



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

* * *

4956 (4)

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. 4º, nº 1, al. a) e 43º, nº 1, al. a), ambos da Lei 18/2003 de 11 de Junho, no âmbito do processo de contra-ordenação nº PRC 06/06. ---

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

*

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. 28º a 41º e conclusões 4 a 7 das alegações de recurso); violação do princípio do contraditório (arts. 42º a 81º e conclusões 8 a 12 das alegações de recurso) e violação da Lei 18/2003 por falta de pedido de parecer técnico (arts. 82º a 95º 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. 51º, nº 1, da lei 18/2003, pugnando pela improcedência das nulidades e questões prévias arguidas. ---

*

1 – Da retirada do comunicado da AdC do seu site

Nas suas alegações de recurso requer a arguida **Rebosado** que seja ordenada à AdC a retirada imediata do seu sítio de Internet do comunicado de imprensa nº 8/2007, até à prolação da sentença transitada em julgado que vier a ser proferida neste processo. ---

Alega, para o efeito, que a publicidade dada pela AdC à decisão impugnada antes do seu trânsito constitui uma verdadeira sanção acessória, já que na sequência



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

dessa actuação inúmeras notícias foram publicadas na comunicação social. Acrescenta que a AdC não tem base legal para proceder à publicação de comunicados com o teor das decisões que profere no seu site e que, ao fazê-lo, extravasa as competências que lhe foram atribuídas pelo art. 45º da Lei 18/2003. Por último alega que a AdC inclui no comunicado factos que não constam da nota de ilicitude e que por conseguinte não foram submetidos ao contraditório, referindo-se ao ponto V do comunicado relativo à caracterização do Porto de Setúbal (arts. 3º a 27º e conclusões 1 a 3 das alegações de recurso). ---

Nas suas alegações respondeu a AdC que não aplicou à arguida qualquer sanção acessória de publicação da decisão; que não há nenhum dispositivo legal que a impeça de divulgar as suas decisões nem as mesmas estão abrangidas pelo segredo de justiça; que no comunicado se referia expressamente que a decisão era recorrível e que tem o dever de prosseguir uma acção pedagógica de transmissão de uma cultura de concorrência. Quanto à inclusão de factos não constantes na nota de ilicitude nem na decisão final, trata-se apenas dos factos relativos à caracterização geral do Porto de Setúbal que não constitui matéria de acusação das arguidas. ---

A pretensão da arguida ora em análise não tem cobertura legal. Desde logo é evidente que a AdC não lhe aplicou qualquer sanção acessória nem ela própria publicou a decisão no Diário da República ou num jornal de expansão nacional (publicação essa que corresponde à sanção acessória aplicada às arguidas). A AdC o que fez foi divulgar, em comunicado, a decisão que aplicou às aqui arguidas. --

Por outro lado, proferida a decisão final o processo deixa de estar em segredo de justiça (cfr. art. 89º do Cod. Proc. Penal, redacção em vigor à data em que foi proferida a decisão final). Assim, não só não há qualquer norma que impeça a AdC de divulgar a sua decisão, como o processo passa, a partir desse momento, a ser público, ou seja, não há por parte da AdC qualquer violação do segredo de justiça ao revelar a decisão que proferiu. ---

A AdC é a entidade responsável por zelar pela observância do conjunto de valores de ordenação que o Estado entendeu dever consagrar no que respeita às regras da concorrência e por sancionar as condutas que violarem essas ordenações (art. 14º da Lei 18/2003 – *O respeito pelas regras da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, nos limites das atribuições e competências que lhe são legalmente confiados* e art. 1º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Dec.lei 10/2003 de 18 de Janeiro – *A Autoridade tem por missão assegurar a aplicação das regras da concorrência em Portugal*). Ao fazê-lo a AdC está a actuar investida dos poderes sancionatórios que qualquer autoridade da Administração tem no que respeita aos ilícitos de mera ordenação social, executando a pretensão punitiva do Estado (art. 7º dos Estatutos). Os poderes conferidos à AdC têm como objectivo permitir que esta cumpra a sua missão (velar pelo respeito das regras da



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

4958 ⑤

concorrência), sendo manifesto que é de interesse público evitar as práticas anti-concorrenciais, descobri-las e puni-las. ---

A AdC, na sua missão de zelar pelo cumprimento das regras da concorrência, tem obrigações de cariz pedagógico, nelas se incluindo a divulgação das decisões que adopta, modo de dar a conhecer não só a sua própria actividade mas também as regras da concorrência em vigor e a forma como as mesmas são aplicadas. Tais decisões cabem, sem qualquer dúvida, na noção de "dados relevantes" que a AdC tem, por imposição legal, de disponibilizar no seu sítio da Internet (art. 39º dos Estatutos). ---

No que concerne ao argumento de que a AdC olvidou que a decisão não havia transitado em julgado, tal não corresponde à verdade já que na própria transcrição que a arguida faz do comunicado da AdC resulta que consta do mesmo que da decisão cabe recurso, ou seja consta que a decisão não transitou em julgado, ou seja, não resulta do comunicado que a decisão da autoridade seja definitiva. Não se duvida que esta divulgação, bem como a subsequente divulgação nos órgãos de comunicação social, possa causar às arguidas alguns dissabores, não obstante não se poder imputar directamente à AdC a responsabilidade pela publicitação da condenação nos jornais. Mas o certo é que não há qualquer dispositivo legal que impeça a AdC de dar a conhecer as decisões que profere, designadamente através de comunicados inseridos no seu site. ---

Por último, no que concerne ao facto de o comunicado conter elementos que não constam da nota de ilicitude, a arguida limita-se a referir que tais elementos são os que respeitam à caracterização do Porto de Setúbal. Tais elementos são absolutamente inócuos quer para as arguidas quer para o presente recurso. O facto de tais informações terem sido colocadas no site e não constarem da decisão – e note-se que estamos a falar de informações genéricas relativas ao Porto de Setúbal – não releva minimamente para a imputação feita pela AdC às arguidas, nem, muito menos, para efeitos de se considerar violado o princípio do contraditório. A introdução do referido capítulo no comunicado terá sido determinado pelo enquadramento da decisão que a AdC entendeu fazer dentro da sua missão pedagógica de divulgadora das regras da concorrência, em nada afectando os direitos de defesa das arguidas no processo. ---

Em suma, não há fundamento legal para ordenar à AdC que retire do seu site o comunicado relativo à condenação das arguidas por tal não violar qualquer direito destas nem qualquer disposição legal. ---

Face ao exposto, indefiro ao requerido. ---

*

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. 18º, 22º e 26º da Lei 18/2003, 32º, da Const. Rep. Portuguesa, art. 100º, nº 1, 101º e 133º, nº



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

4959



2, al. d), do Cod. Proc. Administrativo, 119º, al. c), do Cod. Proc. Penal e 50º do RGCOOC. ----

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 RGCOOC 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. 19º 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 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. 22º, nº 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 parece-nos, 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 proferida em 3.06.05 num Seminário sobre direito Europeu da Concorrência, promovido pela Procuradoria Geral da República, que teve lugar no CCB). ---



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

4960 ①

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 ilícito 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 ilícito de mera ordenação social e subsidiariamente o regime do processo penal, 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. 48º., n.º 2), negando implicitamente qualquer recurso subsidiário ao Direito Administrativo." (o Ilícito de Mera Ordenação Social e a erosão do princípio da subsidiariedade da Intervenção Penal", in RPCC, ano 7, Fasc. 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, 2ª ed., Vislis, p. 267)¹. ---

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. 100º, 101º, 120º e segs.) mas sim às normas do RGCOOC referentes a esta mesma matéria (art. 50º) e às normas do processo penal (art. 118º e segs.). ---

¹ Neste sentido ainda António Beça Pereira, no «Regime Geral das Contra Ordenações e Coimas», Almedina 2001, pág. 88; Teresa Beleza, no «Direito Penal», AAFDL, vol. I, 2.ª edição, pág. 131; José P. F. Cardoso da Costa, «O Recurso para os Tribunais Judiciais da aplicação das Coimas pelas Autoridades Administrativas», 1991, pp. 57 e segs. e José Gonçalves da Costa, «Contra-Ordenações», CEJ, Set. 1995, pp. 46 e segs., s/ a «estrutura e conteúdo da decisão». ---



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

4961

①

Aliás, o que nunca se poderia era entender, como fazem as arguidas, que se aplicam subsidiariamente o CPA e o RGCOG. 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. 100º do CPA e o art. 50º do RGCOG. 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

2.2.1 – Da violação do direito a ser ouvido em audiência antes da decisão final

Entende a Lutamar que lhe assiste o direito a ser ouvida antes da decisão final, que tal direito decorre do art. 32º, nº 8, da Const. Rep. Portuguesa, redacção dada pela 2ª revisão constitucional e que tal direito não pode ter lugar depois de já ter sido elaborada resposta escrita. ---

Respondeu a Autoridade que o direito de audiência e defesa das arguidas foi inteiramente respeitado, tendo sido dado integral cumprimento ao art. 26º da Lei 18/2003. ---

Para apreciar esta questão há que considerar os seguintes factos: ---

1 – A AdC, em 28 de Agosto de 2006, emitiu a nota de ilicitude relativa às imputações efectuadas às arguidas nos presentes autos (fls. 1389 e segs.). ---

2 – A nota de ilicitude foi notificada à arguida Lutamar por carta registada com A/R enviada em 29 do mesmo mês e recebida no dia seguinte (fls. 1383, 1385 e 1452). ---

