



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5
Pº 172/07.9

Acordam em conferência, os Juízes da 9ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa:

1 - No âmbito do processo de recurso de contra-ordenação nº 261/06.1TYLSB do 3º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, foi proferida em 28/07/2006, Sentença que julgando parcialmente, procedente, o recurso interposto por AGEPOR - ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES DE NAVAGAÇÃO DE PORTUGAL -, da decisão administrativa proferida pela Autoridade da Concorrência de 30/12/2005, a condenou na coima de 130.000€ (cento e trinta mil euros) pela prática da contra-ordenação p. nos artºs. 2º nº 1- ali. a) do D.L. 371/93 de 20/10 e 4º nº 1, ali. a) da L. 18/2003 de 11/06, punida nos termos do artº 43 nº 1, al. a) da L. 18/2003.

2 - Inconformada com esta decisão, a arguida interpôs recurso.

RECURSO PRINCIPAL.

CONCLUIU, da seguinte forma:

1º A Arguida declara manter interesse no recurso por si apresentado relativamente ao DESPACHO de fls. 6825 e sgs., que permite o seu acesso à versão confidencial dos presentes autos, mas com exceção das fls. 1181 a 1240-A e 1241, o qual deve agora subir e ser julgado com o recurso da sentença condenatória recorrida.

2.º A Autoridade da Concorrência antes da notificação da Nota de Ilicitude, exigiu que a Arguida lhe prestasse diversas informações, “ameaçando” com a aplicação de uma coima (de valor especialmente elevado), caso tais informações não fossem prestadas, ou não fossem prestadas de forma correcta e completa. No âmbito do processo contra-ordenacional (tal como no âmbito do processo criminal), o Arguido tem direito ao silêncio e, em particular, tem o direito de não participar na recolha e formação da prova, no âmbito do processo que contra si foi instaurado.

3.º Consequentemente, ter-se-á que concluir, tal como invocado na Resposta à Nota de Ilicitude e na impugnação judicial, e que agora se reitera, que todas as provas obtidas, no presente processo, com base nos artigos 17.º, nº 1, alínea a), 18.º e 43.º, nº 3 da Lei n.º 18/2003, são nulas, nomeadamente por aplicação do artigo 126.º, nº 1, e nº 2, alínea d), do CPP, aplicável por força do artigo 41.º do RGCO, pelo que não poderão ser apreciadas em sede de decisão administrativa, bem como aquelas que lhe são subsequentes e que delas, de algum modo, dependam, pois as mesmas estão inquinadas consequentemente pelo vício que inquinou as primeiras.

4.º De igual modo, ao determinar que o Arguido fica obrigado, sob pena de aplicação de coima, a responder com verdade aos pedidos de informação e de documentos formulados pela Autoridade Administrativa, a norma que resulta da interpretação conjugada dos artigos 17.º, nº 1, alínea a), 18.º e 43.º, nº 3 da Lei n.º 18/2003, é inconstitucional, por violação do artigos 1.º, 2.º, 20.º, nº 4, e 32.º, nos 2, 8 e 10 da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

CRP, tal como também invocado na Resposta da AGEPOR à Note de Ilicitude e em sede de impugnação judicial.

5.º A interpretação literal do artigo 32.º, n.º 10, da CRP, bem como a sua interpretação lógico-sistêmica, concorrem para a conclusão de que a norma que resulta da interpretação conjugada dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, no sentido acima referido, é materialmente inconstitucional, ou, dito de outro modo, gera um problema de inconstitucionalidade normativa.

6.º Em processo de contra-ordenação o Arguido goza do direito ao silêncio e, bem assim, do direito à não auto-incriminação, à qual não pode ser compelido por nenhuma forma. Assim, o entendimento do Tribunal a quo nesta matéria de que o arguido não “goza em qualquer fase do processo de não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar”, bem como que “o referido direito ao silêncio não é aplicável e não é aplicável justificadamente, em nosso entender, considerando as diferenças entre os direitos em análise e o papel e funções da Autoridade da Concorrência”, concluindo que “teremos de concluir igualmente pela não verificação da invocada nulidade de obtenção de provas” é, atento o exposto, incorrecto. Mais: ao considerar que os artigos 17.º, n.º 1, alínea a), e 18.º da Lei n.º 18/2003 (legislação sectorial) derrogam a aplicação do CPP, considerando que “o direito ao silêncio não é aplicável” no caso dos pedidos de informação efectuados pela Autoridade da Concorrência à Arguida, o Tribunal a quo aplicou uma norma materialmente inconstitucional (muito embora tenha afirmado, com escassa fundamentação, que não há qualquer violação das normas constitucionais invocadas).

7.º Também pelo exposto, a tese do Tribunal a quo de que a Autoridade apenas solicitou à AGEPOR elementos documentais e informativos “objectivos” e que os mesmos não permitiam “per si” levar a arguida a admitir a existência de uma infracção, também não prevalece – dado que os mesmos são expressamente tomados em consideração na decisão administrativa e na sentença recorrida para fundamentar a prática do ilícito pela Arguida.

8.º A norma que resulta da interpretação conjugada dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003, no sentido de obrigar o Arguido a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, determinadas informações e documentos, é inconstitucional, por violação dos artigos 1.º, 2.º, 20.º, n.º 4 e 32.º, n.os 2, 8 e 10 da CRP – inconstitucionalidade essa que se deixa, novamente, invocada para todos os efeitos legais.

9.º Destarte, todas as provas obtidas, no presente processo pela Autoridade da Concorrência, com base nos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, são nulas, por aplicação do artigo 126.º, n.º 1, e n.º 2, alínea d), do CPP, aplicável por força do artigo 41.º do RGCO, pelo que também não podem ser aproveitadas para nenhum fim, nomeadamente, não podem ser aproveitadas para efeitos de fundamentação de uma decisão condenatória da AGEPOR. Assim, ter-se-á de concluir que a Decisão da Autoridade da Concorrência deve ser revogada, e substituída por outra que absolve a Arguida, na medida em que, para além das provas nulas, não existem quaisquer outras que permitam sustentar a (inexistente) responsabilidade da AGEPOR.

10.º O Tribunal da Relação de Lisboa tem competência para, no caso dos presentes autos, revogar a sentença recorrida e absolver a Arguida, ao abrigo do artigo 75.º, n.º 2,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

alínea a), do Decreto-Lei n.º 433/82 (RGCO), e também ao abrigo do artigo 410.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal. Com efeito, se as (alegadas) provas que suportam a decisão recorrida são nulas, então, evidentemente, resulta “do texto da decisão recorrida ... a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”.

11.º Nos presentes autos, a Nota de Ilícitude apresentada pela Autoridade da Concorrência, a qual equivale à acusação, não apresentava, nem sequer indiciava, quaisquer factos que permitissem esclarecer se a infracção contra-ordenacional em causa era imputada à Arguida a título de dolo ou de negligência. Acresce que a referida acusação também não apresentava qualquer apreciação ou conclusão jurídica sobre o tipo subjectivo – dolo ou negligência – que era imputado à AGEPOR. Nessa medida, face ao teor da acusação, ou seja, da Nota de Ilícitude, a AGEPOR não teve conhecimento se estava a ser acusada de uma contra-ordenação a título de dolo ou a título de negligência.

12.º Como tal, essa mesma Nota de Ilícitude deverá ser considerada nula, ao abrigo do artigo 283.º, n.º 3, do CPP (aplicável por força do artigo 41.º do RGCO), bem como ao abrigo do artigo 50.º RGCO (de acordo com a jurisprudência fixada pelo Acórdão 1/2003 do Supremo Tribunal de Justiça), devendo todos os actos subsequentemente praticados no procedimento ser declarados nulos, designadamente a sentença recorrida.

13.º No caso dos presentes autos – tendo havido impugnação judicial – a invocação da nulidade resultante de não terem sido fornecidos todos os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, poderá ser realizada, judicialmente, no acto de impugnação judicial.

14.º No caso dos presentes autos, a Nota de Ilícitude não invoca qualquer facto que permita revelar, ou sequer indiciar, o dolo ou a negligência da AGEPOR, limitando-se a apresentar o seguinte silogismo: (i) se a Arguida elabora, aprova e publica uma tabela indicativa de preços máximos dos serviços prestados pelos agentes de navegação, (ii) se alguns dos associados da Arguida, alegadamente, adoptam a tabela divulgada como sua ou praticam preços que têm como limite máximo os constantes dessa mesma tabela, (iii) então, a Arguida agiu com culpa. Tal silogismo é inadmissível, pois nenhum dos factos em causa é suficiente para revelar, ou sequer indiciar, o dolo ou a negligência da AGEPOR.

15.º Não tendo a Autoridade da Concorrência alegado, na Nota de Ilícitude, quaisquer factos que revelem, ou pelo menos indiciem, o dolo ou a negligência da AGEPOR, dever-se-á declarar a nulidade de todo o processado posteriormente à Nota de Ilícitude em causa, ao abrigo do artigo 283, n.º 3, alínea b), do CPP (aplicável por força do artigo 41 do RGCO).

16.º Com efeito, ao abrigo do artigo 283.º, n.º 3, alínea b), do CPP (aplicável por força do artigo 41.º do RGCO e da jurisprudência fixada no Assento n.º 1/2003, do Supremo Tribunal de Justiça), a acusação deve, sob pena de nulidade, proceder à narração, ainda que sintética dos factos que fundamentam a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, incluindo, se possível, o lugar, o tempo e a motivação da sua prática, o grau de participação que o agente neles teve e quaisquer circunstâncias relevantes para a determinação da sanção que lhe deve ser aplicada.

17.º O tipo subjectivo que é imputado ao Arguido – dolo ou negligência – constitui uma circunstância relevante (constitui uma circunstância essencial) para a determinação da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

eventual sanção aplicável, pelo que deve estar expressamente identificado na Nota de Ilícitude (acusação).

18.º Tudo em oposição com o que é sustentado na sentença recorrida, na qual se considera que, no que respeita ao elemento subjectivo, e tendo em conta as exigências do artigo 50.º RGCO, a Nota de Ilícitude apresenta os elementos suficientes.

