conclusivas constantes quer da decisão recorrida quer das várias alegações de recurso, não ficou provada a seguinte factualidade:

Da acusação/decisão da AdC:

- Art. 69º para além do facto dado como provado sob o nº 10; art. 81º a 83º no que respeita à adopção de uma tabela comum; art. 116º no que toca ao facto de a Rebonave só ter um cliente directo; arts. 127º, 128º e 147º no que toca ao mecanismo de compensação e à harmonização das condições de atribuição de descontos aos clientes; arts. 150º a 152º no que respeita à quantificação das receitas obtidas pelas arguidas pelos serviços prestados no porto de Setúbal em 2006 e em 2005 e ao correspondente diferencial; art. 153º e art. 215º.

Da impugnação da Rebonave

- pág.º 4 no que respeita ao objectivo da Rebonave e da Rebocalis ao apresentarem os descontos identificados aos seus clientes; pág.º 8 no que respeita às razões que levaram à aplicação ao cliente Mar e Sado da tabela geral de preços; pág.º 11 no que respeita à empresa Resistência; pág.º 13 no que respeita à relação da Rebonave com a Lisnave ser de igual teor à relação da Rebocalis com a Lisnave; pág.º 3 no que respeita ao facto de a Rebonave não disputar o mercado do Porto de Setúbal com as outras arguidas; pág.º 14 no que respeita ao significado do "quadro das cores"; pág.º 19 no que respeita à posição do porto de Setúbal no panorama nacional e ao número de rebocadores de cada arguida; pág.º 20, § 2º; pág.º 22 no que respeita ao número de serviços e respectiva repartição; pág.º 23 no que respeita ao início da actividade da Rebonave; pág.º 24, § 4 a 6; pág.º 26, § 7 e 8;

Da impugnação da Lutamar

- art. 52º, art. 56º a 58º; art. 62º e 73º no que respeita à tabela aprovada pelas arguidas se destinar apenas às sub-contratações; art. 63º quanto à existência de uma tabela especial para cada agente; arts. 101º a 104º; art. 114º a 119º; arts. 127º e 128º; art. 130º; art. 137º; arts. 139º e 140º; art. 157º; arts. 169º e 170º; art.ºs 172º, 175º, 176º, 177º; art. 183º - no que concerne ao consumo de combustível de uma embarcação de reboque de 2000HP; art. 198º; arts. 201º a 203º; art. 216º; art. 219º a 221º; art. 223º; art. 226º e art. 239º.

Da impugnação da Rebosado

- art. 96º, 98º, 163º, 216º e 217º no que respeita ao fim exclusivo do acordo; art. 105º e 107º no que respeita ao envio das tabelas apenas para dar conhecimento das mesmas às co-arguidas; art. 106º; 109º; 113º; art. 114º a 116º no que respeita ao número de funcionários em cada ano; art. 118º no que respeita à data de lançamento dos rebocadores; arts. 120º a 123º no que respeita aos concretos montantes gastos; art. 124º a 132º; arts. 190º a 197º; art. 201º a 203º; art. 204º no que respeita aos acordos directos celebrados entre a arguida e as várias sociedades

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ali identificadas, art.205.^º a 207^º; art. 209^º; art. 211^º e art. 227^º.

V - 2.1.1.) Passando agora a considerar os recursos interpostos da sentença proferida pelo Tribunal de Comércio, e começando pelo interposto pela Rebonave, a primeira questão em que se desdobra o seu inconformismo, prende-se, como se referiu, com a eventual existência na mesma de diversas contradições insanáveis encontradas quer na respectiva fundamentação quer na relação entre esta e a própria decisão.

Tal como o consignam Simas Santos e Leal Henriques, Código de Processo Penal Anotado, Vol. II, 2^a Ed., pág.^a 739) «*por contradição entende-se o facto de afirmar e de negar ao mesmo tempo uma coisa ou a emissão de duas proposições contraditórias que não podem ser simultaneamente verdadeiras e falsas, entendendo-se como proposições contraditórias as que tendo o mesmo sujeito e o mesmo atributo diferem na quantidade ou na qualidade.*»

Para os fins do preceito (al. b) do n.^º 2, do art. 410.^º do Cód. Proc. Penal) constitui contradição apenas e tão só aquela que, como expressamente se postula, se apresente como insanável, irredutível, que não possa ser ultrapassada com recurso à decisão recorrida no seu todo, por si só ou com o auxílio das regras de experiência.

Donde, «*Só existe, pois, contradição insanável da fundamentação quando, de acordo com raciocínio lógico, seja de concluir que essa fundamentação justifica uma decisão precisamente oposta ou quando, segundo o mesmo tipo de raciocínio, se possa concluir que a decisão não fica esclarecida de forma suficiente, dada a colisão entre os fundamentos invocados.*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

As contradições insanáveis que a lei considera para efeitos de ser decretada a renovação da prova são somente contradições internas, rectius intrínsecas da própria decisão considerada como peça autónoma.»

V – 2.1.2.) Mas onde se situam as mencionadas contradições:

Num primeiro grupo, a que se estabeleceria da conjugação do facto provado sob o ponto 78.º “Desde Outubro de 2005 que a Rebonave e a Rebocalis vinham preparando a negociação com a Lisnave com vista à actualização dos preços do serviço de reboques no Estaleiro da Lisnave para o ano de 2006”, com o que no ponto 79.º sustenta que, “Concluída a negociação, foi a tabela aprovada e comunicada a todos os Agentes de Navegação, em 25 de Janeiro de 2006, para entrar em vigor no dia 1 de Fevereiro de 2006”.

Na sua contraposição, o que figura no ponto 32, ou seja, “Na sequência desse acordo as arguidas Rebosado e Lutamar passaram a aplicar as novas tabelas de preços em 1 de Março de 2006.”.

O raciocínio que se pretende desenvolver é então este: não tem sentido afirmar-se que a recorrente se terá conluiado com as outras duas co-arguidas para acordarem os serviços de reboque no porto de Setúbal para o ano de 2006 (facto sob o n.º 30), quando a mesma em 25 de Janeiro de 2006 já tinha comunicado a todos os Agentes de Navegação daquele Porto, a sua tabela para 2006.

Não se nos afigura no entanto existir aqui alguma relação de exclusão.

Desde logo porque a referida sequência factual pretende contrapor factos que não estão na mesma sequência.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Não se olvide, com efeito, que o acordo tendente à fixação de preços convergentes, partilha de mercado e instituição de um sistema e compensações para o caso da repartição dos clientes ser alterada, começa a sua sustentação precisamente antes daquele facto n.º 30:

28 - No dia 27 de Janeiro de 2006 pelas 11 horas teve lugar nas instalações da Lutamar uma reunião agendada no dia 24 do mesmo mês, na qual estiveram presentes Isabel Mora, Maria da Luz e António Almeida.