3 – Na notificação efectuada a AdC concedeu à arguida o prazo de 30 dias para se pronunciar por escrito, informou a arguida de que podia requerer a realização de diligências complementares de prova e reproduziu o teor do art. 26º, nº 2, da lei 18/2003 (fls. 1383). ---

4 – No dia 22 de Setembro de 2006 a AdC proferiu uma nota de ilicitude complementar (fls. 1994). ---

5 – Que foi notificada à arguida por carta registada com A/R enviada em 26 do mesmo mês e recebida no dia seguinte (fls. 1999, 2006, 3068). ---

6 – Na notificação efectuada a AdC concedeu à arguida o prazo de 10 dias para se pronunciar por escrito, a acrescer ao prazo de 30 dias que havia concedido na primeira notificação e reproduziu o teor do art. 26º, nº 2, da lei 18/2003 (fls. 1999). ---

7 – A arguida Lutamar, a 24 de Outubro de 2006, pronunciou-se sobre a matéria constante da nota de ilicitude, juntando documentos e requerendo a produção de prova testemunhal, não fazendo qualquer requerimento no sentido de ser ouvida oralmente (fls. 3076). ---



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

Perante esta factualidade há que determinar o conteúdo do direito de audiência e defesa do arguido em processo de contra-ordenação para apurar se tal direito foi violado pela AdC. ---

Certamente por lapso invoca a arguida o art. 32º, nº 8, da Const. Rep. Portuguesa, redacção dada pela 2ª revisão constitucional. Com efeito, a Const. Rep. Portuguesa foi já objecto de sete revisões constitucionais e a norma a que a arguida se refere é hoje e desde a 3ª revisão constitucional (Lei 1/89 de 8 de Junho), o nº 10 do art. 32º. ---

Dispõe este preceito que *Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.* ---

Este princípio fundamental aparece concretizado no art. 50º do RGCOC *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 em que incorre.* ---

Este artigo visa garantir ao arguido no processo de contra-ordenação que é ouvido sobre os factos que lhe são imputados, permitindo-lhe assim organizar a sua defesa. Trata-se de um direito que decorre do princípio geral do contraditório, exigência fundamental de um Estado de Direito Democrático, encontrando-se esta garantia consagrada de forma expressa na Lei Fundamental. ---

Em anotação ao art. 32º, nº 10, Jorge Miranda afirma que “O nº 10 garante aos arguidos em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção (...) sem que o arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas. A defesa pressupõe a prévia acusação, pois que só há defesa perante uma acusação. A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender.” (in Constituição Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, Tomo I, 2005, p. 363). ---

A propósito da extensão e conteúdo deste direito, e da sua diferenciação face ao direito do arguido em processo penal, já o Tribunal Constitucional se pronunciou por diversas vezes, sempre concluindo que a diferente natureza dos ilícitos e a menor ressonância ética do ilícito de mera ordenação social fazem com que as garantias em ambos os regimes não tenham que ser iguais (cfr. Ac. TC 659/06 de 28.11.06 e demais jurisprudência aí citada), sem prejuízo de haver um núcleo essencial e intocável de respeito pelo princípio do contraditório. ---

Expressivo sobre o ponto de vista do Tribunal Constitucional é o Ac. 278/99 de 5 de Maio de 1999, posteriormente citado em abundância noutros arestos do mesmo tribunal, onde se refere: “... A preservação das garantias de defesa do arguido passa, nos parâmetros do Estado de Direito democrático, além do mais, pela



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

4963

observância do contraditório, de modo a que sempre possa ser dado conhecimento ao arguido da acusação que lhe é feita e se lhe dê oportunidade para se defender. A intangibilidade deste núcleo essencial compadece-se, no entanto, com a liberdade de conformação do legislador ordinário que, designadamente na estruturação das fases processuais anteriores ao julgamento, detém margem de liberdade suficiente para plasticizar o contraditório, sem prejuízo de a ele subordinar estritamente a audiência: aqui tem o princípio a sua máxima expressão (como decorre do nº 5 do artigo 32º citado), nessa fase podendo (e devendo) o arguido expor o seu ponto de vista quanto às imputações que lhe são feitas pela acusação, contraditar as provas contra si apresentadas, apresentar novas provas e pedir a realização de outras diligências e debater a questão de direito. (...)

Ou seja, ressalvado esse núcleo essencial – que impede a prolação da decisão sem ter sido dada ao arguido a oportunidade de “discutir, contestar e valorar” (parecer nº 18/81 da Comissão Constitucional, in Pareceres da Comissão Constitucional, 16º vol., pág. 154) – não existe um espartilho constitucional formal que não tolere certa maleabilização do exercício do contraditório...”. ---

A propósito deste direito há que considerar ainda o Assento nº 1/2003 que 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 todos os elementos necessários para que se fique a conhecer 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.*

Concretizando este direito o art. 25º, nº 1, da Lei 18/2003 dispõe que se a AdC, terminado o inquérito, der início à instrução do processo, procede à notificação das empresas. O teor dessa notificação está regulado no art. 26º da mesma lei cujo nº 1 determina que, nessa notificação, *a Autoridade fixa às arguidas um prazo razoável para que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas.* ---

O nº 2 deste preceito acrescenta que *A audição por escrito a que se refere o número anterior pode, a solicitação das empresas ou associações de empresas arguidas, apresentada à Autoridade no prazo de cinco dias a contar da notificação, ser completada ou substituída por uma audição oral, a realizar na data fixada para o efeito pela Autoridade, a qual não pode, em todo o caso, ter lugar antes do termo do prazo inicialmente fixado para a audição por escrito.* ---

Feito o percurso pelas regras legais aplicáveis, podemos concluir que o direito constitucional de audição e defesa impõe que à arguida seja dada a possibilidade de se pronunciar sobre as acusações que lhe são imputadas,



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

considerando-se que tal possibilidade só lhe é efectivamente dada se na notificação que lhe for feita a autoridade administrativa incluir todos os elementos de facto e de direito relevantes para a decisão. ---

Como é que se concretiza este direito? Notificando a arguida da nota de ilicitude, que deverá conter todos os *elementos necessários para que se fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito*, e dando-lhe a possibilidade de sobre a matéria de facto e de direito dela constantes se pronunciar num *prazo razoável*. É este o conteúdo do direito de audiência e defesa, direito que é, ele próprio, expressão do princípio do contraditório. ---

Ora no caso dos autos constata-se que a AdC em 28 de Agosto de 2006 emitiu a nota de ilicitude, complementada com nova nota de ilicitude datada de 22 de Setembro do mesmo ano, tendo notificado a arguida Lutamar das mesmas. Na notificação efectuada a AdC concedeu à arguida o prazo total de quarenta dias para se pronunciar por escrito, informando-a de que podia requerer a realização de diligências complementares de prova bem como audiência oral. ---

Na sequência das referidas notificações veio a arguida Lutamar, a 24 de Outubro de 2006, pronunciar-se sobre a matéria constante da nota de ilicitude, juntando documentos e requerendo a produção de prova testemunhal, não fazendo qualquer requerimento no sentido de ser ouvida oralmente. ---

Do exposto resulta evidente que a arguida foi ouvida antes da decisão final em obediência ao preceituado nos arts. 50º do RGCO e 32º, nº 10 da Const. Rep. Portuguesa. Aliás a pergunta que a arguida faz de "como pode ter lugar a audiência de defesa depois de já ter sido elaborada resposta escrita" não faz qualquer sentido. A resposta escrita é, ela própria, corolário do exercício do direito de audiência e defesa. A autoridade administrativa ao dar à arguida a possibilidade de se pronunciar sobre os elementos de facto e de direito que lhe são imputados está a permitir à arguida exercer o seu direito de audiência e defesa. Por sua vez, a arguida, ao apresentar resposta escrita, está a exercê-lo. Aliás esta alegação da arguida nesta sede é, no mínimo, peculiar dado que a arguida, notificada de que podia requerer a sua audição oral, em complemento ou em substituição da audição escrita, nada requereu nesse sentido. ---

O direito da Lutamar de ser ouvida antes de ser proferida a decisão final (e note-se que a arguida não está a invocar a insuficiência da nota de ilicitude) foi respeitado pela autoridade já que esta a notificou da nota de ilicitude, dando-lhe assim a conhecer *todos os elementos necessários para que se fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito*. ---

Por conseguinte, julgo improcedente o vício suscitado pela arguida Lutamar.