19.º A imputação de uma determinada infracção, ao contrário do que é avançado na sentença recorrida, por si só, não revela a que título subjectivo (dolo ou negligência) a mesma é imputada e muito menos os fundamentos – factuais e argumentativos – dessa conclusão acusatória, devendo, ao abrigo do artigo 50.º do RGCO, todo o processado a partir do momento imediatamente anterior à Nota de Ilícitude ser considerado nulo.

20.º Mais de seis meses volvidos sobre a data de notificação da Nota de Ilícitude, a Autoridade da Concorrência comunicou à AGEPOR que haviam sido juntas determinadas folhas ao processo, podendo a Arguida exercer o seu direito de Defesa. Contudo, por um lado, o comportamento da recorrida Autoridade foi, nesta matéria, reprovável pois não informou a Arguida sobre todas as folhas que entretanto foram juntas aos autos, levando a Arguida a considerar que apenas tinham sido juntas aos autos as folhas que a Autoridade da Concorrência tinha referenciado.

21.º Por outro lado, os novos elementos juntos aos autos vêm revelar a falta de credibilidade da presente investigação, demonstrando que a recorrida apenas esteve interessada em recolher os elementos documentais que pudessem “incriminar” a Arguida.

22.º A Autoridade juntou ao processo, depois de a Arguida apresentar a sua Resposta, elementos de prova de que já dispunha quando da notificação da Nota de Ilícitude, mas aos quais, no entanto, não permitiu o acesso à AGEPOR. De acordo com o Assento n.º 1/2003, do Supremo Tribunal de Justiça, sob pena de nulidade (por aplicação do artigo 283.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, ex vi artigo 41.º Decreto-Lei n.º 443/82, e também por aplicação do artigo 50.º RGCO), em processo contra-ordenacional, a Nota de Ilícitude deve indicar todos os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito.

23.º No momento em que comunicou a Nota de Ilícitude à Arguida, a Autoridade da Concorrência omitiu elementos de prova que eram necessários para que aquela conhecesse “a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito”. Pelo que tal Nota de Ilícitude é nula ao abrigo do artigo 50.º do RGCO e do artigo 32.º, n.º 10 da CRP, determinando também a nulidade de todos os actos processuais posteriores.

24.º A sentença recorrida determina, no entanto, que a arguida podia e devia, tal como o fez face à notificação que lhe foi feita, pronunciar-se sobre o teor dos referidos documentos, tendo em atenção a nota de ilícitude que anteriormente lhe tinha sido notificada, não podendo por si só concluir-se, apenas face à notificação referida, pela afectação dos direitos de defesa da arguida (impondo-se ter em atenção que a notificação em apreço foi feita antes de ter sido proferida decisão final por parte da Autoridade e que foi concedido prazo à arguida para se pronunciar sobre os referidos documentos. Quanto à junção de outras fls. não notificadas, a arguida não estava igualmente impedida, no exercício do seu direito de defesa, de se pronunciar sobre o teor de quaisquer elementos juntos, ou como supra referimos de ter acesso às mesmas. Não assiste assim razão à arguida.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

25.^a A invocação tardia e extemporânea dos referidos documentos comprometeu a Resposta apresentada pela AGEPOR, pelo facto de esta não se ter podido socorrer de argumentos que pudesse contrariar o teor dos documentos referidos, que só posteriormente são-lhe trazidos ao conhecimento. A Autoridade da Concorrência não teve, por conseguinte, um comportamento isento, pautado pelos princípios da boa fé e da lealdade processual, impedindo a concentração da Defesa da Arguida.

26.^a O Assento n.º 1/2003, do Supremo Tribunal de Justiça, determina que, sob pena de nulidade (por aplicação do Art.º 283, n.º 3, do Código de Processo Penal, ex vi artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 443/82), em processo contra-ordenacional, a Nota de Ilícitude deve indicar todos os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, tendo a Autoridade omitido elementos de prova que eram necessários para que a Arguida conhecesse “a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito”. Pelo que tal Nota de Ilícitude é nula, determinando também a nulidade de todos os actos processuais posteriores.

27.^a Subsidiariamente, e caso assim não se entenda, devem ser desconsiderados todos os documentos que se encontravam juntos aos autos antes da adopção da Nota de Ilícitude e que não foram facultados à Arguida quando da elaboração da resposta à Nota de Ilícitude, também por violação do artigos 50.º do RGCO e 32.º, n.º 10 da CRP, do princípio da lealdade processual e do direito a um processo justo e equitativo. Uma vez que tais (alegados) elementos de prova não podem ser tomados em consideração em sede de prolação da decisão final, deverá o Tribunal da Relação de Lisboa, ao abrigo do artigo 75.º, n.º 2, alínea b), do RGCO, anular a decisão recorrida e devolver o processo ao tribunal recorrido.

28.^a No presente processo, existe um conjunto de elementos documentais, os quais são potencialmente abonatórios para a AGEPOR e são potencialmente determinantes para a demonstração da sua inocência, que foram analisados pela Autoridade da Concorrência, mas que, em sede de impugnação judicial da decisão administrativa, não foram facultados à AGEPOR para que esta os pudesse tomar em consideração na sua Defesa.

29.^a Não é admissível que a Autoridade da Concorrência, de entre os elementos documentais constantes do processo, e depois de analisar a relevância dos mesmos para efeitos de “incriminação” ou “desculpação” da arguida, possa determinar aqueles que podem ser analisados e utilizados pela Defesa e aqueles que ficam “em segredo”. Tal possibilidade constitui uma introdução inadmissível da entidade que suporta a acusação (a Autoridade da Concorrência) na condução da Defesa.

30.^a Intromissão essa que veio a ser, incorrectamente, considerada válida pelo Tribunal a quo na sentença recorrida, na qual determina que o facto de existirem documentos nos autos, a que a arguida não teve acesso, não permite concluir sem mais nos termos referidos, uma vez que o seu direito de defesa foi exercido, tal como consagrado, sobre as matérias de facto e de direito constantes da nota de ilícitude, podendo a arguida exercê-lo da forma que entendesse mais conveniente, pronunciando-se sobre os factos imputados, requerendo diligências complementares ou juntando documentos.

31.^a Não se aceita que o direito de Defesa possa ter sido exercido, ou possa ter sido exercido plenamente, se, a quando da resposta à Nota de Ilícitude e da impugnação judicial, a Arguida não teve acesso a esses elementos que constavam do processo. Isto quando esses mesmos documentos foram expressamente invocados pela Autoridade da Concorrência como fundamento de condenação da AGEPOR.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

32.^a Aliás, só em sede judicial e após a abertura da audiência de discussão e julgamento, por DESPACHO, na sequência de requerimento da AGEPOR, teve a mesma autorização para aceder a todas as folhas do processo que até então tinham estado classificadas como confidenciais, com excepção das fls. 1181 a 1240-A e 1241 da versão confidencial. Folhas essas a que a Arguida não teve acesso quando da Resposta à Nota de Ilicitude, em clara e manifesta violação do artigo 50.^º do RGCO e do artigo 32.^º, n.^º 10 da CRP, tal como consagrado no Assento n.^º 1/2003.

33.^a O facto de a Autoridade da Concorrência ter impedido o acesso da AGEPOR a tais elementos e informações – impedindo o exercício pleno e efectivo dos seus direitos de Defesa, e violando os direitos que lhe são conferidos pela Lei Fundamental – consubstancia uma nulidade insanável, devendo, concomitantemente, ser declarada nula a Nota de Ilicitude e todo o processado subsequente.

34.^a No entanto, tal entendimento, não veio a ser acolhido pelo Tribunal a quo, que considera que o seu direito de defesa [da Arguida] foi exercido, tal como consagrado sobre as matérias de facto e de direito constantes da nota de ilicitude.

35.^a Tal afirmação, não é correcta, dado que a Arguida em sede de resposta à Nota de Ilicitude não teve acesso a elementos que constavam do processo, designadamente a elementos que nem sequer tinham sido classificados como confidenciais pelas empresas que os facultaram à Autoridade da Concorrência. E tanto foram violados os direitos de defesa da AGEPOR, que a Arguida nem sequer teve oportunidade de invocar tais elementos de Defesa que constavam do processo e que lhe foram sonegados quando da Resposta à Nota de Ilicitude ou em sede de impugnação judicial.

36.^a A elaboração de uma acusação e de uma decisão condenatória com base em elementos escolhidos “a dedo” pela acusação, sonegando os restantes elementos constantes do processo à Defesa, traduz uma manifesta e clara violação do artigo 50.^º do RGCO e do artigo 32.^º, n.^º 10 da CRP.

37.^a Nos termos do Assento n.^º 1/2003, do Supremo Tribunal de Justiça, ficou claro que, sob pena de nulidade (por aplicação do artigo 283.^º, n.^º 3, do Código de Processo Penal, ex vi artigo 41.^º do Decreto-Lei n.^º 443/82), em processo contra-ordenacional, a Nota de Ilicitude, que corresponde à acusação, deve indicar todos os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito.

38.^a No momento em que comunicou a Nota de Ilicitude à Arguida, a Autoridade da Concorrência omitiu do processo elementos de prova que eram necessários para que aquela congesesse “a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito”. Tal Nota de Ilicitude é nula, determinando também a nulidade de todos os actos processuais posteriores, designadamente a sentença proferida.

39.^a O Tribunal a quo, salvo o devido respeito, também decidiu incorrectamente ao considerar nesta matéria que não assiste razão à arguida nesta parte, para mais quando a jurisprudência citada na sentença recorrida não se aplica ao caso concreto, uma vez que no caso sub judice os elementos não disponibilizados à Arguida não tinham sido classificados pelas empresas que os disponibilizaram à Autoridade da Concorrência como confidenciais.