29 - Nessa reunião as arguidas discutiram as tabelas de tarifas para os serviços de reboque marítimo e lanchas no porto de Setúbal a praticar pelas três arguidas.

30 - E acordaram entre si os preços para os serviços de reboque marítimo no porto de Setúbal, para o ano de 2006.

31 - Este acordo foi sendo desenvolvido e aperfeiçoado, tendo as arguidas durante o ano de 2006 continuado a trocar entre si informações sobre os tarifários de reboques e lanchas no Porto de Setúbal e a trabalhar com vista à harmonização em alta das tabelas de preços, aprovando cada uma delas a sua tabela de preços.

32 - Na sequência desse acordo as arguidas Rebosado e Lutamar passaram a aplicar as novas tabelas de preços em 1 de Março de 2006.

33 - Data em que a Rebonave passou a aplicar no Porto Comercial de Setúbal a tabela de preços que aplicava no cais da Lisnave.

É pois este o alinhamento em que se insere aquele art. 30.º

Por outro lado, a realidade do estabelecimento daquele acordo, sua implementação e desenvolvimento, é algo de perfeitamente pacífico perante os meios probatórios considerados na sentença recorrida.

“Analisada criticamente esta prova, designadamente as notas constantes dos vários emails trocados entre as arguidas, os respectivos anexos, e outras notas, todos encontradas nas buscas efectuadas às instalações das arguidas, e as tabelas aplicadas em 2005 por cada arguida e

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

as que vieram a ser aprovadas para 2006, resultou demonstrado terem as arguidas celebrado um acordo para fixação de preços convergentes e para partilha do mercado, instituindo um sistema de compensações para o caso de a repartição dos clientes ser alterada. Assim, relativamente aos documentos apreendidos nas buscas há que considerar:

- Nas instalações da Rebonave;
- fls. 627 - e-mail enviado da Lutamar para Borba e Maria da Luz com a tabela da Lutamar em anexo e onde se pode ler: "agradece comentários sobre a tabela";
- fls. 629 - e-mail enviado de Maria da Luz para Borba com a tabela da Rebosado em anexo;
- fls. 632, e-mail enviado de Maria da Luz para Rebosado, com conhecimento à Lutamar, com a epígrafe "*Rebonave Lutamar Rebosado*", e em que se pode ler:

"Acordo celebrado entre a Rebosado: Isabel Ferreira Sr. Victor e a Rebonave - Maria da Luz, em reunião de 22/03/2006 nas instalações da Rebonave e com a Lutamar - Sr. António Almeida, por telefone nos dias 22 e 23/03/2006

Rectificado em 02/05/2006 - Rebosado - Sra. D. Isabel Ferreira

Lutamar - Sr. António Almeida

Rebonave -Eng. P. Borba

Maria da Luz"

constando ainda do mesmo e-mail "Isabel introduzi uma página respeitante ao serviço de lanchas, depois de ter falado com o Almeida que penso vai de acordo com a sua proposta. Agradeço que confirme concordância".

Em anexo a este e-mail está um texto com o acordo celebrado entre as arguidas.

- fls. 636 - vários emails trocados entre as arguidas, entre 26 de Abril e 2 de Maio, a agendar a reunião;

- fls. 638 - e-mail enviado a 27 de Janeiro de Isabel/Rebosado para Lutamar, com conhecimento Maria Luz: "Conforme combinado na nossa reunião de hoje, junto envio a tabela de reboques e lanchas para ser aprovada para o ano de 2006 no porto de Setúbal", indo a tabela da Rebosado em anexo;

- Nas instalações da Lutamar;

- fls. 644 - e-mail datado de 26 de Janeiro de 2006 com o teor reproduzido no facto provado sob o n.º 49);

- fls. 739 - "dossier" apreendido nas instalações da Lutamar com o título "Porto Setúbal: Tabelas 2006", contendo a fls. 740 um e-mail igual ao de fls. 632 e respectivo anexo;

- fls. 775 e 812 - "dossier" apreendido nas instalações da Lutamar com o título "Porto



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Setúbal: Tabelas 2006, Estudos e Revisão 2006", contendo várias versões da tabela da Lutamar para 2006, uma tabela da Rebosado para 2006 diferente da que veio a ser aprovada e com anotações manuscritas;

Nas instalações da Rebosado

- fls. 3 e 1027 - e-mail igual ao de fls. 632 e respectivo anexo;
- s. 911 e 1015 - e-mail igual ao de fls. 638;
- fls. 913 - cópia da agenda da gerente Isabel em que se pode ler: 25% factura, passa vez; entre Lutamar/Rebosado: debita pela tabela com 20%; Eurominas: 50% Rebosado".
- fls. 1018 - e-mail de 13 de Fevereiro de Isabel/Rebosado para Borba:

"Conforme combinado junto envio tabela de reboques e lanchas para vigorar no Porto de Setúbal".

Em anexo ao e-mail de fls. 632 está o documento onde se descreve o acordo celebrado pelas arguidas (e tal documento foi encontrado nas instalações das três arguidas, sendo certo que não foi ali encontrado nenhum e-mail de resposta em que qualquer uma das arguidas pusesse em causa que tal tivesse sido acordado ou que tivesse sido nos termos plasmados no documento, nem as arguidas alegam a existência de qualquer resposta nesse sentido) e no qual se pode ler, designadamente:

"Facturação Lutamar/Rebosado à Rebosave"

"O pedido de manobras entre empresas será feito directamente entre elas, sendo acertada mensalmente a sua distribuição".

"Os navios manobrados na Eurominas pela Lutamar/Rebosado terão uma participação de 50% Rebosave."

"Para os navios manobrados na Tanquisado pela Lutamar/Rebosado, quando não houver capacidade individual de cada uma destas empresas, as unidades necessárias serão pedidas à Rebosave".

"A Rebosave facturará, pelos trabalhos prestados aquelas empresas aquelas empresas 0 horas de mobilização e desmobilização para serviços prestados nos cais da Eurominas e Tanquisado."

"Na situação de consulta de um cliente de outro, a empresa consultada responderá com a sua tabela oferecendo ao cliente um desconto de 5% para pagamento a 45 dias.

"Se a sua proposta vencer, será o anterior fornecedor a fazer o trabalho facturando pela tabela da empresa ganhadora com um desconto de 15%"

Confrontado o legal representante da Rebosave, participante nas reuniões havidas entre as arguidas, com o teor dos emails supra descritos, não foi capaz de dar uma explicação cabal, limitando-se a dizer que só acordaram em efectuar subcontratações e nas tabelas de preços a

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

aplicar em tais subcontratações, argumentando que não sabia a razão pela qual tinha sido redigido o e-mail junto ao qual se encontra o anexo, que não tinha sido a Rebonave a elaborá-lo e que o teor do mesmo não correspondia ao que foi acordado pelas partes, não sabendo a razão pela qual o mesmo foi redigido daquela forma. Também não soube explicar a razão pela qual a Lutamar enviou à Rebonave a sua tabela solicitando comentários sobre a mesma ou a razão pela qual a Rebosado enviou um e-mail em que refere remeter as tabelas para serem aprovadas, limitando-se a dizer que não foi isso o acordado e que o envio se destinava apenas a dar a conhecer as tabelas. Ora estas explicações não são aceitáveis, credíveis nem razoáveis.