*



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

2.2.2 - Da falta de notificação dos documentos constantes dos autos / Da não indicação do dia e local em que o processo podia ser consultado / Da não notificação prévia do projecto de decisão

Quer a Rebozado quer a Lutamar pretendem extrair do facto de não terem sido notificadas pela AdC, nem com a nota de ilicitude nem com a decisão final, dos documentos juntos aos autos e referidos nas mencionadas decisões, uma nulidade processual. A Rebozado entende ainda que o processo está ferido de nulidade por na nota de ilicitude não se referir o dia e hora em que o processo podia ser consultado e por não ter sido notificada do projecto de medida sancionatória. ---

A AdC respondeu no sentido de serem julgadas improcedentes as suscitadas violações do direito de defesa por não haver obrigatoriedade de envio dos documentos nem com a nota de ilicitude nem com a decisão final, por a arguida ter tido os autos à sua disposição para consulta e nunca ter pretendido fazê-lo, por a Lei não impor que seja dado a conhecer às arguidas o projecto de medida da coima nem que sejam informadas de qual o dia e hora em que podem consultar o processo. ---

Assiste inteira razão à AdC. Por um lado, não há qualquer preceito legal que imponha que, com a notificação da nota de ilicitude ou com a notificação da decisão, tenham que ser enviados aos arguidos cópia dos documentos citados nas referidas peças processuais (assim como não há qualquer norma que preveja, no processo penal, que com a notificação da acusação tenham que ser enviadas cópia dos documentos nela referidos), nem qualquer preceito legal que imponha a obrigatoriedade de transcrição integral dos documentos que são referenciados na decisão incriminatória. Por outro lado tal notificação não é exigida pelo princípio do direito de audiência e defesa dado que o arguido tem o processo disponível para consulta após a notificação da nota de ilicitude, tal como o arguido no processo penal o tem após a notificação da acusação (isto atendendo à redacção do Cod. Proc. Penal em vigor à data). ---

De igual modo não há nenhuma norma (nem no RGCOG nem no Cod. Proc. Penal) que obrigue a que da nota de ilicitude ou da acusação consta que o processo está disponível para consulta ou que refira onde e quando o processo pode ser consultado (sendo certo que, como já se referiu *supra*, não é aqui aplicável subsidiariamente o CPA). ---

A possibilidade de consultar o processo resulta directamente da lei que define quando é que o processo pode ser consultado, por quem, quando é que podem ser pedidas cópias e que cópias podem ser pedidas. Nos termos do disposto no art. 89º, nº 1, do Cod. Proc. Penal (redacção em vigor à data) *o arguido, o assistente e as partes civis podem ter acesso a auto, para consulta, na secretaria ou noutra local onde estiver a ser realizada qualquer diligência, bem como obter cópias, extractos e certidões autorizados por despacho, ou independentemente dele para efeito de prepararem a acusação e a defesa dentro dos prazos para tal estipulados pela lei.* -

Não sendo o processo de contra-ordenação um processo-crime, é manifesto que, quando é necessário recorrer à aplicação subsidiária do direito penal e



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

processual penal, se impõe a adaptação destas normas à realidade subjacente às contra-ordenações. Qual é a peça processual no direito contra-ordenacional equivalente à acusação no processo-crime? ---

A acusação tem como objectivo levar a julgamento um arguido que é suspeito da prática de um crime. Só com a notificação da acusação o arguido tem pleno conhecimento dos factos que lhe são imputados e do seu enquadramento jurídico e, só então, pode verdadeiramente exercer o seu direito de defesa, através do requerimento de abertura de instrução (fase processual que não existe no regime contra-ordenacional). ---

Qual é a peça processual que, nos processos de contra-ordenação, exerce tal função? É, desde logo, a nota de ilicitude. Com efeito, com a notificação da nota de ilicitude é dado conhecimento ao arguido dos factos que lhe são imputados e do respectivo enquadramento jurídico, tendo o arguido, a partir desse momento, o direito efectivo de apresentar a sua defesa, através do requerimento de resposta à nota de ilicitude (no sentido de que a nota de ilicitude equivale à acusação cfr. Ac. RL de 3/5/2001, consultado em www.dgsi.pt/jtrl). ---

Até ser proferida a nota de ilicitude a arguida não podia consultar livremente o processo (considerando o regime vigente à data). Já depois de a nota ter sido proferida à arguida passou a assistir o direito de consultar o processo para preparar a sua defesa e de obter cópias. ---

Quanto à necessidade de ser a arguida informada de que podia consultar o processo, tal obrigação pura e simplesmente inexistente. Trata-se de um direito da arguida que resulta directamente da lei e que nem em processo penal tem que ser comunicado ao arguido, quer no momento do recebimento de qualquer despacho quer no momento em que é constituído arguido (cfr. art. 61º do Cod. Proc. Penal). ---

De igual modo não há, no processo de contra-ordenação, que notificar o arguido do projecto de decisão. Tal imposição existe no âmbito dos processos administrativos, nos termos do art. 100º, nº 1 do CPA, mas este diploma não é, repete-se, direito subsidiário do regime legal das contra-ordenações. Neste domínio está consagrado o direito de audiência e defesa que impõe que ao arguido não seja aplicada uma coima sem lhe ser assegurada a possibilidade de se pronunciar, não havendo qualquer norma que imponha que o arguido seja notificado do projecto de decisão. Ora ao notificar o arguido da nota de ilicitude está-se a assegurar o direito de audiência e defesa do arguido, não exigindo este direito que se notifique o arguido do projecto de decisão. ---

O facto de a lei não impor o envio dos documentos (nem com a nota de ilicitude nem com a decisão final) e não impor que seja feita a advertência de que o processo está disponível para consulta, nem tão pouco a notificação ao arguido do projecto de decisão, leva a que se conclua que não houve, neste domínio, qualquer violação do direito de audiência e defesa por parte da AdC. ---

Tal violação existiria se a arguida, uma vez notificada da nota de ilicitude, pretendesse consultar o processo e/ou solicitar cópias, e a AdC lhe recusasse tais



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

pedidos. Aí, sim, a AdC estaria a violar os direitos de defesa da arguida uma vez que a estaria a impedir de exercer o contraditório relativamente a tais elementos. ---

Não sendo essa a situação dos autos, conclui o tribunal não haver qualquer violação dos direitos de audiência e defesa da arguida no que toca à falta de notificação de documentos, à não indicação na nota de ilicitude do dia e hora em que o processo podia ser consultado e no não envio às arguidas do projecto de decisão. ---

*

2.2.3 – Da omissão das diligências essenciais à descoberta da verdade

Invoca a arguida Lutamar que a AdC lhe ocultou provas, o que leva à insuficiência do processado por omissão de diligências essenciais à descoberta da verdade e constitui violação do seu direito de acesso às provas e de audiência e defesa, o que acarreta a nulidade de todo o processado. ---

Concretizando este vício diz a arguida que o mesmo resulta do facto de a AdC alicerçar a acusação em "documentos não identificados, cujo teor e conteúdo são desconhecidos para a impugnante, limitando-se a referida autoridade administrativa a remeter para uma hipotética ou eventual numeração de todo desconhecida para a empresa aqui arguida, e que, só a entidade autuante pode conhecer". Com esta argumentação conclui não poder defender-se por a AdC remeter para documentos não identificados nem nomeados mas apenas referidos. ---

Esta argumentação da arguida carece de qualquer razão de ser. É um facto que a AdC ao longo quer da nota de ilicitude quer da decisão condenatória remete para vários documentos juntos ao processo. Não se vislumbra é em que medida tal belisque minimamente os direitos de audiência e defesa da arguida (nos quais se inclui o direito de acesso às provas). ---

Analizadas as nota de ilicitude e decisão final verifica-se que a AdC se referiu amiúde aos documentos juntos ao processo, remetendo para as folhas do processo onde o documento em causa se encontra (cfr. a título de exemplo arts. 3º, 4º, 7º a 12º, 26º, 27º, 50º, 56º, 57º, 124º e 129º a 133º da nota de ilicitude e arts. 59º a 65º, 67º, 69º a 71º, 76º, 77º, 79º a 86º, 118º, 122º a 126º, 135º a 142º e 149º da decisão), e, por vezes, reproduzindo parte do documento (cfr. a título de exemplo arts. 2º, 15º, 16º, 18º a 20º, 44º e 62º a 64º da nota de ilicitude e arts. 119º a 121º, 127º, 128º, 134º, 143º, 144º, 147º e 148º da decisão). ---

Face a este procedimento da AdC não se consegue perceber como é que a arguida pode defender que a AdC lhe ocultou provas! As provas estão perfeitamente identificadas dado que é feita referência expressa às folhas do processo onde os documentos se encontram, o que possibilita às arguidas tomar inteiro conhecimento dos mesmos, bastando, para tal, consultar o processo. Se os documentos são desconhecidos para a arguida é porque esta não procurou conhecê-los através da consulta do processo. Logo, não tendo tal consulta tido lugar por a arguida não ter diligenciado nesse sentido, é absolutamente gratuito invocar que a AdC se limitou a



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

“remeter para uma hipotética ou eventual numeração de todo desconhecida para a empresa e que, só a entidade autuante pode conhecer”. ---

Não só a numeração efectuada pela Autoridade não é hipotética nem eventual, como se pode constatar da simples consulta do processo, como não se pode afirmar que só a AdC a conhece, já que ela é do conhecimento de todos os que consultem o processo! Pelos mesmos motivos não é certa a asserção de que os documentos não estão identificados nem nomeados mas apenas referidos. Ao remeter para os documentos a AdC permite às arguidas aferir se o teor dos mesmos coincide com o que a AdC refere, permite-lhes saber qual a sua origem e permite-lhe contraditá-los. Para tanto bastava às arguidas consultar o processo, sendo certo que a AdC, como se referiu supra, não tinha que notificar as arguidas dos documentos. ---

A razão pela qual nenhuma das arguidas, após notificadas da nota de ilicitude, quis consultar o processo, é algo que só as mesmas saberão e que só às mesmas respeita. O que não podem é adoptar uma postura de absoluta passividade durante todo o processo e pretender agora, na fase judicial, assacar nulidades resultantes do não conhecimento dos documentos que estavam no processo e que nunca quiseram consultar, já que tal desconhecimento só a elas é imputável. ---

Violação do acesso às provas haveria se as arguidas tivessem querido consultar o processo e a AdC lhes tivesse negado tal consulta ou se a Autoridade não lhes desse conhecimento da existência dos documentos em que baseou a acusação. Sucede que nenhuma destas situações se verificou. A existência dos documentos consta da nota de ilicitude e da decisão final, por um lado, e nada nos autos revela ter a arguida Lutamar pretendido consultar o processo, após notificada da nota de ilicitude (nem a arguida o invoca), e ter-lhe sido negada essa consulta, por outro lado. ---