40.^a A coima aplicada à AGEPOR funda-se no volume de negócios de 2004 das empresas associadas que alegadamente participaram no ilícito. Contudo, os referidos elementos não constavam quer da Nota de Ilicitude quer da notificação efectuada ao abrigo do artigo 50.^º do RGCO (quando da disponibilização pela Autoridade da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Concorrência à AGEPOR de parte das folhas do processo anteriormente consideradas confidenciais), não tendo a Arguida em momento algum do procedimento administrativo a possibilidade de contraditar tais elementos relativos aos volumes de negócios de 2004 das empresas associadas, elementos esses que vieram precisamente a servir de base ao cálculo do montante da coima aplicada à AGEPOR.

41.^a De acordo com o Assento n.º 1/2003, do Supremo Tribunal de Justiça, sob pena de nulidade (por aplicação do artigo 283.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, ex vi do artigo 41.º Decreto-Lei n.º 443/82), em processo contra-ordenacional, a Nota de Ilícitude deve indicar todos os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito. Assim, no momento em que comunicou a Nota de Ilícitude à Arguida, a Autoridade omitiu elementos que eram necessários para que aquela conhecesse “a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito”, pelo que tal Nota de Ilícitude é nula, determinando também a nulidade de todos os actos processuais posteriores, nomeadamente a sentença proferida pelo Tribunal a quo que se fundamenta no volume de negócios das associadas da Arguida em 2004, para efeitos de determinação do montante da coima.

42.^a O Tribunal a quo efectua uma incorrecta interpretação jurídica das consequências que resultam da Decisão da Comissão Europeia de 1997, especificamente do facto de uma reabertura do procedimento não prejudicar os efeitos jurídicos da notificação, nomeadamente no que se refere à imunidade em matéria de coimas, consagrada no n.º 5, do artigo 15.º, do Regulamento n.º 17, do Conselho.

43.^a Procedimento de 1997 no qual a Comissão Europeia conclui que o exame por si efectuado não revelou a existência de fundamentos, ao abrigo do n.º 1, do artigo 85.º, para qualquer acção relativamente ao acordo notificado da associação representativa dos agentes de navegação portugueses. Com efeito, as propostas de tabelas de tarifas máximas da associação nacional representativa dos agentes de navegação não foram consideradas, no plano comunitário, como medidas que tivessem por objectivo ou efeito, impedir, restringir, ou falsear a concorrência no mercado comum, nos termos e para os efeitos do n.º 1, do artigo 85.º do Tratado CE (actual artigo 81.º do Tratado CE).

44.^a Destarte, a Autoridade da Concorrência no âmbito da decisão final e o Tribunal a quo na sentença recorrida deviam ter tomado em consideração a apreciação jusconcorrencial que foi realizada pela Comissão Europeia. Para mais quando esta considerou que não havia sequer fundamento para intervir ao abrigo do n.º 1, do artigo 81.º do Tratado CE (comunicando ainda que no caso de uma eventual reabertura de um novo procedimento a associação representativa do sector estaria sempre imune a quaisquer coimas).

45.^a Atento o precedente que resulta da decisão da Comissão Europeia de 1997, a AGEPOR deve ser absolvida do ilícito que lhe é imputado, sob pena de violação do n.º 5, do artigo 15.º do Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho, do princípio non bis in idem, expressamente consagrado no artigo 29.º, n.º 5 da CRP dada a (i) identidade dos factos, (ii) unidade de infractor e (iii) unidade do interesse jurídico protegido; bem como dos princípios da segurança jurídica, da confiança legítima, da prossecução do interesse público, da boa fé, da previsibilidade e do primado do direito comunitário.

46.^a O Tribunal a quo decidiu incorrectamente ao considerar que a matéria analisada pela Comissão Europeia na Decisão de 1997 não coincide com a dos presentes autos, tendo também efectuado uma incorrecta interpretação jurídica das consequências que



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

resultam do Decreto-Lei n.º 76/89, de 3 de Março, dado que, entre o mais, a Arguida elabora e apresenta propostas de tabelas de preços máximos, de natureza não vinculativa, nos termos e para os efeitos do Decreto-Lei n.º 76/89, de 3 de Março.

47.º Subsidiariamente, as propostas de tabelas de preços não afectam, na acepção do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de forma sensível a concorrência, dado que a sentença determina que não foi dado como provado que a AGEPOR tivesse intenção de limitar de forma sensível a concorrência.

48.º Destarte, não se pode sustentar que esteja preenchido o requisito que torna tal comportamento ilícito, dado que o artigo 4.º da Lei da Concorrência exige que o comportamento da Arguida impeça, falseie ou restrinja de forma sensível a concorrência. O Tribunal a quo cometeu, como tal, um erro ao considerar que o tipo estava preenchido quando simultaneamente deu como não provado que o comportamento da Arguida tivesse por efeito ou por objecto impedir, falsear, ou restringir de forma sensível a concorrência, na acepção do artigo 4.º, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, existindo como, tal uma contradição insanável entre a fundamentação e a decisão na acepção do artigo 410.º, n.º 2, alínea b), do CPP, devendo a sentença recorrida ser anulada e substituída por outra que absolve integralmente a AGEPOR.

49.º Sem embargo, a sentença recorrida não identifica qual o peso das 13 empresas associadas da Arguida que alegadamente estiveram envolvidas no ilícito em termos de representatividade no mercado nacional dos agentes de navegação, pelo que, não se sabendo qual o peso das associadas da Arguida que alegadamente adoptaram no mercado nacional dos agentes de navegação as propostas de tabela da Arguida, não é possível aferir se as tabelas tiveram por objecto ou por efeito, impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no mercado nacional.

50.º Subsidiariamente e sem conceder, a alegada consciência da ilicitude das AGEPOR formou-se e consolidou-se ao abrigo do Decreto-Lei 371/93, pelo que, em homenagem ao princípio da culpa, deverá ser este o diploma aplicável à alegada infracção dos presentes autos, entendimento que não foi acolhido na sentença recorrida, a qual aplica o regime sancionatório que resulta da Lei n.º 18/2003.

51.º Qualquer interpretação do artigo 3.º, n.º 1 e 2, do RGCO, no sentido de que a infracção permanente fica integralmente sujeita à lei nova, ainda que mais desfavorável ao Arguido, viola o princípio da culpa, o qual vem consagrado nos artigos 1.º, 2.º, 25.º, n.º 1, 27.º, n.º 1, e 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, todos da CRP, pelo que redunda em norma materialmente inconstitucional.

52.º Inconstitucionalidade essa que se deixa invocada para todos os efeitos legais, tal como já anteriormente exposto na impugnação judicial da decisão da autoridade administrativa e que agora se reitera.

53.º Subsidiariamente e sem conceder, a sentença recorrida efectua uma errada interpretação da forma de cálculo do volume de negócios relevante para efeitos de determinação do valor da coima à luz do artigo 43.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003, dado que sustenta que o volume de negócios a tomar em consideração das empresas associadas que alegadamente participaram no ilícito deve ser aquele que resulta de todas as vendas e prestações de serviços efectuadas pelas empresas associadas da arguida que alegadamente participaram no ilícito, sem autonomizar o volume de negócios que resulta das vendas e prestações de serviços realizadas no mercado alegadamente afectado (in casu, no mercado nacional dos serviços prestados por agentes de navegação).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

54.^a Destarte, tomando em consideração o volume de negócios das 13 empresas tomadas em consideração na sentença recorrida no mercado afectado em 2004, obtém-se o valor de €18.294.838,4 e não – como é erroneamente determinado na sentença recorrida – um volume de negócios global de €59.793.685,4, pois neste último valor consideram-se volumes de negócios que não resultam de vendas ou prestações de serviços no mercado alegadamente afectado,

55.^a sendo que, aplicando-se a percentagem de 0,217%, utilizada na sentença recorrida, a 10% do volume de negócios realizado no mercado no qual a alegada infracção teria ocorrido, o valor máximo da sanção nunca poderia exceder €39.699,79 – tudo em sintonia com o que resulta das “Orientações para o cálculo das coimas” da Comissão Europeia –, isto quando o Tribunal a quo aplicou uma coima de €130.000,00.

56.^a Subsidiariamente e sem conceder, a sentença recorrida não contém suficiente matéria de facto provada para determinar o montante da coima, dado que relativamente a 9 das 13 empresas associadas da arguida consideradas, para efeitos do artigo 43.^º, n.^º 2, da Lei n.^º 18/2003, não identifica quais as tabelas da AGEPOR tomadas em consideração pelas associadas, especificamente (i) o ano da(s) tabela(s) em causa ou (ii) qual o porto(s) em que a(s) tabelas eram aplicadas pelas associadas da Arguida. Isto quando resulta da sentença que existem propostas de tabelas apresentadas pela AGEPOR ao abrigo do regime que resulta do Decreto-Lei n.^º 76/89,

57.^a não se podendo, como tal, afastar a possibilidade, à luz do princípio in dubio pro reo, dessas 9 empresas associadas da Arguida se estarem a referir a essas últimas tabelas, pelo que, para efeitos do artigo 43.^º, n.^º 2, da Lei n.^º 18/2003, não se pode considerar que tais empresas associadas estiveram envolvidas no ilícito imputado à Arguida, devendo o respectivo volume de negócios ser desconsiderado para efeitos de determinação do montante da coima.

58.^a Assim, correspondendo o volume de negócios das restantes 4 empresas associadas da Arguida no mercado afectado a €5.807.523,42 euros, e sendo, para efeitos do artigo 43.^º, n.^º 2, da lei n.^º 18/2003, 10% do referido montante €580.752,34, ao mesmo equivaleria nos termos da sentença condenatória (coima de 0,217% do volume de negócios das empresas associadas envolvidas), uma sanção no valor de €1.260,23 e não de €130.000,00.

59.^a Sem conceder, e mesmo tomando em consideração o volume de negócios global das 4 referidas empresas, sem autonomizar o volume de negócios obtido por essas empresas no mercado supostamente afectado, obter-se-ia um volume de negócios de €18.010.977,54, sendo 10% desse volume de negócios, para efeitos do artigo 43.^º, n.^º 2, da Lei n.^º 18/2003, €1.801.097,75, pelo que o montante da sanção, nos termos da sentença condenatória (coima de 0,217% do volume de negócios das empresas associadas envolvidas), seria de € 3.908,38 e não de € 130.000,00.