É evidente que quando várias pessoas participam em reuniões (várias) relacionadas com um acordo a celebrar entre todas e uma delas reduz a escrito o acordo e o remete às restantes, não havendo da parte destas qualquer reacção (no sentido de que o que consta do acordo reduzido a escrito não corresponde ao que foi efectivamente acordado entre as partes) tal escrito corresponde ao que as partes intervenientes nas reuniões efectivamente combinaram.

Por outro lado as próprias arguidas aceitam, de uma maneira ou de outra, que celebraram um acordo quanto a preços. O que dizem é que só acordaram os preços a aplicar quando se subcontratavam uma às outras. Sucede que tal foi infirmado pelo facto de as tabelas aplicadas pelas arguidas no regime de subcontratação serem as tabelas gerais de cada uma delas. É certo que todas as arguidas praticam preços especiais para com alguns dos seus clientes directos. Mas não só as arguidas não provaram que cada cliente tem a sua tabela específica, como não provaram que não tenham, cada uma delas, uma tabela geral. Logo, sendo as tabelas que aplicam nas subcontratações as suas tabelas gerais, é manifesto que o acordo celebrado quanto a preços não se restringiu aos preços a aplicar nas subcontratações, tendo abrangido, também, as suas tabelas gerais de preços.

As arguidas aceitam ter celebrado um acordo, mas alegam que o mesmo teve como único objectivo regular o bom funcionamento do serviço da actividade de reboques no porto de Setúbal. Com efeito demonstraram as arguidas que, no passado, houve algumas situações problemáticas em que as empresas não conseguiam acorrer atempadamente a todos os serviços que eram solicitados. Demonstraram ainda que tal não voltou a suceder desde que celebraram o acordo em 2006 e que esse acordo trouxe vantagens para os seus clientes e para o próprio porto de Setúbal, tendo sido esse um dos objectivos que presidiu à celebração do acordo.

Sucede que não conseguiram demonstrar que o único objectivo do acordo tenha sido esse nem que o acordo se tenha restringido a esse específico aspecto, sendo certo que, da

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

conjulação dos documentos apreendidos, resulta inequívoco, como se referiu supra, que as arguidas fizeram mais do que isso: fixaram preços convergentes, e estabeleceram mecanismos para manutenção da carteira de clientes, criando compensações para os casos em que houvesse troca de clientes. Que este acordo foi celebrado resulta directamente do e-mail já citado em que é reduzido a escrito o acordo celebrado, e-mail esse que foi encontrado na posse de todas e cada uma das arguidas. Resulta ainda da comparação das tabelas de preços de cada uma das arguidas em que é notória a convergência de preços das três tabelas, convergência essa que ocorreu entre 2005 e 2006, precisamente quando as arguidas resolveram fazer um acordo destinado a regular o regime de subcontratações recíproco.”

Por isso mesmo aquela temática prossegue de forma mais concretizada nos art.ºs 44 a 46, 50 a 57, 64, 65... etc.

Mas o aspecto em causa não deixa de ser objecto de tratamento específico na própria fundamentação daquela decisão, que assim põe a claro a solução para o antagonismo pretendido:

“Pretende a Rebonave que a sua tabela entrou em vigor antes da primeira reunião havida entre as arguidas. Sucedeu que tal não se provou, pelo contrário. O que a Rebonave demonstrou é que a sua tabela para o estaleiro da Lisnave foi aprovada em data anterior. Mas não demonstrou que a sua decisão de passar a aplicar a mesma tabela nos dois portos fosse anterior a essa data, nem sequer explicou por que é que só em 2006 resolveu passar a ter uma tabela única ou porque é que resolveu passar a aplicar a sua tabela geral a clientes directos como é o caso da Mar e Sado a quem passou a aplicar em 2006 a sua tabela geral, isto é, a tabela aprovada em consequência do acordo (com um desconto de 1 0% e entrada em vigor algum tempo mais tarde).

No que concerne à data a partir da qual a tabela da Rebonave entrou em vigor no porto comercial de Setúbal, não obstante a mesma no seu recurso pretender que essa entrada em vigor ocorreu em momento anterior ao da reunião de Janeiro, o certo é que a própria arguida, ao enviar elementos solicitados pela AdC na fase de instrução do processo, admite que a nova tabela só entrou em vigor em Março, como decorre directamente do doc. fls. 1358, tabela com a facturação da Rebonave na qual está escrito na rubrica observações, à frente da factura nº 60156 de 8 de Março, “nova tabela”, sendo certo que desde 3 de Janeiro que a Rebonave facturava serviços à Lutamar (a quem também respeita a factura 60156). Ora se a tabela tivesse entrado em

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

vigor no início do ano, como pretende agora a arguida, não faria qualquer sentido que só fosse aplicada a partir de Março, sendo certo que a Rebonave nem sequer invocou que existisse qualquer acordo entre as arguidas nesse sentido.

É certo que a tabela que veio a aplicar no porto comercial é a tabela que aplica no estaleiro da Lisnave e que esta foi aprovada e entrou em vigor antes da primeira reunião celebrada entre as arguidas. Mas daí não resulta que não tenha a Rebonave participado no acordo quanto a preços (sublinhado nosso). Conjugando a prova produzida resulta claro que o acordo celebrado entre as três arguidas passou por a Rebonave passar a aplicar a sua tabela para o cais da Mitrena ao porto comercial de Setúbal e por fazer aproximar dessa tabela da Rebonave as tabelas das outras arguidas.”

De forma coerente com estas premissas, vai depois consignar em termos de matéria de facto não provada no que concerne ao recurso apresentado por esta arguida:

“Da impugnação da Rebonave:

Relativamente aos factos alegados pela Rebonave nas pag.^{as} 4, 8, 11, 13, 14, 19, 22, 23, 24, § 4 a 6 e 26, § 7 e 8 do seu recurso e supra referidos como não provados, não foi feita qualquer prova documental ou testemunhal, tendo os factos relativos ao acordo de preços e à data da entrada em vigor da sua tabela no porto comercial de Setúbal ficado infirmados com a prova em sentido contrário produzida. Quanto a estes últimos a prova documental produzida sobre esta matéria pela Rebonave consubstancia um comunicado por si enviado aos clientes. Sucedeu que tal comunicado, junto a fls. 4364, refere expressamente a entrada em vigor do novo tarifário aplicável ao Estaleiro da Lisnave, não fazendo qualquer referência ao porto comercial de Setúbal. Logo, tal documento não prova que tenha sido dado conhecimento aos seus clientes de que a tabela aplicável no cais da Lisnave fosse também a tabela aplicável no porto comercial de Setúbal” (sublinhado nosso).