Por conseguinte, não houve por parte da AdC qualquer ocultação de provas à arguida, nem consequentemente, houve, no que a esta argumentação respeita, qualquer omissão de diligências essenciais à descoberta da verdade, argumentação que aliás nem sequer está devidamente enquadrada já que a ocultação de provas nunca poderia levar à conclusão de que foram omitidas diligências essenciais à descoberta da verdade, estando em causa duas realidades perfeitamente distintas. ---

A omissão de diligências existiria se a AdC não tivesse procedido a todas as diligências que lhe cabia encetar para descobrir a verdade dos factos ou se a AdC tivesse indeferido qualquer requerimento probatório apresentado pela arguida. Ora não invocando a arguida nenhuma concreta diligência essencial para a descoberta da verdade que tenha ficado por realizar nem que tenha requerido a realização de diligências complementares que a AdC não realizou (resultando aliás dos autos que o único meio de prova requerido, inquirição de testemunhas, foi deferido), não pode o tribunal concluir pela verificação do vício alegado: omissão de diligências essenciais à descoberta da verdade. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

Relacionado com este vício, embora enquadrado noutra capítulo, invoca ainda a arguida que nem na nota de ilicitude nem na decisão final a AdC refere quais as provas concretas que serviram de base à acusação, vedando-lhe assim o conhecimento das provas. ---

Ora resulta do já exposto que também esta argumentação da arguida não colhe. Desde logo, ao referir a existência de documentos a propósito da matéria de facto imputada às arguidas e ao indicar as folhas do processo onde os mesmos se encontram, a AdC está manifestamente a referir as provas concretas em que baseia a sua acusação: tais provas são, obviamente, os documentos. ---

Por outro lado, na decisão final a AdC, para além de referir a propósito dos vários factos que imputa às arguidas os documentos em que suporta as várias imputações, inclui um capítulo (1.1) com a epígrafe “Diligências Probatórias”, no qual descreve todas as diligências que foram efectuadas: buscas (art. 4º) pedidos de informação às arguidas (art. 5º), inquirição da testemunha arrolada pela arguida (art. 6º). Inclui ainda um outro capítulo (1.4) no qual refere a realização da prova testemunhal e da prova documental. ---

Não se entende, pois, como é que se pode sustentar que a AdC não refere quais as provas concretas que serviram de base à acusação, vedando assim às arguidas o conhecimento das provas. As provas estão referidas pela AdC e se as arguidas não tomaram conhecimento das mesmas foi porque não o quiseram, já que não consultaram o processo, e não porque o acesso lhes foi vedado. ---

São, pois, improcedentes os vícios invocado pela arguida Lutamar. ---

*

2.2.4 – Da insuficiência da nota de ilicitude

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. 50º do RGCOG 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. 50º, 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 fáctico como no que toca ao enquadramento jurídico, ou seja, o que tem que constar são os



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

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. ---

a) Omissão de informações para a defesa das arguidas

Alega a Rebosado que a AdC, na nota de ilicitude, omitiu informações para a defesa das arguidas sobre as quais se veio a pronunciar em sede de decisão. Esta argumentação vem expressa no parágrafo segundo do art. 28º e da conclusão 4 das alegações de recurso, limitando-se a arguida a alegar a omissão, não concretizando ou exemplificando qual ou quais as omissões a que se refere. ---

Nas suas alegações a AdC diz não se poder pronunciar sobre esta alegação uma vez que a Rebosado não identifica de que informações se trata. ---

Como já se referiu *supra*, o processo de contra-ordenação não é um processo-crime, sendo-lhe aplicáveis as regras do processo penal apenas a título subsidiário e sempre com as necessárias adaptações. No processo penal o objecto do processo é definido essencialmente pela acusação. Já o mesmo não se passa nos recursos de impugnação judicial de decisões que condenam pela prática de uma contra-ordenação. Nestes procedimentos predominam regras relativas a um recurso, o recurso judicial de impugnação, pelo que o objecto do processo acaba por ser delimitado essencialmente pelas alegações de recurso, razão pelas quais as mesmas têm que conter alegações e conclusões (cfr. art. 59º, nº 3, do RGCO). ---

A este propósito o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu já que "O objecto de apreciação do recurso a que aludem os arts. 59º e ss. RGCO não é – como aconteceria com um processo criminal puro – a apreciação da procedência ou improcedência da acusação em que se traduz a decisão administrativa – mas a apreciação das questões colocadas pelo arguido nas suas conclusões de recurso, por forma a conhecer da procedência ou improcedência deste." (Ac. de 14.12.2004, in www.dgsi.pt). ---

Ora no que toca ao vício em apreciação constata-se que o mesmo consta do requerimento de recurso mas de um modo totalmente genérico e conclusivo. A arguida invoca a título de conclusão a omissão de informações, mas não indica a que informações concretas se refere, impedindo assim o tribunal de conhecer do alegado. Não é seguramente ao tribunal que cabe percorrer os 156 artigos da nota de ilicitude e os 290 artigos da decisão final para tentar descobrir quais os elementos relevantes para a defesa das arguidas que constam da decisão e não constam da nota de ilicitude. ---

Assim, por não ter a arguida respeitado o ónus que sobre si recai de alegar factos concretos, no caso respeitantes à conclusão de que a AdC omitiu, na nota de ilicitude, informações relevantes para a defesa que incluiu na decisão final, julgo o invocado vício improcedente. ---

*



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

b) Análise da evolução cronológica dos preços

Alega a Rebosado que não foi ouvida sobre a análise da evolução cronológica dos preços praticados pelas arguidas, circunstância que funda a decisão condenatória. ---

Respondeu a Autoridade que na nota de ilicitude indicou a data de início da infracção e que se verificou em 2006 um incremento substancial dos preços, pelo que as arguidas puderam defender-se, sendo certo que a Rebosado, na resposta à nota de ilicitude juntou documentos e informações. ---

Para apreciar esta questão há que considerar: ---

A - Os factos que sobre esta matéria constam da nota de ilicitude e que são: -

1 - art. 1º - AdC refere ter tido conhecimento de que no ano de 2006 os preços praticados pela prestação de serviços de transporte marítimo no Porto de Setúbal sofreram, no decurso de 2006, um incremento substancial. ---

2 - art. 2º - tabelas de preços das arguidas a praticar para os serviços de reboque marítimo para o ano de 2006. ---

3 - arts. 21º a 27º - tabelas de preços das arguidas praticadas para os serviços de reboque marítimo no ano de 2005. ---

4 - arts. 28º a 33º - preços praticados pelas arguidas em 2006 pela prestação de serviços de transporte marítimo no Porto de Setúbal, após a celebração do acordo

5 - arts. 34º a 40º - referência aos preços praticados pelas arguidas pela prestação de serviços de transporte marítimo no Porto de Setúbal em 2005 e 2006 e à sua variação. ---

6 - art. 127º - Data de início da infracção e afirmação de que a mesma se mantém. ---

B - A resposta apresentada pela arguida Rebosado, junta aos autos a fls. 3331 e cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido. ---

Dos factos descritos resulta evidente que não assiste razão à arguida. Na nota de ilicitude foram dados a conhecer às arguidas os elementos de facto relevantes no que toca à evolução cronológica dos preços praticados pelas arguidas: é indicado o início da infracção como sendo o ano de 2006 e são indicadas as tabelas de preços praticadas no ano de 2006 e no ano de 2005, sendo que foram estes os preços comparados pela AdC na decisão final. ---

Assim sendo, é manifesto que as arguidas foram ouvidas sobre a evolução cronológica dos preços e tanto assim é que a Rebosado, na resposta à nota de ilicitude, apresentou a sua versão, não pondo em causa os valores referidos pela AdC, indicando as razões que no seu entender justificaram o aumento dos seus preços em 2006 (arts. 31º a 53º), comparando os seus preços com os praticados noutros portos nacionais (arts. 54º a 70º) e estrangeiros (arts. 74º a 78º), etc. ---

A arguida pode discordar da análise cronológica feita pela Autoridade e entender que a mesma não se devia ter limitado aos anos de 2005 e 2006 (como



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

resulta da sua resposta à nota de ilicitude em que vem apresentar os preços por si praticados desde 2002). Mas isso é uma questão diferente. A arguida parece incorrer em alguma confusão acerca do conteúdo e extensão do direito de defesa. Como já foi suficientemente explanado, estamos aqui a falar do direito que assiste ao arguido de não lhe ser aplicada uma punição sem que lhe seja dada uma concreta e efectiva possibilidade de se pronunciar sobre a infracção que lhe é imputada, direito que abrange, sem dúvida, a possibilidade de se pronunciar em audição oral e a de apresentar prova. ---

Mas, no que a este aspecto concerne, o direito não vai mais longe do que isto. A valoração que é depois dada à argumentação apresentada pela arguida ou à prova por esta produzida é questão de todo alheia aos direitos de defesa, é questão de julgamento. O facto de a AdC não ter dado à argumentação da arguida a valoração que esta pretendia é, conforme referido, uma questão de julgamento da causa. Aliás, a aceitar-se o entendimento da arguida teríamos de concluir que sempre que o tribunal condena um arguido que nega a prática dos factos estaria a violar os seus direitos de defesa. ---

Havendo uma fase de recurso jurisdicional as garantias processuais das arguidas não ficam minimamente beliscadas com quaisquer interpretações e/ou valorações que a Autoridade faça na decisão recorrida. Garantida que seja a possibilidade de as arguidas se pronunciarem, dá-se cumprimento ao art. 50º. ---

Assim, o facto de a AdC não ter aceite o entendimento da arguida e, consequentemente, não ter considerado, na análise de evolução de preços que efectuou, os preços desde 2002, não constitui qualquer violação dos seus direitos de defesa. --

Face ao exposto, por da nota de ilicitude constar a evolução cronológica dos preços praticados pelas arguidas, ou seja, por ter sido respeitado, nesta parte, o direito de audiência e defesa, julgo improcedente o vício invocado pela arguida. ---

*

c) Grau de participação de cada uma das arguidas na infracção

Diz a Reboado que as arguidas não foram ouvidas sobre o grau de participação de cada uma na alegada infracção. ---

Respondeu a Autoridade que na nota de ilicitude se refere expressamente que as arguidas são autoras em comparticipação (art. 109º), encontrando-se os elementos subjectivos do tipo enunciados nos arts. 123º a 127º, sendo certo que a Reboado, na resposta à nota de ilicitude, nada disse sobre esta matéria. ---

Para apreciar esta questão há que considerar: ---

A - Os factos que sobre esta matéria constam da nota de ilicitude e que são: -

1 - art. 14º - refere que desde 24 de Janeiro de 2006 que as três arguidas iniciaram a troca de informações sobre as tarifas. ---

2 - arts. 15º a 19º - descreve o teor de vários mails trocados entre as arguidas.