60.^a Quanto à valoração jurídica da gravidade da infracção, existe uma contradição insanável da sentença recorrida dado que não se comprehende como podem tabelas de preços “não vinculativas”, tal como reconhecido pelo Tribunal a quo, restringirem simultaneamente a “liberdade dos agentes económicos no mercado definirem a sua política comercial”. Com efeito, se as tabelas não são vinculativas para os agentes de navegação, tal como reconhecido na sentença recorrida, não se pode simultaneamente considerar que as mesmas restringem a liberdade dos agentes de navegação definirem a sua política comercial.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

61.^a Sem conceder, saliente-se ainda que a decisão da Autoridade da Concorrência, não afirma que, em concreto, a apresentação de tabelas de preços máximos não vinculativas, que é especificamente imputada à AGEPOR, seja especialmente gravosa.

62.^a Como tal, conforme referido na impugnação judicial perante o Tribunal a quo, qualquer interpretação do artigo 43.^º, n.^º 2, da Lei n.^º 18/2003 que permita estabelecer, a priori, de forma geral e abstracta, e independentemente do caso concreto, o valor da coima que, em princípio, deve ser aplicada à decisão de uma associação de empresas para a elaboração de propostas de tabelas de preço não vinculativas, é inconstitucional, por violação dos artigos 13.^º e 18.^º, n.^º 2, da CRP – inconstitucionalidade essa que se deixa invocada para todos os efeitos legais.

63.^a Quanto às alegadas vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infracção, os elementos referidos na sentença recorrida e na decisão Administrativa são insuficientes para um leitor médio apreender quais os ganhos da alegada infracção no mercado alegadamente afectado.

64.^a Subsidiariamente ainda, caso se entenda que a AGEPOR praticou uma infracção – o que não se admite como possível – então ter-se-ia de concluir que a mesma apresenta uma gravidade especialmente reduzida, dado que (i) a elaboração de propostas de tabelas de preços pela associação nacional dos agentes de navegação está expressamente prevista no Decreto-Lei n.^º 76/89, (ii) a decisão da Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia considerar a apresentação de propostas de tabelas como não constituindo um ilícito jusconcorrenciais, (iii) têm sido as administrações portuárias a solicitar a apresentação de propostas de tabelas de preço à AGEPOR, (iv) e são as próprias administrações portuárias que as divulgam e publicitam motu próprio, sendo, como tal, de reduzida gravidade, devendo, também por este motivo, a coima ser especialmente atenuada.

65.^a Subsidiariamente ainda, a sentença recorrida não se pronuncia sobre a falta de fundamentação da decisão Autoridade da Concorrência, traduzida na alteração do montante da coima de €19.512,50, no projecto de decisão final, para €195.000,00 na decisão recorrida, o que traduz uma variação de 1000% face ao primeiro valor, razão pela qual, caso se admitisse que a AGEPOR cometeu uma infracção – o que não se concede – a sanção nunca poderia exceder €19.512,50.

Termos em que, concluindo, se solicita ao Tribunal que:

A) Declare a nulidade das provas produzidas, no presente processo, com base nos artigos 17.^º, n.^º 1, alínea a), 18.^º e 43.^º, n.^º 3 da Lei n.^º 18/2003, revogando a sentença recorrida e absolvendo a Arguida, ao abrigo do artigo 75.^º, n.^º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.^º 433/82 (RGCO), e também ao abrigo do artigo 410.^º, n.^º 2, alínea a), do Código de Processo Penal. Caso não se entenda absolver a Arguida (o que não se concede), então, deverá o Tribunal da Relação de Lisboa anular a decisão recorrida e devolver o processo ao tribunal recorrido, ao abrigo do artigo 75.^º, n.^º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.^º 433/82 (RGCO).

B) Caso assim não se entenda, declare a nulidade do presente processo, pelo facto de a Nota de Ilícitude não permitir esclarecer se a responsabilidade contra-ordenacional era imputada à Arguida a título de dolo ou de negligéncia, não alegando factos que pudessem demonstrar ou sequer indicar o dolo ou a negligéncia da Arguida.

C) Caso assim não se entenda, declare a nulidade do presente processo, por invocação tardia de documentação relevante para o exercício do direito de defesa e audição da ora recorrente.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

D) Caso assim não se entenda, declare a nulidade do presente processo, pelo facto de a recorrida ter impedido a Arguida, quer em sede de resposta à Nota de Ilícitude, quer em sede de impugnação judicial, de ter acesso a documentos constantes do processo.

E) Caso assim não se entenda – o que não se admite como possível – que absolva integralmente a AGEPOR, na medida em que não se encontram verificados os pressupostos objectivos e subjectivos do tipo contra-ordenacional em causa.

F) Caso assim não se entenda – o que não se admite como possível – que reduza substancialmente o valor da coima aplicada.

3 – Admitido o recurso por despacho de fls. 7441, respondeu o Ex.mo Magistrado do Mº. Pº. no Tribunal a quo propugnando pelo não provimento do recurso, concluindo da seguinte forma:

1 – As provas obtidas não são nulas por alegada violação do disposto no artº 61 nº 1 c) CPP, atendendo à norma expressa da Lei da Concorrência que determina a obrigação de entrega à AdC de documentos e elementos por esta solicitada, no uso dos seus poderes sancionatórios e de supervisão.

2 – A nota de ilícitude continha todos os elementos, de facto e de direito, que permitiam à recorrente conhecer o ilícito de que era acusada, e a imputação subjectiva da mesma, a título de dolo, tendo sido, aliás, assim por si entendido e respondido.

3 – Não houve invocação tardia, pela AdC, de documentação existente nos autos, e muito menos práticas deliberadas por parte desta entidade para limitar a defesa da recorrente, uma vez que esta teve acesso (e consulta) do processo sempre que assim o desejou, nomeadamente em momento prévio à decisão.

4 – A não disponibilização de documentação existente nos autos, à recorrente, a coberto do dever de confidencialidade que vincula a AdC não conduz automaticamente a uma nulidade do processo, por limitação dos direitos de defesa do arguido.

5 – O processo da Comissão Europeia não ilibou a prática pela qual a recorrente foi condenada neste processo, uma vez que não analisou uma situação similar nem ao nível dos factos nem ao nível da legislação aplicável; apenas referiu, e no âmbito do DL 76/89, que não se pronunciaria sobre o assunto, tratando-se de prática estatal.

6 – Não existiu qualquer incorrecção na apreciação do disposto no DL 78/89, no âmbito do qual podiam ser solicitadas às associações representativas do sector, propostas de tabelas que depois seriam entregues às autoridades portuárias para estas emitirem o seu parecer, a fim de que o Ministro – se assim o entendesse – determinasse a publicação de tabelas de preços, que no caso seriam estatais. O referido diploma não legitima nem nunca legitimou a iniciativa da recorrente em aprovar e divulgar, ela própria, tabelas de preços máximos, entre os seus associados.

7 – Existe afectação sensível da concorrência, pois ficou demonstrado o peso e influência da recorrente no mercado em que opera (a tal correspondem os factos provados nºs 110 e 121); a conclusão de que a afectação da concorrência seria sensível é feita pelo julgador e decorre desse maior ou menor peso no mercado, da percentagem de vendas a que correspondem, etc.

8 – Tratando-se o ilícito dos autos, de uma infracção continuada, iniciada sob um diploma e terminada sob outro (mais severo) é este último que se aplica, pois a infracção apenas neste momento terminou; não se trata de ponderação da culpa ou de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

escolha do regime mais favorável ao arguido, uma vez que este optou por continuar a prática delituosa sob o novo (e mais severo) regime.

9 – Conforme decorre inequivocamente da lei – artº 43 nº 2 da Lei 18/2003 – a coima não deverá exceder 10% do volume de negócios agregado anual das empresas que hajam participado na infracção; e naturalmente atender-se-á ao volume de negócios que tenha resultado provado nos autos.

10 – A sentença qualifica como grave a infracção cometida, não só em termos abstractos, como em termos concretos; ou seja diz que a prévia conformação de preços constitui uma séria limitação da livre escolha por parte dos agentes económicos e também que, no caso, atendendo a que a recorrente representa 80% das empresas do sector dispõe de um peso decisivo entre elas.

11 – As vantagens extraídas pelas empresas que participaram na infracção resultam, como é óbvio do conhecimento antecipado dos preços que as suas "concorrentes" vão praticar o que lhes permite planear a sua actividade comercial com base nessa informação.

4 – De igual forma, respondeu a Autoridade da Concorrência (conf. fls. 7467 a 7551) propugnando pelo não provimento do recurso.

5 - RECURSO INTERLOCUTÓRIO:

Interposto pela arguida, Agepor ao despacho de fls. 6860 a 6862.

Motivação do recurso e conclusões apresentadas pela recorrente:

1. No DESPACHO ora recorrido, o Tribunal a quo entendeu que a confidencialidade dos documentos e informações apenas poderia ser decretada e mantida, face ao disposto no artigo 18.º, n.º 1, alínea d), da Lei da Concorrência, quando os titulares desses mesmos documentos e informações tivessem requerido, de forma fundamentada, a referida confidencialidade.

2. De acordo com o disposto no artigo 32.º, n.ºs 1 e 10, da CRP, nos processos de contra-ordenação, é assegurado ao Arguido todos os direitos de Defesa. Entre o mais, o Arguido deve ter a oportunidade de se pronunciar sobre todos os elementos probatórios que constam do processo e que, eventualmente, já foram ou poderão vir a ser apreciados e valorados pela autoridade administrativa, bem como pelo Ministério Público e pelo Tribunal em sede de impugnação judicial.

3. Qualquer interpretação do artigo 18.º, n.º 1, alínea d), e do artigo 26.º, n.º 5, ambos da Lei da Concorrência, no sentido de que o Arguido possa ser julgado e condenado em processo de contra-ordenação, sem conhecer a totalidade dos elementos probatórios que foram reunidos durante a fase de instrução do processo, e que constam desse mesmo processo, redonda em norma materialmente inconstitucionalidade, por violação do artigo 32.º, n.º 10, da CRP — inconstitucionalidade que se deixa invocada para todos os efeitos legais.