Improcede pois a alegada contradição.

V – 2.1.3.) A segunda contradição situa-se-ia entre o facto n.º 44 “Em 2006, a Rebonave passou a aplicar a todos os seus clientes a tabela geral de preços para serviços de

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

reboque marítimo no porto de Setúbal” e o constante do factos n.º 91, al.ºs a), b), c), “A Rebonave presta serviços no porto comercial de Setúbal para três clientes:

- a) a Mitsui, armador com quem a Rebonave celebrou em Outubro de 1998 o primeiro contrato para a prestação de serviço de reboques a preços globais (lumpsums), para a manobra dos navios daquele armador;
- b) a agência Barwil Knudsen, com quem a Rebonave mantém desde Julho de 1994, um acordo para a prestação do serviço de reboque a preços globais (lumpsums) para a manobra dos navios-tanques por ela agenciados, que utilizam os terminais das píritas e da Tanquisado;
- c) a agência Mar e Sado com quem a Rebonave negocou em Setembro de 2004 um tarifário válido para o conjunto dos navios por ela agenciados”.

O que se pretenderá evidenciar “é que em 2006 a recorrente não passou a aplicar a sua tabela referida no facto 79.º a todos os clientes no Porto de Setúbal, mas sim a todos os seus clientes com excepção daqueles que beneficiavam de um regime especial contratado directamente”.

Não vemos como esta conclusão se possa reforçar ou infirmar com base na simples factualidade acima transcrita, já que as respectivas premissas não suportam tal sustentação.

O referido art. 91.º limita-se a elencar os clientes com quem a arguida no Porto de Setúbal vinha trabalhado desde as datas indicadas e com os quais tinha contratualizado um regime de prestação de serviços.

Quanto à “Mar e Sado”, o que quanto muito depois se poderá acrescentar, com base na matéria de facto atrás considerada provada (cfr. art. 81.º respectivo), é que “No ano de 2006 a Rebonave aplicou à sua cliente Mar e Sado a tabela geral de preços de 2006, tendo ambas negociado o prazo de aplicação para Abril e o desconto de 10% para



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

pagamento a 30 dias.”

Mas isso remete-nos para a tal tabela geral, que é a que no fundo foi objecto de concertação, ainda que associada a condições especiais de pagamento.

Só que afirmar mais do que isto é extravasar as premissas factuais mencionadas.

V – 2.1.4.) Saber se a sentença recorrida confunde taxas horárias com tarifários é algo que sinceramente ignoramos.

A verificação dos vícios da sentença não passa por fazer a “análise comparativa dos tarifários” se esta operação efectivamente tem que passar pela “sua aplicação a casos concretos, fazendo intervir não apenas as taxas horárias mas, também, a afectação de condições específicas da sua aplicação, em função do horário, localização, condição do rebocado, potência dos rebocadores, taxa de combustível, entre outras”.

Como resulta perfeitamente claro do enunciado do art. 410.º, n.º 2, do Cód. Proc. Penal, aquela cognição tem como limites materiais o teor da sentença recorrida, por si só, e a sua conjugação com as regras da experiência comum.

Ora a problemática indicada é domínio do julgamento de facto, a que esta Relação, neste tipo de processos, não procede.

Da mesma maneira que não permite aferir neste momento, “se a recorrente fez prova plena que tomou sozinha a decisão de aplicar a todo o Porto de Setúbal a sua tabela de 2006 negociada com a Lisnave e a Rebocalis.”

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

V – 2.1.5.) Mas também com base nos pontos de facto n.ºs 114.º, 115.º, 116.º, 117.º e o 91.º, se divisa uma relação de antagonismo.

A argumentação desenvolvida é esta: se como refere no segundo parágrafo de fls. 47 da sentença, “cada agente de navegação e cada armador é livre de escolher qual das três empresas pretende contratar” (o que se patentearia daquele primeiro grupo de factos), então como se poderá “afirmar que a Recorrente e as restantes arguidas estabeleceram um acordo de fixação da clientela e cristalização do mercado?”

Recordemos o teor dos artigos em questão (à excepção do mencionado ponto 91.º, acima já deixado transcrito):

114 - A agência de navegação Afonso H. O'Neill & C.ª, Lda. foi durante vários anos cliente da Rebosado para serviços do porto comercial de Setúbal.

115 - A partir de Março de 2007 a agência de navegação Afonso O'Neill passou a ser cliente da Lutamar.

116 - A agência de navegação Orey - Comércio e Navegação, Lda. é cliente da Lutamar.

117 - A agência de navegação Barwill Knudssen também é cliente da Rebosado.

Como é bom de ver, a questão colocada tem uma abrangência que não se confina a estes simples segmentos factuais, antes demanda a afirmação do sentido global a conferir à própria prova no que concerne à questão envolvida.

Em todo o caso, não se deixou de afirmar a este propósito na sentença recorrida, que:

“Ficou também demonstrado que o acordo visou, ainda, a manutenção das quotas de

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mercado relativas de cada arguida, ou seja, ficou provado que as arguidas fizeram uma partilha do mercado. As arguidas sustentam que o doc. fls. 644 não corresponde a uma distribuição de clientes (agentes de navegação/armadores) entre si ou a uma atribuição desse clientes mas sim a uma constatação dos clientes que cada uma tinha à data.

Não se duvida que assim seja, isto é, não se põe em causa que o "quadro das cores" corresponda à divisão de mercado que existia à data do acordo. Sucede que daí não resulta que não tenha havido uma partilha de mercado. Com efeito, ao estabelecerem que se um cliente mudar de empresa rebocadora, a nova empresa consultada responde-lhe com a sua tabela, oferecendo-lhe um desconto de 5% para pagamento a 45 dias e que, caso a sua proposta seja aceite, será a anterior empresa a fazer o trabalho, facturando com a tabela da empresa ganhadora com um desconto de 15%, as arguidas estão a cristalizar a sua carteira de clientes.

No caso concreto o mercado está há muito partilhado pelas três arguidas, como resulta da própria decisão. Se só as três empresas aqui arguidas operam em permanência no porto de Setúbal, há necessariamente uma partilha de mercado entre elas, partilha essa que não é, só por si, violadora das regras da concorrência, pelo contrário, ela existe precisamente porque há concorrência. Cada agente de navegação e cada armador é livre de escolher qual das três empresas pretende contratar. O que sucede é que as arguidas, através do acordo, instituíram um mecanismo de distorção das regras próprias de um regime de sã concorrência: mesmo que o cliente queira mudar de empresa rebocadora continua a ser a rebocadora anterior a efectuar o serviço e a facturá-lo. Significa isto que o facto de as arguidas terem decidido manter os clientes que tinham à data da celebração do acordo constitui uma forma de partilha do mercado, sendo, pojs, irrelevante o argumento das arguidas de que nada previram quanto a clientes novos (uma vez mais sublinhado nosso).