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

3 – arts. 29º, 45º, 48º, 49º, 52º a 58º e 65º - afirma a existência de um acordo celebrado entre as três arguidas e do respectivo conteúdo. ---

4 – art. 109º - conclui que as arguidas são autoras, em comparticipação, da infracção que lhes é imputada. ---

5 – art. 116º - encontro de vontades entre as arguidas. ---

6 – arts. 123º a 125º - refere o elemento subjectivo do tipo e conclui que as arguidas agiram com dolo. ---

B - A resposta apresentada pela arguida Rebosado, junta aos autos a fls. 3331 e cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido. ---

Em sentido lato pode definir-se como autor material de um ilícito aquele que executa o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem (cfr. art. 26º do Cod. Penal). Nos termos do disposto no art. 16º do RGCOC *Se vários agentes participam no facto, qualquer deles incorre em responsabilidade por contra-ordenação mesmo que a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependam de certas qualidades ou relações especiais do agente e estas só existam num dos participantes.* ---

Uma das formas de comparticipação possível é a co-autoria. Esta existe quando mais do que um agente toma parte directa na execução de um facto ilícito, “por acordo ou juntamente com outro ou outros”. Para que exista comparticipação na forma de co-autoria é essencial, conforme entendimento da doutrina e jurisprudência, haver uma decisão e execução conjuntas. Quanto à decisão o acordo tanto pode ser expresso como tácito (art. 26º do Cod. Penal e 16º do Dec.lei 433/82).--

Nas palavras de Eduardo Correia, estaremos perante a figura da co-autoria quando o agente “por acordo e conjuntamente com outro ou outros, tome parte imediata na execução de um crime (...) O elemento novo e mais importante aqui é precisamente o do acordo - ao menos na forma mínima de uma «consciência e vontade de colaboração» de várias pessoas na realização de um crime.” (in Direito Criminal II, 1988, p. 253). Neste sentido Ac. STJ de 18 de Julho de 1984, BMJ 339, p. 276.---

Considerando a factualidade descrita não se entende como é que a Rebosado pode sustentar que não foi ouvida sobre o grau de comparticipação na infracção. Todos os elementos relevantes sobre o grau de comparticipação estão devidamente enunciados na nota de ilicitude que descreve o acordo cuja celebração é imputada às arguidas, atribuindo-lhes igual participação no mesmo, isto é atribuindo a todas as arguidas a responsabilidade pela decisão e pela execução do mesmo, concluindo, após a descrição feita sobre o acordo e sobre a intervenção das três arguidas, que são autoras em comparticipação. ----

Contendo a nota de ilicitude os elementos supra descritos, a arguida só não se pronunciou sobre a questão do grau de comparticipação na resposta à nota de



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

ilicitude porque não quis. Os elementos de facto estavam na nota de ilicitude pelo que se tem de concluir que o direito de audiência e defesa da arguida nesta matéria foi respeitado. ---

Face ao exposto julgo improcedente o vício invocado. ---

*

d) Objectivo que terá levado às alegadas práticas concertadas

Diz a Rebozado que as arguidas não foram ouvidas sobre o objectivo que terá levado às alegadas práticas concertadas, ou seja, à alteração dos preços praticados pelas arguidas para prestação de serviços de reboque no Porto de Setúbal. ---

Respondeu a Autoridade que na nota de ilicitude se refere expressamente qual o entendimento da AdC no que concerne ao objectivo das arguidas com a prática que lhes imputada: fixação de preços (art. 16º), partilha de mercado e repartição de clientela (arts. 44º e 48º) e descontos (art. 49º), sendo certo que a Rebozado, na resposta à nota de ilicitude, se pronunciou sobre esta matéria. O facto de a arguida discordar do entendimento da AdC é questão que aqui não releva. ---

Para apreciar esta questão há que considerar: ---

A - Os factos que sobre esta matéria constam da nota de ilicitude e que são: -

1 - arts. 16º: as arguidas pretenderam a fixação directa, conjunta e convergente de preços de prestação de serviços de reboque marítimo de lanchas. ---

2 - arts. 44º e 47º - com o acordo as arguidas partilharam o mercado e repartiram entre si a clientela. ---

3 - art. 48º - com o acordo as arguidas criaram um mecanismo de compensação para os casos em que os seus clientes mudassem de prestador de serviços. ---

4 - arts. 49º e 63º - com o acordo as arguidas harmonizaram as condições de atribuição dos descontos. ---

5 - art. 52º e 63º - as arguidas alteraram os termos do acordo no tocante à partilha de mercado, ao mecanismo de compensação e às condições de atribuições de descontos. ----

6 - art. 64º - as arguidas criaram um mecanismo de cristalização da carteira de clientes.

7 - art. 65º, 108º, 109º e 128º - descrição do acordo: aumento dos preços, repartição de clientes, harmonização das condições de descontos a atribuir aos clientes e estabelecimento de cristalização das carteiras de clientes

8 - art. 117º - acordo tinha por objecto a fixação de preços e a divisão do mercado.---

B - A resposta apresentada pela arguida Rebozado, junta aos autos a fls. 3331 e cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido. ---

Considerando as referências constantes da nota de ilicitude e ora expostas é manifesto que a nota de ilicitude contém todos os elementos relativos ao objectivo



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

que, no entender da AdC, presidiu à celebração do acordo. Para qualquer pessoa que leia a nota de ilicitude resulta perfeitamente claro que, no entender da AdC, as arguidas pretenderam celebrar um acordo para fixar preços, repartir clientela, partilhar o mercado, estabelecer descontos e criar desincentivos à violação do acordo. ---

E tanto assim é que a Rebosado, na resposta à nota de ilicitude, pronunciou-se expressamente sobre este tópico. Para além de negar que tenha havido um qualquer acordo, refere que as reuniões das arguidas visavam permitir uma cooperação entre as mesmas para garantir o aproveitamento e optimização da frota existente no porto de Setúbal e não a concertação entre as empresas (arts. 21º, 25º, 153º a 156º); indica as razões que a levaram a aumentar os preços (arts. 31º e segs.), incluindo inclusivamente um capítulo cuja epígrafe é “Da fixação directa, conjunta e convergente, de preços da prestação dos serviços de reboque marítimo no Porto de Setúbal” e outro com a epígrafe “A partilha do mercado e a repartição de clientela nos serviços de reboque marítimo no Porto de Setúbal”. ---

Não há, pois, qualquer dúvida de que a AdC inclui na nota de ilicitude todos os elementos de facto relevantes relacionados com o objectivo que terá levado as arguidas à prática da infracção que lhes é imputada, ou seja, que a AdC respeitou o direito de audiência e defesa das arguidas. ---

Mais uma vez o que se sucede é que a Rebosado discorda do entendimento da AdC o que é, nesta sede, irrelevante pelos motivos que já se expuseram, ou seja, o facto de a AdC não ter acatado os argumentos da arguida não constitui qualquer violação dos seus direitos de defesa. --

Face ao exposto, por da nota de ilicitude constarem todos os elementos de facto relacionados com o objectivo que, no entender da AdC, esteve subjacente à celebração do acordo imputado às arguidas, julgo improcedente o vício invocado pela arguida. ---

*

e) Dano económico e a sua extensão, incluindo o ganho ilícito

Diz a Rebosado que as arguidas não foram ouvidas sobre o dano económico e a sua extensão, incluindo o ganho ilícito percebido pelas arguidas. ---

Respondeu a Autoridade que a nota de ilicitude versa sobre tal matéria, designadamente nos arts. 135º a 143º inseridos no capítulo “Prejuízos directos e indirectos aos utilizadores/consumidores dos serviços de reboque marítimo no Porto de Setúbal” e nos arts. 144º a 150º, inseridos no capítulo “Benefício económico das empresas arguidas decorrente do acordo”, tendo-se a Rebosado pronunciado sobre a inexistência de prejuízos no art. 150º da resposta à nota de ilicitude. ---

Para apreciar esta questão há que considerar: ---

A - Os factos que sobre esta matéria constam da nota de ilicitude e que são: -

1 – art. 130º - da infracção resultaram danos para os consumidores uma vez que houve uma redução da concorrência; ---



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

4976 ⑤

2 – art. 131º - todos os operadores comerciais que pretendessem ser utentes da prestação de serviços em causa foram afectados pelo acordo. ---

3 – art. 134º - as arguidas obtiveram ganhos resultantes do acordo que de outra forma não obteriam, em prejuízo dos agentes de navegação, dos armadores proprietários de navios e dos donos de mercadorias. ---