4. Também o Supremo Tribunal de Justiça já defendeu, no Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 1/2003, de 25 de Janeiro, que o Arguido que se está a defender em processo sancionatório deve ter acesso à totalidade dos elementos relevantes para a decisão.

5. Ainda que não se entenda, conforme defendido anteriormente, que a Arguida deve ter acesso a todos os elementos probatórios constantes do processo (o que não se concede), pelo menos, deve-se reconhecer o seguinte: o requerimento fundamentado do titular da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

informação, não basta para que essa mesma informação seja coberta pelo "manto" da confidencialidade.

6. Para se qualificar uma determinada informação como confidencial não basta que o respectivo titular o tenha requerido, de forma fundamentada, sendo necessário, de igual forma, que tal fundamentação seja razoável, verosímil, e suficientemente ponderosa.

7. A qualificação como confidencial de informações prestadas ao abrigo do artigo 18.º da Lei da Concorrência, implica, necessariamente, a ponderação entre dois interesses potencialmente conflituantes: por um lado, o interesse das entidades previstas no artigo 18.º da Lei da Concorrência a garantirem a reserva sobre os seus "segredos de negócio". Por outro lado, o interesse do Arguido em processo de contra-ordenação de exercer o seu direito constitucional de defesa, com a maior amplitude possível.

8. Há que realizar um esforço de concordância prática entre direitos, permitindo salvaguardar, na maior extensão possível, a utilidade de cada um deles.

9. A restrição dos Direitos de Defesa do Arguido não é necessária (nem sequer é proporcional), naqueles casos em que os titulares da informação prestada ao abrigo do artigo 18.º da Lei da Concorrência tiverem requerido a respectiva confidencialidade, mas tiverem apresentado, para o efeito, uma fundamentação desrazoável, inverosímil ou não atendível.

Face ao exposto, deve o DESPACHO ora recorrido ser revogado, na parte em que indefere o acesso da Arguida às fls. fls. 1181 a 1240-A e 1241 da versão confidencial, e substituído por outro que dê acesso à Arguida a todas as folhas do processo.

Caso assim não se entenda (o que não se admite como possível), deve o DESPACHO ora recorrido ser revogado, na parte em que indefere o acesso da Arguida às fls. 1181 a 1240-A e 1241 da versão confidencial, e substituído por outro que, avaliando o mérito da fundamentação do pedido de confidencialidade, determine se a mesma tem suficiente plausibilidade, verosimilhança e razoabilidade.

6 - Admitido o recurso por despacho de fls. 6963, respondeu o Ex.Mo Magistrado do Mº.Pº. no Tribunal a quo, bem como a Autoridade da Concorrência, na forma constante de fls. 7024 e 7001, propugnando pelo não provimento do mesmo.

7 - O Ex.mo Magistrado do Mº.Pº. neste Tribunal não emitiu parecer.

8 - Efectuado o exame preliminar foi considerado haver razões para a rejeição dos recursos por manifesta improcedência (artºs. 412, 414 e 420 nº 1 do C.P.P.), sendo por isso determinada a remessa dos autos aos vistos para subsequente julgamento na conferência. (artº 419 nº 4 – a) do C.P.P.)

9 - Atento que os poderes cognitivos deste Tribunal se confinam á matéria de direito – artº 75 nº 1 do Regime Geral das Contra-Ordenações –, (sem prejuízo da possibilidade de apreciação dos vícios da sentença a que alude o artº 410 nº 2 do C.P.P. e sindicáveis a partir do próprio texto da decisão, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum) e ponderando que o objecto dos recursos é parametrizado, no essencial, pelo teor das conclusões que a recorrente extrai da respectiva minuta – artº 412 nº 1 do C.P.P. ex vi do disposto no artº 74 nº 4 do referido RGCO, importa no caso e tão só examinar a seguintes questões:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A – Recurso Interlocutório: (questão a decidir)

1 – se o despacho recorrido, constante de fls. 6860 a 6862, que determinou a manutenção da confidencialidade de determinadas peças processuais, ao abrigo do disposto no artº 18 nº1 – d) e 26 nº 5 da L.18/2003 de 11/06, viola o disposto no artº 32 da C.R.P.

B - Recurso Principal: (questões a decidir)

a) – nulidade das provas obtidas, por violação do direito ao silêncio, por entender a recorrente, ser inconstitucional a norma que resulta da aplicação conjugada dos artºs. 17 nº 1 – c); 18 e 43 nº 3 da L. 18/2003, por contender com os artºs. 1, 2, 20 nº 4 e 32 nº 2, 8 e 10 da C.R.P.;

b) – nulidade resultante da falta de determinação do tipo subjectivo da infracção imputada.

c) – nulidade do processo, logo em fase administrativa, decorrente da invocação tardia pela autoridade administrativa de documentação constante do processo desde Outubro de 2004;

d) – nulidade do processo decorrente da não disponibilização à recorrente, na fase administrativa, de elementos documentais que já constavam do procedimento quando da resposta à nota de ilicitude e da impugnação judicial.

e) – incorrecta interpretação jurídica das consequências que resultam de um certificado negativo/isenção emitido pela Comissão Europeia ao abrigo do Regulamento (CEE) nº 17;

f-) – determinação da medida da coima aplicada, que a recorrente entende não corresponder ao volume de negócios alcançados, que no seu entender serão de 18.294.838,40 e não 59.793.685,40, a que corresponderia a coima de 39.669,79€.

10 -Vejamos:

Seguindo um critério de lógica e cronologia preclusivas, começaremos por apreciar a questão suscitada no recurso interlocutório, ou seja, se o despacho recorrido, constante de fls. 6860 a 6862, que determinou a manutenção da confidencialidade de determinadas peças processuais, ao abrigo do disposto no artº 18 nº1 – d) e 26 nº 5 da L.18/2003 de 11/06, viola o disposto no artº 32 da C.R.P.

Do despacho recorrido resulta que à recorrente, apenas foi vedado o acesso aos documentos constantes de fls.1181 a 1240-A e 1241-A, por aplicação do disposto nos artºs. 18nº 1 – d) e 26 nº 5 da L. 18/2003 de 11/06.

Entende a recorrente que, por esse facto, foi afectado o seu direito de defesa. Cremos não lhe assistir razão.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Desde logo, porque à recorrente foi-lhe dado conhecimento de todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, tendo sido notificada para exercer o seu direito de defesa e assim o fez, respondendo ao que lhe foi imputado, O facto de existirem documentos nos autos, a que a arguida não teve acesso, não permite concluir sem mais que o seu direito de defesa não foi exercido, tanto que, tal prova documental nem sequer foi determinante, atenta a fundamentação constante da sentença, quanto à fundamentação da matéria de facto, para a sua condenação.

Por outro lado, o direito de confidencialidade de informações e documentos, está expressamente consagrado na Lei da Concorrência – art.º 18º n.º 1 al. d) e 26º n.º 5 e não nos parece que, o mesmo viole o direito de defesa do arguido.

A jurisprudência citada pela recorrente (teor da doutrina que perpassa pelo Assento n.º 1/2003, de 28/11/2002, publicado in D.R. Série I-A, de 25/01/2003) não contempla os casos em que o conhecimento de certos elementos processuais é vedada, por imperativo legal, a certos intervenientes.

De acordo com tal doutrina " I – Quando, em cumprimento do disposto no artigo 50º do RGCO, o órgão instrutor optar, no termo da instrução contra-ordenacional, pela audiência escrita do arguido, notificá-lo-á para – no prazo que o regime específico do procedimento previr ou, na falta deste, em prazo não inferior a dez dias – dizer o que se lhe oferecer (artigo 101º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo).

II – A notificação fornecerá os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito (artigo 101º, n.º 2) e, na resposta, o interessado pode pronunciar-se sobre as questões que constituem objecto do procedimento, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos (artigo 101º, n.º 3)".

Ora in casu, a recorrente tomou conhecimento de todos os aspectos relevantes para a decisão, tendo sido notificada para exercer o seu direito de defesa, o que fez, não havendo, pois, violação de tal direito.(no mesmo sentido, entre outros: (Ac. do TCAS, de 19/11/2002, e Ac. do TCAS, de 11/05/2002, in, www.tca.pt; e Ac. do TCAS, de 24/02/2005, in, www.tca.pt).

Estando o direito de confidencialidade de informações e documentos expressamente consagrado nos artºs. 18 nº 1 – d) e 26 nº 5 da Lei da Concorrência, que obriga a entidade administrativa de guardar e fazer respeitar a confidencialidade das informações prestadas por empresas ou outros intervenientes, o indeferimento da permissão de exame a certos documentos confidenciais, não afecta os direitos de defesa, sobretudo quando se não demonstra, que a decisão condenatória se baseou em tais documentos para fundamentar a existência da infracção.

Em conformidade, mantendo-se o decidido no despacho de fls. 6860 a 6862, improcede nesta parte o recurso interposto pela recorrente, Agepor.

11 - RECURSO PRINCIPAL:

Para a apreciação das questões suscitadas neste recurso, reembremos o teor da decisão condenatória.

O tribunal recorrido, considerou provados os seguintes factos:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Factos provados.