O argumento da Rebonave de que não é autora do documento de fls. 644, que se limitou a recebê-lo da Lutamar, pelo que o mesmo não comprova a existência de qualquer acordo no sentido da partilha do mercado é também ele um argumento improcedente. Com efeito, tal documento não pode ser analisado isoladamente mas sim em conjunto com a restante prova documental produzida. Ora o mecanismo de compensação instituído pelas arguidas é prova inequívoca de que foi efectuada uma partilha de mercado. Só faz sentido criar um mecanismo de compensação para o caso de um cliente mudar de fornecedor se tiver havido um acordo de manutenção das quotas relativas de mercado que mais não é do que um acordo de partilha do mercado.”

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

V – 2.2.) O ponto seguinte sobre que recai o inconformismo da Recorrente dirige-se à *justificação* (exclusão da ilicitude) que encontra para o acordo celebrado com base no art. 5.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

De harmonia com o estabelecido no n.º 1 deste preceito “*podem ser consideradas justificadas as práticas referidas no artigo anterior que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente:*

- a) *Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;*
- b) *Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objectivos;*
- c) *Não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens e serviços em causa”.*

Ora perante uma exigência tão complexa e cumulativa, julgamos não bastar alegar apenas que o acordo em causa tinha como único objectivo “garantir o aproveitamento pleno e a optimização da utilização da rota existente no Porto de Setúbal e a melhoria do desempenho dos recursos humanos e das infra-estruturas e equipamentos existentes naquele porto, optimizando a sua utilização através da colaboração entre empresas”, para desse modo, mesmo em abstracto, se perfectibilizar a pretendida exclusão da ilicitude.

A questão foi já objecto da decisão recorrida.

Concedeu-se mesmo que o funcionamento da actividade de reboque no Porto de Setúbal até melhorou, já que a melhor racionalidade da utilização das

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

frotas existentes, permitiu que deixassem de ocorrer situações de não prestação de serviços.

Ainda assim mais se expendeu:

"Poder-se-ia, pois, considerar preenchida uma das condições impostas pelo art. 50 - o acordo contribui para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços - na medida em que ficou demonstrado que o funcionamento do serviço de reboques no porto comercial de Setúbal melhorou, tendo deixado de existir situações em que manobras tinham que ser adiadas. Sucede que este efeito benéfico não resultou do acordo relativo ao aumento de preços e à manutenção das quotas de mercado, mas sim do acordo relativo à prestação de serviços em regime de subcontratação pelas arguidas, não tendo ficado provado, como se referiu *supra*, que os acordos fossem dependentes um do outro, isto é, que o acordo relativo às subcontratações implicasse, necessária e directamente, o acordo sobre a fixação de preços.

Não estando justificado o acordo de fixação de preços, e é este que é violador das regras da concorrência, não o outro relacionado com a prestação de serviços recíprocos entre as arguidas, nem sendo tal acordo (de fixação de preços) necessário para melhorar a prestação de serviços de reboque no porto de Setúbal, não se pode concluir que o acordo contribuiu para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços.

Por outro lado o acordo em causa não contribui para promover o desenvolvimento técnico ou económico.

Assim, não tendo ficado demonstrado que este acordo contribuiu para melhorar a produção ou distribuição de bens ou serviços nem para promover o desenvolvimento técnico ou económico, o mesmo não está abrangido pelo art. 5º.

Acrece que, mesmo que se considerasse estar satisfeita uma das duas condições, o certo é que nunca a prática se poderia considerar justificada por não estarem preenchidos os requisitos cumulativos impostos pelo mesmo preceito.

Em suma, o acordo em apreço não pode considerar-se justificado."

Estes últimos considerandos afiguram-se-nos inabalados.

V - 2.3.) Mais alega a Recorrente Rebonave que uma vez que a contra-ordenação praticada diz respeito apenas à sua actividade exercida no Porto

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Comercial de Setúbal, deveria ter-se em conta para a fixação das respectivas sanções apenas o volume de negócios gerado nesse concreto mercado e não o da totalidade da sua actividade de exploração.

Esse seria pois o “mercado relevante” para efeitos do art. 43.º, n.º 1, al. a), da Lei da Concorrência, não havendo que nele considerar a sua actividade de exploração em outros locais ou domínios comerciais.

Uma vez mais não temos razões para dissentir do que a este propósito se entendeu na sentença ora em apreciação.

Como se deixa referido no duto acórdão desta Relação de 07/11/2007, no processo 7251/2007, da 3.ª Secção, em que mesma questão foi suscitada, “o volume de negócios a considerar é o volume total dos negócios da empresa em causa porque é essa a única realidade em que pode assentar o pretendido feito dissuasor da sanção”.

Ou seja, sem prejuízo de se poder atender na quantificação da sanção à concreta “grandeza” dos proventos retirados na área ou local de negócio onde a infracção se regista, a medida da sanção é dada pela grandeza da própria empresa, pois é esta na sua exacta e real dimensão económica aquela que se pretende punir.

Admitir o contrário, não deixaria de envolver a possibilidade de graves distorções na eficácia do modelo punitivo instituído.

V - 2.4.) A fixação das coimas em direito contra-ordenacional, opera-se com base nos critérios definidos no art. 18.º do RGCO onde pontuam a gravidade da

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

contra-ordenação, a sua culpa, a situação económica do infractor e o benefício económico que retirou da sua prática.

O art. 44.^º da Lei n.^º 18/2003, não deixa no entanto de conter factores específicos neste domínio, em que se assinalam:

- a) A gravidade da infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional;
- b) As vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infracção;
- c) O carácter reiterado ou ocasional da infracção;
- d) O grau de participação na infracção;
- e) A colaboração prestada à Autoridade, até ao termo do procedimento administrativo;
- f) O comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

Não se tendo alegado quaisquer factores particularmente valiosos para justificar a aplicação de uma “coima simbólica”, motivos não existem que justifiquem uma sanção com essa natureza e características.

É certo que em sede de benefício económico retirado, a sentença do Tribunal do Comércio não teve como bons os cálculos constantes dos art.^ºs 150 a 152 da Decisão da AdC, que quantificava em € 5.775,58, € 26.960,30 e € 18.497,30, respectivamente, o valor médio do diferencial auferido mensalmente pelas arguidas Rebonave, Rebosado e Lutamar, por cada mês de duração da infracção.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Ainda assim, posto que não quantificadas, não deixou de indicar que em função do acordo celebrado “resultaram para todas elas vantagens inequívocas” e que do mesmo, pela forma que melhor explicita a fls. 5241, aquelas “retiraram benefício económico”.