4 – arts. 135º a 143º - sob a epígrafe “Prejuízos directos e indirectos aos utilizadores/consumidores dos serviços de reboque marítimo no Porto de Setúbal” refere-se que houve uma apropriação de excedentes por parte das arguidas, um aumento de custos para os operadores de transporte marítimo e para os que procuram esse transporte resultante do peso dos custos do serviço de reboque e conclui-se que o dano económico se compõe de uma parcela relativa ao benefício, sob a forma de recitas acrescidas, e de outra resultante de uma eventual procura perdida. ---

5 – arts. 144º a 150º - sob a epígrafe “Benefício económico das empresas arguidas decorrente do acordo” decompõe-se as principais componentes do benefício económico

B - A resposta apresentada pela arguida Rebosado, junta aos autos a fls. 3331 e cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido. ---

Perante a matéria vertida na nota de ilicitude pode dizer-se que da mesma não consta o dano económico e a sua extensão, incluindo o ganho ilícito? A resposta não pode deixar de ser negativa. ---

Ao longo da nota de ilicitude abundam as referências à danosidade do acordo imputado às arguidas, danosidade essa resultante do aumento das tarifas/preços e da supressão/redução da concorrência, contendo a mesma um capítulo dedicado especificamente aos “Prejuízos directos e indirectos aos utilizadores/consumidores dos serviços de reboque marítimo no Porto de Setúbal” que refere o aumento de custos para os operadores de transporte marítimo e para os que procuram esse transporte, aumento esse resultante do peso dos custos do serviço de reboque, e ainda que o dano económico se compõe de uma parcela relativa ao benefício, sob a forma de recitas acrescidas, e de outra resultante de uma eventual procura perdida. -

De igual modo a nota de ilicitude é perfeitamente clara ao referir a existência de ganhos ilícitos, isto é, ganhos obtidos através da prática da infracção, (art. 134º e 138º, §1) e ao explicar em que é que os mesmos se traduziram - benefício económico (arts. 144º a 150º). ---

E tanto assim é que a Rebosado, na resposta à nota de ilicitude, pronunciou-se sobre esta matéria. Por um lado infirma a existência de prejuízos ao invocar que do aumento dos preços resultaram vantagens para os clientes dado que simultaneamente com o aumento dos preços alterou o seu sistema de crédito (arts. 83º e ss. e 150º). Por outro lado nega que tenha havido qualquer ganho ilícito dado que o aumento resultou da necessidade de ajustar os preços aos custos. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

4977 8

Também aqui é manifesto que a arguida discorda da valoração feita pela AdC relativa aos argumentos que aduziu na nota de ilicitude mas, tal como já referido, tal questão não se relaciona com a violação dos direitos de defesa da arguida mas com um eventual erro de julgamento sindicável nesta sede pelo tribunal. ---

Em suma, a nota de ilicitude contém os elementos relativos ao dano económico e à sua extensão, incluindo o ganho ilícito, não havendo na decisão final, nesta matéria, elementos surpresa. ---

Assim, julgo improcedente o vício invocado. ---

*

f) Acordo para monitorizar mensalmente as subcontratações da Rebosado e da Lutamar pela Rebonave

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 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. ---

Às arguidas vem imputada a prática de uma contra-ordenação prevista no art. 4º, nº 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



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

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. ---

*

g) Benefícios económicos directos resultantes do aumento directo dos preços e da anulação efectiva das pressões concorrenciais

Alega a Reboado que o facto dado como provado sob o ponto 12 das conclusões sobre a matéria de facto (Do acordo retiraram benefícios económicos directos, quer pelo aumento concreto dos preços, quer pela anulação efectiva das pressões concorrenciais. Dos novos preçários resultaram incrementos directos de receitas num total de € 256.168,00 para um período de 5 meses, o que corresponde a uma valor médio de € 51.233,60 por cada mês de duração da infracção) não se encontra versado nem devidamente fundamentado na nota de ilicitude. ---

Respondeu a Autoridade que estão em causa os benefícios económicos retirados do acordo e os valores relativos aos incrementos directos das receitas em resultado dos novos preçários, o que mais não é do que a concretização e quantificação de aspectos referidos em resposta aos outro vícios invocados e indicados na nota de ilicitude. ---

Para apreciar esta questão há que considerar: ---

A - Os factos que sobre esta matéria constam da nota de ilicitude e que são: -

1 - arts. 1º, 28º, 34º, 37º, 41º, 65º - todos se referem ao aumento dos preços.

2 - arts. 134º, 138º, 146º - todos se referem aos benefícios extraídos pelas arguidas da infracção que lhes é imputada. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

3 – arts. 111º, 128º, 130º, 132º, 138º, 145º - todos se referem à redução/anulação da concorrência. ---

4 – arts. 144º a 150º - explicação teórica sobre o benefício económico e concretização quanto ao verificado no caso: acréscimo de receitas resultante do aumento percentual das tarifas, multiplicado pelas horas vendidas (art. 148º). ---

5 – art. 27º e 33º - cálculo do número de horas que envolve o serviço típico. -

Analisando o que sobre esta matéria consta da nota de ilicitude verifica-se que de facto a AdC, na nota de ilicitude, não quantificou o benefício económico de cada arguida, quantificação essa que surge na decisão final. Sucede, porém, que daí não se pode concluir que a arguida não foi ouvida sobre esta matéria. ---

Por um lado abundam ao longo da nota de ilicitude referências à supressão/diminuição da concorrência resultante do acordo imputado às arguidas bem como ao aumento dos preços e às vantagens dele resultantes para as arguidas. -

Por outro lado, a quantificação do benefício económico resulta de uma simples operação aritmética efectuada a partir das seguintes variáveis: número de serviços efectuados (sendo que este número é obtido partindo do princípio que o serviço típico envolve 1,5 horas em manobras e 2 horas à ordem por rebocador - art. 27º da nota de ilicitude), multiplicado pela diferença entre as receitas geradas com o preço praticado após o acordo e as receitas que seriam geradas com o preço existente antes do acordo. ----

Ora esta fórmula de cálculo está expressamente referida na nota de ilicitude (art. 148º), ou seja, às arguidas foi dado a conhecer o modo como a AdC iria calcular o benefício económico. Tendo em consideração que os serviços prestados por cada arguida são obviamente do seu conhecimento e foram dados como assentes a partir das informações por si juntas (sendo certo que sempre as mesmas podem nesta sede pôr em causa o número avançado pela AdC) e que da nota de ilicitude constam as tabelas de 2005 e de 2006, não podemos deixar de concluir que às arguidas foi dada a oportunidade de se defender, designadamente pondo em causa este método de cálculo. Consequentemente, não se pode dizer que a quantificação do benefício económico na decisão final seja um elemento surpresa relativamente ao qual as arguidas não se puderam defender ou que a nota de ilicitude não esteja, nesta parte, devidamente fundamentada. ---

A Rebosado, por razões que só a própria saberá, optou por nada dizer sobre esta matéria na resposta à nota de ilicitude. É certo que a arguida tem o direito ao silêncio e a escolher a estratégia de defesa que mais lhe interessar. Não pode é optar pelo silêncio sobre uma determinada factualidade e querer depois aproveitar-se do mesmo e invocar que nada constava da peça processual de que lhe foi dado conhecimento e à qual respondeu. ---

Face ao exposto, por da nota de ilicitude constarem todos os elementos relacionados com o aumento dos preços e a supressão/diminuição da concorrência resultantes do acordo imputado às arguidas, bem como com o benefício económico



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

resultante do aumento de preços e da anulação das pressões concorrenciais, sendo a sua concreta quantificação uma decorrência normal e lógica dos mesmos, julgo improcedente o vício invocado pela arguida. ---

*

h) Elementos constitutivos da culpa

Diz a Rebozado que na nota de ilicitude a AdC apenas menciona os elementos constitutivos da culpa de forma deficiente (art. 75º). Relativamente a este alegado vício nada mais diz a arguida, designadamente não refere a arguida o que é que falta na nota de ilicitude no que respeita aos elementos constitutivos da culpa. --

Respondeu a Autoridade que a descrição do tipo objectivo aparece nos arts. 109º a 122º da nota de ilicitude, a descrição do tipo subjectivo nos arts. 123º a 125º da mesma peça e a enunciação dos critérios de graduação da coima no art. 154º da nota de ilicitude. ---

Para apreciar esta questão há que considerar: ---

A - Os factos que sobre esta matéria constam da nota de ilicitude e que são: -

- arts. 115º a 117º - aludem à vontade das empresas de elaborar e concretizar o acordo em causa no processo. ---

- art. 123º - refere que as arguidas agiram de forma livre, consciente e voluntária na prática da infracção. ---

- arts. 124º - refere que as arguidas manifestaram sempre conhecimento sobre o conteúdo anticoncorrencial do acordo e, mesmo assim, celebraram-no querendo produzir o resultado, assegurar a sua durabilidade e exequibilidade, falseando a concorrência. ---

- art. 125º - conclui que as arguidas praticaram a infracção com dolo

A culpa traduz-se na censura ético-jurídica dirigida a um sujeito, que praticou um determinado facto, por não ter agido de outro modo. Entre nós vigora o princípio *nulla poena sine culpa*, isto é, o princípio de que toda a pena tem que ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta (art. 29º, nº 1, da Const. Rep. Portuguesa). ---

É por todos conhecida a discussão doutrinária que o conceito de culpa envolve. Enquanto para uns autores o dolo não faz parte da culpa, entendendo estes que a culpa integra tão só a imputabilidade e a consciência da ilicitude, para outros, o dolo integra como elemento emocional a consciência da ilicitude e faz, ele próprio, parte da culpa. Não é esta seguramente a sede própria para tomar posição sobre a questão, havendo que enquadrar a insuficiência da nota de ilicitude nesta matéria à luz de qualquer uma das duas posições. Os conceitos aqui em presença poderão ser definidos em traços gerais do seguinte modo: ---

A imputabilidade consiste num conjunto de qualidades pessoais necessárias para que seja possível a censura ao agente por não ter actuado de modo diverso. Há sempre que atender a dois elementos: o cognitivo (saber se o agente tem capacidade



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

para distinguir o lícito do ilícito) e a vontade (para que o agente seja imputável é necessário que, na sua actuação, se possa auto-determinar por tal cognoscibilidade).