1 - A Agepor - Associação dos Agentes de Navegação de Portugal é uma associação de agentes de navegação, constituída por escritura pública de 11 de Julho de 2000.—

2 - A Agepor tem sede na Rua do Alecrim, n.º 19, Lisboa.—

3 - A Agepor foi constituída como associação sem fins lucrativos, por tempo indeterminado e com âmbito nacional, abrangendo todos os portos marítimos do Continente e das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.—

4 - A Agepor diz ter por missão representar o sector na economia nacional e “tem como grande objectivo conseguir trazer este sector para a influência de decisão das políticas e das estratégias relativamente à actividade marítima portuária em Portugal”.—

5 - A Agepor tem por objectivos, nos termos do art.º 3º dos seus Estatutos:

- defender os interesses dos Agentes de Navegação perante os armadores e transportadores marítimos e perante as entidades portuguesas relacionadas com o transporte marítimo e o comércio internacional e os portos internacionais;
- defender os direitos e legítimos interesses dos Agentes de Navegação associados, bem como os dos armadores e transportadores marítimos de que os mesmos sejam agentes ou representantes;
- defender as actividades marítimas, o transporte marítimo e os portos a nível nacional, promovendo e apresentando os necessários estudos e projectos para esses fins;
- dar parecer sobre os processos de autorização de acesso à actividade de agente de navegação que lhe sejam submetidas nos termos legais e estatutários;
- divulgar entre os associados informações de carácter técnico ou prestar-lhe serviços que interessem ao desenvolvimento da actividade dos Agentes de Navegação;
- promover um código de ética entre os agentes de navegação e estabelecer as normas deontológicas da actividade;
- representar os associados a nível nacional e internacional em tudo o que se relacione com a economia do sector e com a defesa dos seus interesses;
- promover a realização do Congresso dos Agentes de Navegação;
- participar em colóquios, simpósios e outras reuniões nacionais de interesse para os associados, divulgando os respectivos resultados;
- emitir pareceres sobre projectos legislativos relacionados com as actividades incluídas no âmbito do seu objecto;
- definir, verificar e fiscalizar as normas de prestação de serviços dos Agentes de navegação;
- promover acções de formação profissional e pugnar pela qualidade dos serviços prestados pelos agentes de navegação e pelo cumprimento das suas normas deontológicas...—

6 - Nos termos do art.º 7º dos estatutos da Agepor:

“1 - São direitos dos associados:

- a) Participar e votar nas Assembleias Gerais e Conselhos Locais;
- b) Eleger e ser eleitos para os órgãos sociais (...);

7 - Nos termos do art.º 12º dos estatutos da Agepor:

“1 - Os membros dos órgãos sociais são eleitos por 3 anos contados a partir de 1 de Janeiro do ano em que começa a decorrer o triénio.

2 - Nenhum associado pode ser eleito para o exercício simultâneo de mais de um cargo nos órgãos electivos.

3 - A Comissão Executiva e o Conselho Nacional não são órgãos electivos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4 - As pessoas colectivas eleitas para os órgãos sociais devem nomear um dos seus gerentes ou administradores ou um outro representante de reconhecida idoneidade para exercer o cargo em nome próprio".--

8 - Os agentes de navegação comercializam os seus serviços aos armadores/transportadores marítimos e aos carregadores (importadores/exportadores) de mercadoria.—

9 - Os armadores/transportadores marítimos, os agentes de navegação comercializam os seus serviços em duas vertentes distintas:

- por um lado, prestam todo o apoio e assistência necessária à estadia do navio no porto e à respectiva tripulação, zelando pelos seus interesses;
- por outro actuando em nome e por conta do armador, prestam aos carregadores (importadores/exportadores) das mercadorias todos os serviços necessários relacionados com a actividade de angariação de carga para os navios que lhe são consignados.—

10 - Os agentes de navegação podem ainda comercializar, de forma independente, aos carregadores (importadores/exportadores) da mercadoria, determinados serviços relacionados nomeadamente, com o transporte de carga, quando os mesmos não estão previstos no valor do frete negociado com o armador.—

11 - Os serviços prestados pelos agentes de navegação quer aos armadores/transportadores marítimos, quer aos carregadores de mercadoria, são efectuados em portos nacionais, podendo os mesmos exercer a sua actividade simultaneamente em mais de um porto, sem qualquer restrição, para além de necessitarem de obter uma licença junto das administrações portuárias de cada porto.—

12 - A larga maioria dos agentes de navegação, actualmente autorizados, está licenciada em mais do que um porto nacional, aí tendo as suas instalações, equipamento e pessoal permanente.—

13 - A prestação do serviço de agente de navegação é efectuada por 120 empresas autorizadas pelo Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos.—

14 - Estas empresas encontram-se reunidas em associações do sector (Agepor), associações que abarcam outras actividades (AOPS e ANESUL) ou não filiadas em qualquer associação.—

15 - A Agepor tem, desde a sua constituição, como seus associados a quase totalidade dos agentes de navegação autorizados pelo Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos.—

16 - Por reunião das antigas associações - APAN - Associação Portuguesa dos Agentes de Navegação e Agenor - Associação dos Agentes de Navegação do Norte de Portugal - a Agepor acolheu 68 ex-associadas da APAN e 59 ex associadas da AGENOR.—

17 - Apenas 7 associadas da Agenor não transitaram como associadas da APAN e da AGENOR.—

18 - A AGEPOR reunia 98 associadas em 2003 e 102 em 2004.—

19 - A AGEPOR representa mais de 80% dos agentes de navegação a operar nos portos nacionais.—

20 - A arguida é uma associação com âmbito nacional, cujas associadas, no seu conjunto, operam em todos os portos marítimos do continente e das regiões autónomas dos Açores e da Madeira.—

21 - A Associação Marítima e Portuária do Sul - AOPS - possui 2 agentes de navegação suas associadas.—



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 22 – A Associação dos Agentes de Navegação e Empresas Operadoras Portuárias – ANESUL – tem como suas associadas 2 empresas de agentes de navegação, sendo uma delas também associada da AGEPOR.—
- 23 – Existem outros agentes de navegação não filiados em qualquer associação.—
- 24 – A procura dos serviços prestados pelos agentes de navegação é constituída pelos armadores/transportadores marítimos, por um lado e pelos carregadores (importadores/exportadores) de mercadoria por outro.—
- 25 – A Agepor elabora, aprova, publica e divulga anualmente, desde a sua constituição, tabelas indicativas de preços máximos de serviços prestados pelos agentes de navegação nos portos de Sines, Lisboa, Aveiro, Leixões e Viana do Castelo, Figueira da Foz, Açores e Setúbal.—
- 26 – A empresa Trana – Agentes de Navegação L.da é associada da AGEPOR.—
- 27 – Esta informou a Autoridade da Concorrência, a solicitação da mesma que observou “o princípio dos preços, das tabelas máximas, divulgados pela Agepor”.—
- 28 – ... Utilizando tabelas publicadas pela mesma.—
- 29 – A Portmar – Agência de Navegação L.da é associada da AGEPOR.—
- 30 – Esta informou a Autoridade da Concorrência, a solicitação desta que, “como valores meramente indicativos, recorre por vezes à proposta de tabela de preços máximos indicada anualmente pela AGEPOR”.—
- 31 – Disse ainda “os valores cobrados pela prestação dos nossos serviços é ... negociado entre as partes”.--
- 32 – A David José de Pinho, Filhos L.da é associada da AGEPOR.—
- 33 – Esta a solicitação da Autoridade da Concorrência informou: “Não obstante a existência de tabelas orientadores de valores máximos a praticar pelos agentes de navegação, divulgadas anualmente pela associação da classe (...), na prática não é possível pautar a nossa prestação de serviços em valores uniformes e pré-definidos”.—
- 34 - A Aveifoz – Agência de Navegação L.da é associada da AGEPOR.—
- 35 – Esta, a solicitação da Autoridade, informou que os preços praticados por esta empresa “são os do mercado e de acordo com a tabela da Assoc. Agentes de Navegação”.—
- 36 – A ICC/ Agência de Navegação e de Transportes Terrestres L.da é associada da AGEPOR.—
- 37 – Esta informou, a Autoridade da Concorrência, a solicitação desta, que: “temos o cuidado de respeitar os valores máximos fixados nas tabelas da AGEPOR”.—
- 38 – A Willie – Portuguesa Navegação L.da é associada da AGEPOR.—
- 39 – Esta informou a Autoridade de Concorrência, a solicitação desta, que as tabelas de preços praticados pela empresa, nos anos de 2001, 2002 e 2003, nos portos de Lisboa, Aveiro e Leixões, foram os recomendados pela arguida.—
- 40 – A Ibero Linhas Transportes Limitada é associada da AGEPOR.—
- 41 – Esta informou, a Autoridade da Concorrência, a solicitação desta, que: a tabela de preços “praticada nos anos de 2001, 2002 e 2003 está conforme os termos do Dec-lei 76/89 de 3 de Março (...) que institui os valores máximos a praticar e que são divulgados pela nossa associação após análise e aprovação da Autoridade Portuária”.—
- 42 – e que “os valores que praticamos com os nossos clientes são acordados caso a caso, em Lumpsum ou Forfait, isto mais por imposição do poder negocial dos clientes em função da concorrência existente no mercado que, no nosso sector, é bastante acentuada. No entanto são sempre respeitados os limites fixados nas tabelas”.—



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 43 – A Keller Marítima – Agência de Navegação L.da é associada da AGEPOR.—
- 44 – A Euroline – Navegação e Afretamentos L.da é associada da AGEPOR.—
- 45 – Esta informou a Autoridade da Concorrência, a solicitação da mesma, que “orienta-se pelas tabelas máximas publicadas pelas associações do sector (Agenor +Agepor).—
- 46 – A Garland Navegação L.da é associada da AGEPOR.—
- 47 – Esta informou, a Autoridade da Concorrência, a solicitação desta, que praticou preços de serviços “dentro dos limites das tabelas máximas previstas no Dec.-Lei n.º 76/89 de 03.03”;
- 48 - acrescentando que “... mas na prática são determinados em função igualmente de negociação dos serviços prestados a esses clientes”.—
- 49 – A Guinave Sociedade de Navegação Guimarães L.da é associada da AGEPOR.—
- 50 – A Transinsular (Porto) Agente de Navegação L.da é associada da AGEPOR.—
- 51 – Esta empresa informou a Autoridade da Concorrência de que “esta empresa está subordinada ao regime de preços máximos, pelo que, quando presta qualquer serviço, esporadicamente, a outras entidades que não o seu accionista principal pratica preços inferiores às tabelas aprovadas pelas autoridades portuárias”.—
- 52 – A Barwil – Knudsen Agente de Navegação L.da é associada da AGEPOR.—
- 53 – Esta informou a Autoridade da Concorrência que adoptou como suas as tabelas de preços da arguida.—
- 54 – A Pinto Bastos IV, Serviços Marítimos L.da é agente de navegação associado da AGEPOR.—
- 55 – Na tabela de preços da associada Pinto Bastos IV, Serviços Marítimos L.da, em 2003, no Porto de Lisboa, dos 49 preços dos serviços prestados pela associada, 48 coincidiam ao centímo com os correspondentes aos mesmos serviços na tabela publicada pela arguida.—
- 56 – O mesmo com as tabelas relativas ao Porto de Leixões para o ano de 2002.—
- 57 – E também com as tabelas:
Porto de Leixões 2003;
Sines 2001;
Setúbal 2001;
Sines 2002;
Lisboa 2001;
Setúbal 2002;
Sines 2003;
Lisboa 2002;
Setúbal 2003, nas quais, quer o nome dado aos serviços prestados, que a ordem pela qual surgiam, quer os preços dos mesmos eram coincidentes.—
- 58 – A Navex – Empresa Portuguesa de Navegação S.A é associada da AGEPOR.—
- 59 – Esta empresa utilizou as tabelas de preços máximos da arguida.—
- 60 – Nas suas tabelas esta associada reproduzia, em regra e para os mesmos anos, os preços que constavam da tabela da arguida.—
- 61 – A Navex tinha tabelas de preços de prestação de serviços para Lisboa nos anos de 2001, 2002 e 2003, nas quais apenas dois dos dez valores apresentados não coincidiam com as tabelas da AGEPOR.—
- 62 – A mesma associada apresentava, para a zona norte, e para os anos de 2001, 2002 e 2003, uma tabela em que 22 dos 23 serviços disponibilizados tinham preços