Como?

Suprimindo as diferenças entre os preços por elas praticados, eliminando a concorrência, cristalizando as respectivas carteiras de clientes, criando um mecanismo compensatório para o caso de algum deles mudasse de prestador de serviços, aumentando os preços, sendo certo que no período compreendido entre 1 de Março de 2006 e 31 de Julho do mesmo ano a Rebonave efectuou 37 serviços de reboque, a Rebosado 292, e a Lutamar 305 (factos n.ºs 66 a 68), pelo que forçosamente daquela modificação de valores para mais teve que resultar um incremento dos lucros.

V - 2.5.) De harmonia com o preceituado no art. 46.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, “sem prejuízo do disposto no artigo 43.º, a Autoridade pode decidir” em determinadas situações, e “quando tal se justifique, aplicar uma sanção pecuniária compulsória, num montante que não excederá 5% da média diária do volume de negócios no último ano, por dia de atraso, a contar da data fixada na decisão”.

Como a AdC ordenou “às arguidas a cessação dos efeitos do acordo anticoncorrencial objecto da mesma”, aquela imposição retirou a sua justificação em termos de cabimento legal da respectiva al. a), “não acatamento de decisão da

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Autoridade que (...) ordene a adopção de medidas determinadas”, isto, claro está, no pressuposto da sua não observância futura.

Como era claro que na sua perspectiva o acordo, no momento da decisão prolatada, não tinha cessado, a questão assumia-se como mais pacífica.

Porém, quando a sentença do Tribunal de Comércio na fundamentação da matéria de facto não provada, no que tange ao art. 153 da acusação/decisão da AdC vem dizer que “*não provou a acusação que as tabelas aprovadas pelas arguidas em 2006 se mantivessem em vigor em Abril de 2007 (data em que foi proferida a decisão), sendo certo que dos doc.s fls. 3974 e 4007 resulta que a partir de 1 de Janeiro de 2007 a Rebosado e a Lutamar tinham uma nova tabela de preços*”, a questão reabre-se.

Uma vez mais haverá necessidade de reconstruir no seu todo o sentido da sentença proferida.

Como depois a propósito da consideração “Do comportamento das arguidas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados” aquela vem a esclarecer, “no que a este ponto respeita, apenas se provou que as arguidas aprovaram novas tabelas para 2007, mas não se provou que tenham posto termo ao acordo que celebraram e que não incluía apenas a fixação de preços” (sublinhado nosso).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Dai que, "tendo em conta a gravidade da infracção cometida e a imposição da cessação de acordo celebrado entre as partes, entende o tribunal que se justifica a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória".

V – 3.1.) No que concerne ao recurso interposto pela **Lutamar – Prestação de Serviços à Navegação, Ld.*** é manifesta a ambiguidade sobre o real propósito prosseguido com a sua interposição, tal como o patenteiam as respectivas respostas.

Está efectivamente instruído e apresentado como recurso, foi mesmo junto em articulado autónomo a respectiva motivação e conclusões, só que *materialmente* não é um recurso.

Aproxima-se muito mais de um pedido de aclaração (posto que afirme também que pretende ver a decisão *revista, reformulada em parte*), constituindo um híbrido processual difícil de classificar.

Assim, a recorrente não se conforma com a douta decisão na parte em que ordena que “cesse de imediato a aplicação do acordo celebrou”, por isso recorre, mas a sua discordância acaba por residir na circunstância de não se mencionar “qual o comportamento que deverá adoptar, ou abster-se, para doravante não infringir a tipificação legal pela qual foi condenada”.

Por outro lado, descontando todo um conjunto de considerações que se mostram claramente deslocadas e que visam por em causa (não o fazendo), a evidenciação conclusiva da existência do mencionado acordo, exprimindo dúvidas sobre a sua concludência, dos seus reais termos, ou manifestando apreensão sobre

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

a eventual situação económica da sociedade em função de uma não actualização de preços, o que se pretende realmente ver esclarecido, é qual o momento, "com precisão", em que a sanção compulsória inicia a sua vigência.

V – 3.2.) Como está devidamente explicado na sentença, posto que se aceite que o valor do serviço a prestar possa ser aumentado em função dos custos dos factores implicados no fornecimento do respectivo serviço, o que de relevante se exprebra às recorrentes, repete-se, foi a realização e estabelecimento de um acordo convergente para a fixação dos preços em alta e para a partilha do mercado, instituindo um sistema de compensações para o caso de a repartição dos clientes ser alterada.

Ninguém põe em causa que alguns desses factores, v.g. os combustíveis, tenham conhecido variações de preço ao longo do tempo e que até possam ter um valor idêntico para todas as arguidas.

Como se diz na sentença recorrida, "o aumento dos preços não é por si só ilícito", ainda que, note-se bem, aquelas não tenham convencido o tribunal de "que o aumento dos preços se deveu apenas à actualização dos mesmos em face ao aumento dos custos das matérias-primas, atendendo ao facto de que as tabelas estavam em vigor há muitos anos", como alegaram.

Neste condicionalismo, a sociedade X ou Z poderá possuir rebocadores mais eficazes e que consumam menos, um quadro ou estrutura de pessoal mais ajustado. Como é por todos sabido, a margem de lucro pode ser afinada, mormente para menos, numa estratégia de captação de clientes... ganhando-se no maior número de operações realizadas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Ora é isso mesmo que se pretende. Que funcionem as regras do mercado e não um qualquer acordo de preços estabelecido.

No fundo, é dar-se continuidade ao que existia em 2005.

O modo concreto como isso se concretizará, como é óbvio, está longe da função de intervenção dos tribunais.

V – 3.3.) Como é bom de ver a circunstância do Tribunal de Comércio ter considerado parcialmente procedente os recursos interpostos advêm da circunstância de ter reduzido algumas das coimas e bem assim as sanções compulsórias, nunca, por nunca, por não ter ficado provada “a total ilegalidade do acordo”.

Também não é correcto afirmar-se que não deu como provado “não terem as arguidas estabelecido um mecanismo de compensação e procederem a uma harmonização das condições de atribuição de descontos aos seus clientes”.

O momento a partir do qual é exigido o comportamento anticoncorrencional?

É certo que se diz “imediatamente” e atendendo à ilicitude da respectiva fonte não deixaria de ser congruente com o momento da prolação da respectiva decisão.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Porém, como numa perspectiva que temos por mais correcta se extrai da decisão da AdC, aquela *imediatividade* tem forçosamente que passar pelo crivo do trânsito em julgado do correspondente segmento decisório.