A consciência da ilicitude equivale a conhecimento do sentido da ilicitude, ou seja, a conhecimento do carácter ilícito da conduta. --

O dolo integra um elemento cognitivo (relacionado com o conhecimento/representação do facto), um elemento volitivo (relacionado com a intenção) e, como já se referiu, para alguns autores um elemento emocional: a consciência da ilicitude. ---

No presente caso verifica-se que na nota de ilicitude a AdC refere a vontade das arguidas de elaborar e concretizar o acordo que lhes é imputado, que as arguidas manifestaram sempre conhecimento sobre o conteúdo anticoncorrencial do acordo e, mesmo assim, celebraram-no, querendo produzir o resultado e assegurar a sua durabilidade e exequibilidade, falseando a concorrência. Refere ainda a AdC que arguidas agiram de forma livre, consciente e voluntária na prática da infracção e que a cometeram com dolo. ---

Face a esta descrição da matéria constante da nota de ilicitude não pode deixar de se concluir que a mesma contém os elementos de facto relevantes relativos à culpa que qualquer nota de ilicitude deve conter, seja qual for a posição doutrinária que sobre ela se adopte: nela consta perfeitamente caracterizada a imputabilidade das arguidas, a consciência da ilicitude e o dolo (directo), não sendo, por conseguinte, a caracterização da culpa deficiente. ---

Assim, julgo improcedente o vício invocado. ---

*

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). ---



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

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 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). ---



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

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 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). ---

**Tribunal do Comércio de Lisboa**

2º Juízo

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 questão das diligências complementares de prova. ---

Dispõe o art. 26º, nº 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 toma 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. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

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 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 Cod. 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



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

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 e 2 e 119º do Cod. 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 Cod. Proc. Penal) e a nulidade só é insanável se a lei a cominar como tal (art. 119º do Cod. 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 Const. 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 Cod. 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, *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 Cod. Proc. Penal e 32º, nº 8, da Const. Rep. Portuguesa, a resposta não pode deixar de ser negativa. ----



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

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 lícitamente 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 insito 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 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 nº 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 Cod. 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 início 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. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

Conforme resulta da factualidade supra referida, a Rebozado 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 contra-se da primeira notificação 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 Rebozado 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 sanção 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



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

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, nº 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. ---

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. ---

*

3 – Da preterição das formalidades essenciais

Relativamente à preterição de formalidades essenciais alega a arguida Lutamar não ter sido notificada do parecer solicitado à entidade reguladora sectorial - Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos – IPTM (arts. 7º e 8º e conclusão 263º das alegações de recurso). ----

Por sua vez a arguida Rebosado invoca a violação da Lei 18/2003 por falta de pedido de parecer técnico (arts. 82º a 95º e conclusão 13 das alegações de recurso). ---

A AdC., nas suas alegações, defende ter dado integral cumprimento ao disposto na lei 18/2003 uma vez que pediu ao IPTM que emitisse parecer, tendo este instituto respondido que não tem intervenção no mercado em causa, razão pela qual não emitiu qualquer parecer. ---

Com interesse para apreciar a questão suscitada há que considerar os seguintes factos. ---

1 – Por despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência datado de 24 de Maio de 2006 foi ordenada a abertura do inquérito que deu lugar aos presentes autos de contra-ordenação (doc. fls. 1). ---

2 – No dia 2 de Junho de 2006 a AdC enviou ao IPTM o ofício com a referência "S-AdC-OF/2071/2006/DMA/PRC/2006/06", com o seguinte teor (doc. fls. 15):

"Chegaram a conhecimento da Autoridade da Concorrência práticas eventualmente proibidas pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, designadamente pelo seu artigo 4.º, no que diz respeito à prestação de serviços de reboque no porto de Setúbal. Neste sentido foi determinada, por despacho 24 de Maio de 2006 do Conselho da Autoridade da Concorrência, a abertura do inquérito, conforme



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

previsto no n.º 1 do artigo 24.º da referida Lei. Assim, no contexto da articulação com as Autoridades Reguladoras Sectoriais, prevista no artigo 29.º da Lei n.º 18/2003, somos a dar conhecimento a V Exa. da abertura do inquérito, solicitando-se a esse Instituto que se pronuncie sobre a matéria em causa no prazo de 20 dias úteis.". ---

3 – O IPTM enviou à AdC uma carta datada de 23 de Junho de 2006 com o seguinte teor: (doc. fls. 21)

“Agradeço a V Exa. a comunicação acima referenciada, sobre a abertura de inquérito à prestação de serviços de reboque de navios no porto de Setúbal. Relativamente a estes serviços não temos conhecimento de factos sobre os quais nos devamos pronunciar, na medida em que, nos termos do Decreto-Lei n.º 75/2001, de 27 de Fevereiro, o IPTM não tem intervenção na regulação do mercado em causa. Nesta oportunidade manifestamos a V. Exa. toda a disponibilidade para colaborar nas diligências que forem julgadas convenientes.". ---

Nos termos do disposto no art. 28º, nº 2, da Lei 18/2003 *Sempre que estejam em causa práticas com incidência num mercado objecto de regulação sectorial, a adopção de uma decisão ao abrigo das alíneas b) a d) do número anterior é precedida de parecer prévio da respectiva autoridade reguladora sectorial, o qual será emitido num prazo razoável fixado pela autoridade.* ---

Por seu turno, a propósito da articulação da AdC com as autoridades reguladoras sectoriais, dispõe o nº 1, do art. 29º, da lei 18/2003, que: *Sempre que a Autoridade tome conhecimento, ..., de factos ocorridos num domínio submetido a regulação sectorial e susceptíveis de serem qualificados como práticas restritivas da concorrência, dá imediato conhecimento dos mesmos à autoridade reguladora sectorial competente em razão da matéria, para que esta se pronuncie num prazo razoável fixado pela Autoridade.* ---

Tendo em mente o quadro legal aplicável e a factualidade descrita supra é manifesto que não houve, nesta matéria, preterição de qualquer formalidade essencial. Com efeito, em obediência ao disposto no art. 29º, nº 1, da Lei 18/2003, a AdC deu conhecimento ao IPTM de que tinha procedido à abertura de um inquérito incidente sobre a prestação de serviços de reboque no porto de Setúbal e solicitou-lhe que se pronunciasse sobre a matéria em causa. Respondeu o IPTM que nada tem a dizer dado que não intervém na regulação do mercado em causa. ---

Ora se o IPTM refere não ter intervenção no mercado em causa terá de se concluir que o mercado de prestação de serviços de reboque no porto de Setúbal não é um mercado regulado (dado que a única entidade referida quer pelas arguidas quer pela AdC como podendo ser a entidade reguladora é o IPTM e este afirma não o ser). Consequentemente, não sendo o IPTM entidade reguladora, não tinha a AdC que lhe solicitar, ao abrigo do disposto no art. 28º, qualquer parecer prévio. ---

Não há, pois, falta de qualquer parecer prévio: o parecer prévio não existe porque não há entidade reguladora sectorial. Consequentemente, também não há



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

qualquer vício resultante da falta de notificação do parecer dado que não pode ser notificado o que não existe. São, pois, improcedentes os suscitados vícios resultantes de preterição de formalidades essenciais---

Relativamente ao alegado pelas arguidas nesta matéria, não pode o Tribunal deixar de referir que tal alegação demonstra uma postura no mínimo irresponsável por parte das arguidas. Não é aceitável que uma arguida, tendo conhecimento de que contra si impende a suspeita da prática de uma contra-ordenação violadora das regras da concorrência, e tendo conhecimento de qual a moldura penal abstracta em que incorre, adopte uma postura de total indiferença e distanciamento, não tendo, sequer, a preocupação de consultar o processo, vindo depois arguir vícios sem qualquer sentido. Tivessem as arguidas consultado o processo e saberiam que o IPTM disse expressamente que não regulava o sector aqui em causa assim como saberiam que não existia qualquer parecer prévio (por o IPTM não ser entidade reguladora), evitando que o Tribunal tivesse que se pronunciar sobre vícios inexistentes. ---

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

*

4 – Do requerimento de junção de documentos e de inquirição dos administradores da arguida

A Rebonave requer a junção aos autos dos documentos constantes de fls. 4010 a 4023 por serem importantes "para a determinação da matéria de facto e da verdade material", afirmando que os mesmos "demonstram claramente a ausência de fundamento no que concerne à condenação da ora requerente". Mais requer a inquirição de dois dos seus legais representantes sobre a matéria. ---

Responde a AdC que não deve ser dado à arguida o acesso ao referidos documentos por os mesmos serem confidenciais. ---

Antes de mais importa esclarecer a arguida que todos os documentos que fazem parte do processo estão juntos aos autos, assim como já estavam enquanto o processo corria termos na AdC. O que sucede é que há documentos com carácter confidencial, tendo sido pedido à AdC, por quem os apresentou, que garantisse essa confidencialidade, que por essa razão estão em "anexo" ao processo (como aliás resulta desde logo do requerimento que remete os autos a juízo no qual se refere que o processo é "composto por cinco dossiers e uma caixa fechada contendo documentos confidenciais". Ou seja, os documentos estão nos autos mas não acessíveis a todos os que podem consultar o processo. ---

Não há, pois, que mandar juntar aos autos quaisquer documentos dado que todos os documentos estão nos autos. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

O que a arguida pretenderá é ter acesso a documentos confidenciais. Mas será que tal pode neste momento ser deferido? Para respondermos a esta questão deveremos ter em consideração os seguintes factos: ---

- Na sequência do pedido de informações dirigido à Lutamar (fls. 3969), foram juntos aos autos vários documentos, tendo sido expressamente solicitada a salvaguarda da confidencialidade relativamente a parte (fls. 4004). ---

- Na sequência do referido requerimento a AdC classificou como confidenciais os documentos correspondentes às folhas 4010 a 4023, justificando a confidencialidade com o facto de estarem em causa documentos respeitantes a um conjunto de condições individualmente negociadas pela Lutamar com os seus clientes. ---

- No dia 3 de Maio de 2007 dois representantes da Rebonave consultaram o processo nas instalações da AdC e tiveram acesso aos documentos de fls. 4010 a 4023 (fls. 4132, recurso da Rebonave e resposta da AdC).