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

coincidentes, ao centímo, com os publicitados pela arguida nas suas tabelas para os mesmos anos.—

63 – A Associada Burmester & Stuve Navegação S.A adoptou tabelas em que para o porto de Leixões, para o ano de 2003, apenas um preço dos serviços prestados era diferente em 70 centímos dos preços indicados pela tabela divulgada pela AGEPOR.—

64 – A única rubrica nova incluída na tabela desta associada para o porto de Leixões para o ano de 2003, respeitava à atribuição de contentores e fornecimento de um selo de segurança no valor de € 5,00, quando nos anos anteriores este não constava.—

65 – Ainda no ano de 2003, mas para o porto de Viana do Castelo, esta associada praticou preços cujas rubricas coincidiam, no teor e valores, com os da tabela da arguida em 3 das 4 categorias apresentadas, sendo que a restante se afastava 70 centímos dos valores constantes das tabelas da arguida.—

66 – No que respeita ao ano de 2002, os preços praticados no porto de Leixões por esta associada eram todos exactamente iguais, coincidindo ao centímo - € 24,15 por contentor para remessas de 1 contentor; € 13,40 por contentor e por remessas de 2 a 5 contentores; € 11,60 por contentor para remessas acima de 10 contentores, com aqueles que constavam nas tabelas da arguida.—

67 – Nesse mesmo ano, nos portos de Viana do Castelo e Aveiro, 6 dos 8 preços eram idênticos na tabela desta associada aos constantes da tabela publicada pela arguida.—

68 – Todos os preços dos serviços prestados por esta associada no porto de Lisboa, no ano de 2001, eram coincidentes, com excepção de 1 que se apresentava diferente, com os preços circulados pela AGEPOR.—

69 – Para os Portos de Leixões, Viana do Castelo e Aveiro, nesse mesmo ano de 2001, os preços dos serviços prestados por esta associada eram idênticos em 11 dos 14 preços aos das correspondentes tabelas da arguida.—

70 – Para os mesmos portos, os três preços diferentes dos constantes da tabela circulada no ano de 2001, diziam respeito à rubrica “ controlo e verificação da descarga e do conhecimento de embarque” que apresentava um valor de 2.750\$00 por B/L.—

71 – Este valor era no ano seguinte de € 34,00.—

72 – Este valor superior em 147% ao preço praticado no ano anterior coincidia com o preço máximo indicado pela arguida no ponto 5 da sua circular n.º 003/02.—

73 – A empresa Mediterranean Shipping Company (Portugal) S.A é associada da Agepor.—

74 – A fixação dos preços dos serviços de agente de navegação que prestava decorria da tabela publicada pela arguida.—

75 – A Seaport – Sociedade Europeia de Actividades Portuárias L.da, não é associada da Agepor.—

76 – Esta utilizava a tabela de preços publicada pela arguida para os serviços prestados nos portos de Lisboa e Aveiro.—

77 – A Marax – Comércio Marítimo e Fluvial L.da não é associada da Agepor.—

78 – Esta informou a Autoridade, a solicitação desta, que utilizava a tabela da associação que indicava os valores máximos que podiam ser cobrados aos armadores estrangeiros.—

79 – Negociando os preços caso a caso, tendo sempre como limite máximo de valor a cobrar os constantes das tabelas da arguida.—



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 80 – Outra empresa não associada da Agepor, a Logimaris – Logística e Navegação L.da, apresentava tabelas de preços dos serviços que prestou nos anos de 2001, 2002 e 2003 muito próximos dos que eram divulgados nas tabelas da arguida.—
- 81 - Negociando os preços caso a caso, tendo sempre, como limites máximos, de valor a cobrar, os constantes das tabelas da arguida.—
- 82 – Esta empresa copiava, das tabelas divulgadas pela arguida, os nomes dados aos serviços que prestava.—
- 83 – Praticava preços de tabela muito próximos, para os mesmos serviços, dos preços indicados pela arguida nas suas tabelas de preços máximos.—
- 84 – Os preços praticados por esta empresa apresentavam desvios padronizados em relação aos preços da tabela da arguida.—
- 85 – No ano de 2001, os preços praticados pela Logimaris – para os mesmos tipos de serviços que os apresentados nas tabelas da Agepor – apresentavam, em regra, diferenças percentualmente uniformes aos preços constantes da tabela indicativa divulgada pela arguida, entre 3% e 4%.—
- 86 – No ano de 2002, os preços praticados pela Logimaris, para os mesmos tipos de serviços que os apresentados nas tabelas da Agepor, apresentavam decréscimos sistemáticos, da ordem de 6% a 7% em relação aos preços constantes da tabela indicativa divulgada pela arguida.—
- 87 – No ano de 2003, os preços praticados por esta empresa, para os mesmos tipos de serviços que os apresentados nas tabelas da Agepor, apresentavam, em regra desvios percentuais uniformes, na ordem de 9% a 10%, relativamente aos preços constantes da tabela indicativa divulgada pela arguida para o mesmo ano.—
- 88 – A Afonso H. O' Neill & C^a L.da não é associada da Agepor.—
- 89 – Esta empresa, informou a autoridade, a solicitação desta, que: “Os preços dos serviços foram fixados (...) e continuam a ser fixados, caso a caso por negociação com os armadores de cada navio agenciado, tendo em conta a natureza e dimensão dos serviços requeridos em cada caso e naturalmente os preços do mercado por referência à tabela de preços máximos da associação dos agentes de navegação”.—
- 90 – A Seamaster – Agentes de Navegação L.da não é associada da Agepor.—
- 91 – Esta utilizava as tabelas da arguida para a fixação dos serviços que prestava no porto de Lisboa.—
- 92 – A Multinave, Agência de Navegação S.A, não é associada da Agepor.—
- 93 – Esta utilizou as tabelas da arguida no modo de determinação dos preços dos serviços que prestava.—
- 94 – No ano de 2001 esta empresa utilizou a tabela da Agepor, copiando quer as rubricas dos serviços prestados, quer a ordem pela qual os mesmo apareciam, quer ainda os escalões de medida utilizados nas tabelas da arguida.—
- 95 – Nesse mesmo, a Multinave determinou os seus preços, com reduções fixas e uniformes da ordem dos 3% a 4% em regra, em relação aos que constavam da tabela indicativa da arguida.—
- 96 – No ano de 2002 a Multinave praticou preços muito semelhantes ao limite máximo indicado na tabela da arguida, com diferenças referentes a arredondamentos para a unidade imediatamente inferior.—
- 97 – No ano de 2003 a Multinave adoptou na íntegra, e ao centímo, os preços indicados na tabela da arguida.—



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

98 – No ano de 2001 a tabela de preços da Agepor, para o Porto de Lisboa, apresentava na rubrica “Attendance to personnel off port limits” o preço de 20.650\$00 (€ 103,00).—

99 – Para o mesmo ano a tabela de preços da Multinave apresentava para a rubrica “Assistência à tripulação fora dos limites do porto” o preço de 1.000\$00 (€ 4,99).—

100 – O que representava uma redução de 95% em relação ao preço da tabela da Agepor.—

101 – Para o ano de 2002 a tabela da Agepor passou a prever para “attendance to personnel off port limits” € 106,61, como preço máximo indicativo.—

102 – Para esse mesmo ano a empresa Multinave passou a cobrar, pela sua tabela de preços, € 106,00 (21.251\$00) para o serviço de assistência à tripulação fora dos limites do porto”.—

103 – O que representou um aumento de preço desse serviço de 2.025%.—

104 – Preço esse que apresentava apenas uma diferença de 1% em relação ao preço indicado para esse serviço na tabela da arguida.—

105 – Para o ano de 2003 a tabela da Agepor passou a prever para esse serviço o preço de € 110,34.—

106 – A empresa Multinave passou a cobrar pela sua tabela o preço de € 110,34 por esse serviço.—

107 – Passou a cobrar preços em todas as rubricas da sua tabela de preços, iguais ao centímo àqueles que a arguida indicava para este ano para o mesmo porto de Lisboa.—

108 – Continuando nesse ano a não ser associada da arguida.—

109 – Foram contactadas e responderam à Autoridade da Concorrência 27 dos agentes de navegação associados da arguida, pelo critério de maior número de navios agenciados e maior número de portos onde operam.—

110 - A arguida conhecia os efeitos e influência que as suas tabelas, exerciam sobre as suas associadas.--

111 – São as associadas da arguida que, quando eleitas directa ou indirectamente, ocupam e exercem as funções nos órgãos sociais da arguida – A Assembleia Geral, os Conselhos de Agentes Locais, os Delegados Locais, o Conselho Nacional, a Comissão executiva e o Conselho Fiscal....