Como a questão tem vindo a ser objecto de impugnação sucessiva – aliás, conheceu modificação quantitativa na instância recorrida - então a sua exigibilidade só pode contar-se do momento em que o presente acórdão se tenha como definitivo, em função do regime suspensivo atribuído aos recursos.

Mas para este tipo de respostas não se justifica tal meio processual.

V - 4.1.) Passando agora a considerar as questões colocadas pelo recurso interposto pela arguida “Rebosado – Reboques do Sado, Ld.”, o primeiro ponto com que abre o seu inconformismo, dirige-se à matéria da “cessação da aplicação do acordo “eventualmente” celebrado pela arguida”, a propósito da qual afirma que em “lado algum da dota sentença recorrida se dá como provado que as arguidas continuassem, à data da decisão da Autoridade da Concorrência ou à data da sentença, a aplicar o acordo para fixação de preços que terão celebrado em 2006”.

No fundo é a mesma questão já suscitada pela Rebonave, ainda que aqui com a particularidade de mais invocar que não resulta sequer provado “que o eventual acordo celebrado pelas arguidas tenha tido efeitos para impedir, restringir ou falsear de forma sensível a concorrência de operadores de reboques no Porto de Setúbal”.

Trata-se de uma argumentação que quanto a nós não se mostra procedente:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

52

Quanto à primeira parte do alegado vale aqui por inteiro o que acima se referiu sob o ponto V – 2.5.)

Sendo certo que a fls. fls. 5243 da sentença se refira, como vimos, que “no que a este ponto respeita, apenas se provou que as arguidas aprovaram novas tabelas para 2007”, é necessário transcrever o que na continuidade desta última afirmação mais se diz, ou seja, “*mas não se provou que tenham posto termo ao acordo que celebraram e que não incluía apenas a fixação de preços*”.

Dito por outras palavras: não só a conformidade ou desconformidade daquelas novas tabelas de 2007 em relação às boas práticas concorrenciais não é objecto de aferição, nem em bom rigor o poderiam ser, como por outro lado, na economia da decisão recorrida aquele acordo para além da “fixação de preços convergentes” em alta, tinha como objectivo adicional a “partilha do mercado, instituindo um sistema de compensações para o caso de a repartição dos clientes ser alterada.”

Mas dizer também que o referido acordo “nunca teve com efeito uma efectiva convergência de preços ou repartição de clientes”, ou que nunca tenha atingido este desiderato, não traduz a melhor compreensão do que se mostra enunciado na dourta sentença recorrida.

Vejamos com esta se configura a verificação da infracção ao art. 4.º, n.º1, da Lei n.º 18/2003:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

"d) Da existência de uma decisão que tenha por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência

Quando é que um acordo ou uma decisão têm por objecto ou por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência?

O preceito em análise refere que a infracção se considera cometida desde que o acordo, a decisão ou a prática tenha por objecto ou por efeito restringir a concorrência de forma sensível. A introdução da disjuntiva "ou" é perfeitamente clara e unívoca: não é necessário que o acordo/decisão/prática tenha por efeito restringir a concorrência, basta que tenha por objecto essa restrição. Assim, são considerados violadores da concorrência quaisquer acordos, decisões ou práticas que, por elas mesmas ou pelos seus efeitos, sejam limitativas da liberdade dos agentes económicos.

Impedir a concorrência implica a supressão absoluta da mesma, i.e., a concorrência pura e simplesmente deixa de existir. Restringir a concorrência significa que a mesma continua a existir mas em moldes diversos dos normais, i.e., a concorrência diminui. Falsear a concorrência implica uma alteração das condições normais do mercado, *maxime* das condições de troca próprias das estruturas de mercado.

Assim, são considerados violadoras da concorrência quaisquer acordos, decisões ou práticas que, por elas mesmas ou pelos seus efeitos, sejam limitativas da liberdade dos agentes económicos.

Mas não podemos deixar de considerar que o legislador consagrou a regra *de minimis*: o acordo só é proibido se a limitação introduzida às regras da concorrência for significativa, ou seja, os acordos de menor importância beneficiam de uma isenção genérica - é este o significado da expressão *restringir de forma sensível* inserta no art. 4º.

No caso *sub iudice* está em causa um acordo pelo qual as arguidas não só acordaram na manutenção das suas quotas relativas no mercado relevante, estabelecendo um sistema de compensações para o caso de ocorrerem alguns desvios, como fixaram em conjunto os preços a praticar por cada uma delas no mesmo mercado.

Ao fixarem os preços a praticar e ao estabelecer um mecanismo que lhes permite manter as suas quotas relativas, as arguidas estão, obviamente, a interferir com o regular funcionamento do mercado.

A fixação dos preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respectivo cliente, não havendo qualquer justificativo para que seja imposto (por uma entidade terceira que não está inserida no circuito prestador/comprador) ao primeiro e, consequentemente, também ao segundo. A fixação do preço deve resultar apenas e tão só do livre jogo do mercado,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

tendo embora que respeitar certas regras e princípios, regras essas que visam regular o funcionamento do mercado e não colocar-lhe entraves e introduzir-lhe distorções. Ora o acordo celebrado pelas arguidas, pelo seu próprio objecto, interfere com o regular funcionamento do mercado na medida em que influencia necessariamente a formação da oferta e da procura (sendo o factor "preço" decisivo neste binómio oferta/procura) e que elimina a incerteza do comportamento de empresas concorrentes.

Por seu turno acordar na manutenção das quotas de mercado relativas e fixar compensações para o caso de se verificarem desvios, é limitar a liberdade negocial de cada um, interferir nas políticas comerciais de cada um e interferir na procura, o que se reflecte necessariamente no mercado globalmente considerado, diminuindo a concorrência e atribuindo às empresas posições relativas artificiais.

Significa isto que o acordo celebrado entre as arguidas é um acordo que tem por objecto restringir e falsear a concorrência. E será esta restrição sensível? É certo que sim. Tendo em consideração que só as três arguidas exercem a actividade de reboques no porto comercial de Setúbal, ao unirem-se as três num acordo deste tipo, produziram necessariamente distorções no mercado ao nível da oferta e introduziram constrangimentos ao nível da procura. Em suma, o acordo celebrado pelas arguidas tem por objecto falsear ou restringir de forma sensível a concorrência em parte do mercado nacional ...

Para este efeito é absolutamente irrelevante apurar se as arguidas cumpriram o acordo no que respeita à partilha do mercado ou não. Trata-se de um acordo que pelo seu próprio objecto restringe e falseia a concorrência, restrição essa que é independente dos concretos efeitos derivados do acordo. Neste sentido a jurisprudência é unânime ao considerar que um acordo pelo qual se fixem preços é um acordo que tem um objecto anti-concorrencial e que, por conseguinte, independente de quaisquer efeitos que produza, é proibido (neste sentido cfr. Acórdãos do TJ C-234/89, ECR, 1991; C-250/92, ECR 1994; 399/93; Ac. do TPI de 14 de Maio de 1997, T77/94; Ac. do TPI de 6 de Abril de 1995, T-148/89, Acórdão do TPI, de 15 de Setembro de 1998, T-374, 375, 384 e 388/949)."