- Após a consulta a Rebonave solicitou várias cópias, entre as quais dos documentos de fls. 4010 a 4023, cópias estas que lhe foram negadas por respeitarem a documentos confidenciais. ---

A AdC, constituída como pessoa colectiva de direito público, foi criada precisamente para *assegurar a aplicação das regras da concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores* (art. 1º dos Estatutos da AdC). ---

No âmbito do exercício das suas funções a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação (art. 7º dos Estatutos). No exercício dos primeiros cabe-lhe, designadamente, *Identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei* (art. 7º, nº 2, al. a), Dos Estatutos). ---

Para tanto, à AdC foram conferidos os mesmos direitos e faculdades, por um lado, e os mesmos deveres e obrigações, por outro, dos órgãos de polícia criminal, podendo designadamente (art. 17º, nº 1, als. a) e b) da Lei 18/2003): ---

- *Inquirir os representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos*; ---

- *Inquirir os representantes legais de outras empresas (que não a arguida) ou associações de empresas e quaisquer outras pessoas cujas declarações considere pertinentes, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação*.

No que concerne aos processos relativos a práticas proibidas a AdC, no exercício dos seus poderes sancionatórios, procede à abertura de um inquérito e, se



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

entender que há indícios suficientes de infracção, dá início à instrução do processo (arts. 24º e 25º da Lei 18/2003). Nesta instrução a autoridade procede às diligências de prova que entende necessárias, oficiosamente e a requerimento das arguidas, caso entenda que as diligências que efectuou na fase de inquérito são insuficientes ou podem e devem ser complementadas. ---

Quando a AdC, no exercício dos poderes que lhe são conferidos pelo citado art. 17º, nº 1, al. b), solicita às empresas informações e documentos, deve informá-las de que *deverão identificar, de maneira fundamentada, as informações que considerem confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações* (art. 18º, nº 1, al. d), da Lei 18/2003), sendo certo que a falta de resposta das empresas ou a resposta falsa inexacta ou incompleta está tipificada como contra-ordenação (art. 43º, nº 3, al. b), da Lei 18/2003). ---

Sobre a AdC incumbe o ónus de acautelar *o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio* (art. 26º, nº 5, da Lei 18/2003), ónus esse que está directamente relacionado com o sigilo a que os órgãos da Autoridade e o “seu pessoal” estão obrigados (art. 36º dos seus Estatutos: *Os titulares dos órgãos da Autoridade, bem como o seu pessoal, estão especialmente obrigados a guardar sigilo dos factos cujo conhecimento lhes advenha pelo exercício das suas funções e que não possam ser divulgados, nos termos da lei.*). ---

Quando é pedida a confidencialidade por alguém que, na sequência da notificação da AdC envia determinados documentos ou presta informações, e essa confidencialidade é mantida pela AdC, poderemos estar perante uma colisão de direitos: o direito de defesa da arguida e o direito à não divulgação dos segredos de negócio de quem presta as informações (no caso uma co-arguida). Nestas situações, há que fazer uma “ponderação sobre a prevalência de um ou de outro desses interesses, face ao caso concreto”. ---

Casos haverá em que o interesse da salvaguarda do segredo de negócio tem que ceder perante o direito de defesa da arguida. Mas tal só em concreto pode ser aferido, *i.e.*, só considerando a argumentação avançada para a arguida quando solicita o acesso a tais elementos, por um lado, e procedendo a uma análise dos elementos considerados confidenciais e da sua relevância para o processo, quer enquanto elemento de prova a ser usado pela acusação, quer enquanto elemento que possa ser usado pela defesa, por outro, é que se pode concluir que, no caso concreto, o interesse legítimo dos terceiros tem de ceder sob pena de se violarem os direitos de defesa da arguida. ---

No caso concreto a Rebonave tem perfeito conhecimento do teor dos documentos, até porque, por erro da AdC, os viu. Sabe, pois, a arguida que estão em causa documentos juntos pela co-arguida Lutamar respeitantes a um conjunto de condições por esta individualmente negociadas com os seus clientes. ---

Tendo a arguida perfeito conhecimento do teor dos documentos, cabia-lhe, ao pedir para ter acesso aos mesmos, esclarecer a razão pela qual entende que eles



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

"demonstram claramente a ausência de fundamento no que concerne à condenação da ora requerente", o que não fez. Dizer que os documentos são importantes para a verdade material e que demonstram que não há fundamento para a condenação é óbvia e manifestamente insuficiente como argumentação dado estarmos perante alguém que conhece o teor dos documentos. Tinha a arguida que ter esclarecido porque é que os documentos o demonstram, invocando o seu teor, e não que invocar genericamente a sua relevância. ---

Não o tendo feito, por um lado, e atendendo a que o tribunal, neste momento, não vislumbra a razão pela qual documentos relacionados com condições negociadas pela Lutamar com os seus clientes demonstram a ausência de fundamento da condenação, por outro, não pode o requerido ser deferido. ---

Face ao exposto, indefiro ao requerido acesso da Rebonave aos documentos de fls. 4010 a 4023. ---

*

Róis de testemunhas

A arguida Rebonave arrola sete testemunhas, sendo as duas primeiras a Presidente e um vogal do seu Conselho de Administração. Sucede que, sendo a arguida uma pessoa colectiva, ela é representada em juízo por um dos seus legais representantes, isto é, no caso, por um dos seus administradores. Por tal razão, não podem os mesmos depor como testemunhas sob pena de se obrigar a arguida a, sob juramento, depor sobre factos incriminatórios, sendo certo que a arguida tem o direito à não auto-incriminação. ---

Caso a arguida o deseje, poderá prestar declarações em audiência, sempre que o entender, através da pessoa de um dos seus legais representantes (art. 343º do Cod. Proc. Penal), o que não é possível é, mesmo a impulso da arguida, estes deporem como testemunhas. ----

Assim, do rol apresentado pela Rebonave não se admitem a depor as duas primeiras testemunhas. ---

Pelas mesmas razões, as duas primeiras testemunhas arroladas pela Lutamar, que são precisamente a presidente e um vogal do Conselho de Administração da arguida Rebonave, não podem depor como testemunhas. ---

Assim, do rol apresentado pela Lutamar não se admitem a depor as duas primeiras testemunhas. ---

Admito os rois de testemunhas apresentados pelo Ministério Público (fls. 0-a), pela Robonave - testemunhas 3 a 7 (fls. 4359), pela AdC (fls. 4610) pela Reboado (fls. 4700/4701) e pela Lutamar – testemunhas 3 a 7 (fls. 4779/4780). ---

Para realização de audiência de discussão e julgamento sugiro os próximos dias 6, 7 e 8 de Fevereiro de 2008, com início da parte da manhã às 9.30 horas e da parte da tarde às 14.00 horas, com a seguinte ordem de produção de prova: ---



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

- dia 6, às 9.30 - inquirição das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela AdC; ---
- dia 6, às 14.00 - inquirição das testemunhas arroladas pela Lutamar: Isabel Mora e António Almeida; ---
- dia 7, às 9.30 - inquirição das testemunhas arroladas pela Lutamar: José Nunes e Vânia Conceição e inquirição da testemunha arrolada pela Rebonave Francisco Carvalho; ---
- dia 7, às 14.00 - inquirição das testemunhas arroladas pela Rebonave: Manuel Lopes, José Resende e João Leitão;
- dia 8, às 9.30 - inquirição da testemunha arrolada pela Rebonave: Carlos Nascimento e das testemunhas arroladas pela Rebosado João Fonseca e Pedro Constantino; ---
- dia 8, às 14.00 - inquirição das testemunhas arroladas pela Rebosado: Vítor Gouveia, Francisco Sousa e Paulo Carrajola. ---

Notifique sendo os ilustres mandatários de que se nada for requerido em 5 dias se terá a data ora sugerida por designada. ---

Notifique as arguidas de que se poderão fazer representar em julgamento por advogado com procuração escrita (art. 67º, nº 2, do Dec.lei 433/82). ---

Comunique à entidade autuante nos termos e para os efeitos do disposto no art. 70º, nº 1 e 3 do Dec.lei 433/82.---

Notifique. ---

da 31/10/04

(Maria José Costeira)