Ainda assim, haverá que não olvidar também a este propósito o que mais se menciona na matéria de facto provada.

Só teria sentido afirmar-se que o acordo não se chegou a "produzir efeitos" se por qualquer razão (neste contexto, aí sim, inverosímil e contraditório) nenhum

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

reboque se tivesse efectivado após a sua data.

Mas não é isso o que se sustenta.

O que se afirma como provado é que:

66 - Entre 1 de Março de 2006 e 31 de Julho de 2006 a Rebonave realizou 37 serviços no Porto de Setúbal.

67 - Entre 1 de Março de 2006 e 31 de Julho de 2006 a Rebosado realizou 292 serviços no Porto de Setúbal.

68 - Entre 1 de Março de 2006 e 31 de Julho de 2006 a Lutamar realizou 305 serviços no Porto de Setúbal.

Ou num outro domínio:

58 - Durante o ano de 2005 a Rebonave apenas foi subcontratada pela Lutamar e foi-o para oito serviços nos cais da Eurominas e Tanquisado.

59 - Nos primeiros sete meses do ano de 2006 a Rebonave foi subcontratada para 19 serviços nos cais da Eurominas e Tanquisado.

60 - Sendo 7 desses serviços prestados como subcontratada da arguida Rebosado.

61 - Durante o ano de 2005 a Rebonave nunca subcontratou a Rebosado.

62 - Durante o ano de 2006 a Rebonave subcontratou a Rebosado com regularidade.

V - 4.2.) A matéria da exclusão da ilicitude decorrente do "melhor" funcionamento do Porto de Setúbal em virtude da actuação acordada pelas arguidas (art. 5.º da Lei n.º 18/2003) é matéria que anteriormente também já foi tratada a propósito da mesma questão suscitada pela recorrente Rebonave.

Nada de novo temos para acrescentar ou alterar ao já decidido.

V - 4.3.) Numa outra perspectiva, alegar que a recorrente não pode ser condenada pela infracção prevista no art. 4.º, n.º1, e 43.º, n.º1, al. a) da Lei n.º 18/2003, porque o tribunal não foi capaz de quantificar o benefício económico auferido, julgamos que não traduz a melhor interpretação legal destes preceitos.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Como decorre do preceituado naquela primeira disposição “*são proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente...*”

O benefício económico é um mero factor determinativo da pena, quer no domínio geral das contra-ordenações quer no específico das infracções à concorrência (art. 44.º, al. b) da Lei n.º 18/2003).

Donde a impossibilidade do seu apuramento concreto em nada influir nos requisitos do respectivo tipo, mas apenas na coima concreta a aplicar.

Ora posto que não quantificada, na perspectiva da decisão recorrida ainda assim aquele benefício existiu:

“• Das vantagens obtidas pelas arguidas

Do acordo celebrado pelas arguidas resultaram para todas elas vantagens inequívocas. Desde logo, ao suprimirem as diferenças entre os preços por si praticados, aprovando tabelas convergentes, eliminaram a concorrência efectiva entre todas. Tal eliminação também se verificou pela circunstância de terem acordado na cristalização das respectivas carteiras de clientes, criando um mecanismo compensatório para o caso de algum cliente mudar de prestador de serviços.

Por outro lado tal acordo permitiu às três arguidas aumentar os preços de um modo que não teriam aumentado se não houvesse o acordo dado que a manutenção da carteira de clientes com os novos preços só é possível por não haver concorrência ao nível dos preços praticados pelos serviços de reboque.

Do exposto resulta que, embora não quantificado, as arguidas retiraram do acordo benefício económico.”

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

V - 4.4.) O excesso da coima aplicada na perspectiva desta Recorrente resulta desde logo da interpretação que defende para o preceituado no art. 43.º, n.º1, da Lei n.º 18/2003, no ponto em que manda atender na quantificação do seu limite máximo aos “10% do volume de negócios no último ano”.

Na leitura que faz, este “último ano” deveria corresponder ao ano anterior à infracção, o que no caso concreto nos reconduziria aos valores de 2005 e não aos de 2006, como efectivamente aconteceu.

Trata-se de disputa para a qual o referido acórdão desta Relação de 07/11/2007, no processo 7251/2007, não deixa de fornecer um contributo relevante: “*o ano a considerar para a determinação do limite máximo da coima é aquele em que cessou a prática ilícita*”.

Nem vemos que se possa entender de forma diferente.

Posto que tenhamos alguma dificuldade em conceber que a Autoridade da Concorrência possa atrasar ou adiantar um processo com o propósito preconcebido de assim poder fazer variar a expressão quantitativa de uma coima a aplicar, concordaremos que a eleição de um momento objectivo terá pelo menos o condão de conferir àquela definição um outro grau de “certeza”.

Por outro lado, sendo certo que o condicionamento do mercado da concorrência só tem sentido se houver uma razão económica que a justifique, a proximidade da consideração da cessação da conduta ilícita não deixará de espelhar mais fielmente em termos valorimétricos esse mesmo efeito de distorção.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5

Nessa conformidade, não vemos qualquer viabilidade interpretativa para aquela pretensão de fazer coincidir no caso dos autos o conceito volume de negócios “no último ano”, como o correspondente ao ano de 2005, uma vez que os factos em apreciação apontam para uma consumação portraída genericamente ao longo do ano de 2006.

Assim, na nossa perspectiva, não existe qualquer violência legal e constitucional na interpretação que foi feita quer pela Autoridade da Concorrência quer pelo Tribunal recorrido em relação ao conceito de “último ano” mencionado no referido art. 43.º, n.º1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Nesta conformidade

IV – Decisão:

Nos termos e com os fundamentos expostos, julgam-se improcedentes os recursos apresentados pelas aqui arguidas “REBONAVE – Reboques e Assistência Naval, S.A.”, “LUTAMAR – Prestação de Serviços à Navegação Ld.” e “REBOSADO – Reboques do Sado, Ld.”, sendo que em relação a esta última, também, do que entrepôs do despacho que conheceu das nulidades invocadas.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Pelo seu decaimento pagará cada uma delas, respectivamente, 5 (cinco), 3 (três) e 6 (seis) UCs de taxa de justiça (art.ºs 92.º, 93.º, n.ºs 3 e 4 e 94.º do DL n.º 433/82 e 87.º, n.º 1, al. b), do Cód. das Custas Judiciais).

Elaborado em computador. Revisto pelo relator o 1.º signatário.

*1.º Sessão de Julgamento
José Gomes
Côrte de Apelação*