112 – As pessoas colectivas eleitas para os órgãos sociais devem nomear um dos seus gerentes ou administradores ou um outro representante de reconhecida idoneidade para exercer o cargo em nome próprio.—

113 – A arguida tem divulgado as suas tabelas de preços às autoridades portuárias a solicitação destas, no caso da Administração do Porto de Sines, quer por sua iniciativa, no caso da Administração do Porto de Lisboa.—

114 – A Administração do Porto de Sines em 2002, solicitou à Agepor, por telecópia: “Para efeitos do art.º 15º do Dec.-Lei 76/89 de 03. de Março, que aprovou o Estatuto do Agente de Navegação, alterado pelo art.º 1º do Dec.-Lei 148/91 de 12 de Abril, solicitamos a V. Exas. que se dignem enviar a esta autoridade portuária a v/proposta de tarifas máximas a aplicar em 2003”;

115 – O pedido foi reiterado por telecópia de 06.12.2002.—

116 – A Administração do Porto de Sines requereu à Agepor, por telecópia de 25 de Outubro de 2004, sob a epígrafe “Tabela de tarifas Máximas a aplicar pelos agentes de navegação”, a proposta de tabela de tarifas máximas a aplicar no ano de 2005.—

117 – A mesma administração solicitou à Agepor por telecópia de 21.11.2005 a proposta de tarifas para o ano de 2006.--



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

118 – O Ministro responsável pelo sector nunca fixou quaisquer tabelas a aplicar pelos agentes de navegação

119 - A arguida conhecia as disposições legais que proíbem a fixação de preços e o disposto no Dec.- Lei 76/89 de 03.03.—

120 – mesmo assim de forma livre, voluntária e, por sua iniciativa junto das suas associadas a arguida elaborou, aprovou e divulgou tabelas de preços máximos, relativas aos serviços prestados pelos agentes de navegação.—

121 – tendo consciência dos efeitos deste seu comportamento no mercado em causa, como consequência necessária da sua conduta.--

122 – As associadas da arguida a seguir indicadas apresentaram em 2004, um volume de negócios de:

- Trana – Agentes de Navegação L.da – € 1.863.514,50;
- Portmar – Agência de Navegação L.da - € 4.293.534,85;
- David José de Pinho, Filhos L.da € 13.399.038,00;
- Aveifoz – Agência de Navegação L.da - € 863.552,21;
- ICC – Agência de Navegação e Transportes Terrestres L.da € 1.610.258,71;
- Willie – Portuguesa Navegação L.da - € 1.378.417,98;
- Ibero-Linhas Transportes Limitada - € 373.850,26
- Keller Marítima – Agência de Navegação L.da (não informou no processo administrativo);
- Euro-Line – Navegação e Afretamentos L.da – € 2.077.608,71;
- Garland Navegação L.da – € 9.795.679,40;
- Guinave, Sociedade de Navegação de Guimarães L.da – € 734.644,98;
- Transinsular (Porto) Agente de Navegação L.da - € 1.435.903,43;
- Barwil – Knudsen Agente de Navegação L.da € 22.316.428,00;
- Pinto Bastos IV, Serviços Marítimos L.da - € 1.235.044,00;
- Navex – Empresa Portuguesa de Navegação S.A - € 14.248.612,56;
- Burmester & Stuve Navegação S.A - € 1.148.903,00;
- Mediterranean Shipping Company (Portugal) S.A - € 1.445.912,64.--

123 - A Direcção Geral de Concorrência e Preços, por carta de 20 de Junho de 1994, com a refº DS4/IPProc.03-93, sob a epígrafe “comunicação”, proc. n.º 03-93 notificou a Apan nos seguintes termos: “Nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 46º do Dec.-Lei 433/82 de 27.10, comunica-se a V. Exª a decisão de arquivamento do processo de contra-ordenação acima referido, em conformidade com o Despacho da senhora Subdirectora-Geral de Concorrência e Preços, datado de 14.06.94”.—

124 – A Comissão Europeia, Direcção-Geral da Concorrência dirigiu, em 13.12.1993 à Apan, uma carta com a refº “D/04784”, sob a epígrafe “Quadro de tarifas de agência”, na qual refere: “Chegou ao nosso conhecimento que alguns Estados-membros da Comunidade Europeia, certas organizações, tal como a Associação Portuguesa dos Agentes de Navegação, procedem à publicação de tarifas relativas aos serviços prestados pelos seus membros.(...)”

Caso se verifique uma infracção ao n.º 1 do art.º 85º e não tenha sido apresentado à comissão o pedido de isenção individual previsto no n.º 3 do art.º 85º, podem ser aplicadas coimas às partes no acordo(...).—

Nessas circunstâncias muito agradecia a V.Exas que informassem se a Associação Portuguesa dos Agentes de Navegação publica actualmente um quadro de tarifas para os serviços prestados pelos seus membros e, em caso afirmativo, as condições em que esse



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

quadro é publicado, tais como as condições de participação e a constituição da Associação Portuguesa dos Agentes de Navegação (...).—

125 – A Apan, apresentou, em 4 de Fevereiro de 1994, junto da Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia um pedido de certificado negativo/isenção nos termos previstos no art.º 2º do Regulamento n.º 17 do Conselho de 6 de Fevereiro de 1962, relativo à aplicação do n.º 1 do art.º 85º do Tratado CEE:—

126 – O pedido foi objecto de uma adenda, apresentada pela Apan em 31 de Maio de 1994.—

127 – O pedido de certificado negativo/isenção formulado pela Apan teve por objecto “uma proposta de preços máximos, celebrada de acordo com o disposto no art.º 15º do Dec.-Lei 76/89 de 03.03, com a redacção que lhe foi dada pelo Dec-Lei n.º 148/91 de 12.04”.—

128 – No pedido efectuado pela Apan perante a Comissão Europeia é ainda dito que “O objectivo do acordo é proporcionar aos associados da Apan uma base para as negociações com os armadores por si representados (...).

Não comporta quaisquer medidas susceptíveis de serem tomadas contra as empresas participantes.

Com efeito, trata-se de mera proposta de preços máximos conforme o art.º 15º do Dec.-Lei 76/89 para os serviços prestados pelos associados da Apan e que servem de base para negociações de contratos de agência com armadores por eles representados.

O acordo diz respeito a prestações de serviços entre Estados-membros e entre um Estado-membro e Estados terceiros.

O n.º 1 do art.º 85º não é aplicável porquanto tratando-se, como se trata, de preços máximos, não podem de forma alguma falsear a concorrência, antes a incentiva, já é dada aos associados a liberdade de praticarem os preços que entenderem por convenientes.

Alias, como já se disse, a fixação pelo ministro responsável pelo sector marítimo, sob proposta da respectiva associação e parecer da autoridade portuária de tabelas de tarifas máximas a aplicar pelos agentes de navegação encontra-se prevista no art.º 15º do Dec.-Lei 76/89 de 03.03 (...).—

E mais, se a Associação não apresentar qualquer proposta, aquele membro do Governo poderá fixar a referida tabela, mediante proposta elaborada pela autoridade portuária (...).

Com efeito, como acima se referiu, não existe qualquer sanção prevista pelo facto de os agentes de navegação associados não praticarem aqueles preços”.--

129 – Como anexo ao pedido formulado foi apensada, nomeadamente: a lista das empresas associadas da Apan, a “table de services” da Apan, relativa ao ano de 1994.-

130 – A Direcção Geral da Concorrência da Comissão Europeia, por carta de 08.12.1997, com a ref. 2D/17614”, sob a epígrafe “Processo n.º IV/35.182 – Apan – Tarifas de Agência Notificação de 4 de Janeiro de 1994”, notificou a APAN dizendo: Em referência ao assunto em epígrafe e com base nas informações fornecidas e na notificação do acordo, bem como em documentos recebidos posteriormente, a Direcção Geral da Concorrência terminou o exame deste processo.

Tratando-se de uma medida estatal, este exame não revelou a existência de fundamentos, ao abrigo do n.º 1 do art.º 85º, para qualquer acção por parte da Comissão relativamente ao acordo notificado.

O processo é portanto encerrado.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Contudo, poderá ser reapreciado se a situação de facto ou de direito se alterar no que diz respeito a qualquer aspecto essencial do acordo que afecte a sua apreciação.— Naturalmente, qualquer reabertura do processo não prejudicará os efeitos jurídicos da notificação, nomeadamente no que se refere à imunidade relativa às coimas previstas no n.º 5 do art.º 15 do regulamento n.º 17 do Conselho".—

131 – A Administração do Porto de Sines no portal <http://www.portodesines.pt/pls/waps> portal/ go (15.12.2004), disponibiliza a proposta de tarifário de "Agency Fees" da Agepor referente ao ano de 2004.—

132 – A Administração do Porto de Lisboa, no portal <http://www.portodelisboa.com/indexp.html>. (15.12.2004) divulga a tabela de "Agency fees de 2004 da Agepor.—

133 – A Autoridade Portuária de Setúbal e Sesimbra, no portal <http://www.portodesetubal.pt/Agepor2002.pdf> (15.12.2004) difunde a tabela de "Agency Fees" da Agepor relativa ao ano de 2004.—

134 – As tabelas de preços máximos da Agepor não têm carácter vinculativo para as empresas associadas.—

135 – Na Bélgica a "NAVES – National Federation of Associations of Ship's Agents and Brokers" publicita tabelas de tarifas máximas:—

136 – Na Alemanha a "German ShipBrokers' Association – Mittelstandvereinigung im Zentralverband Deutscher Schifsmakler e.V" publicita tabelas de tarifas máximas:—

137 – Na Irlanda a "Irish Ship Agents' Association" publicita tabelas de tarifas máximas.—

138 – Em Malta a "Valletta – Association of Ship Agents" publicita tabelas de tarifas máximas.—

139 – Na Polónia a "Polish Ship Brokers' Association" publicita tabelas de tarifas.—

140 – Na Islândia, Croácia e Chipre as respectivas associações de agentes de navegação publicitam tabelas de tarifas.---

141 – Assim como na África do Sul, Japão, e Canadá.—

142 – Sendo ainda tabelas de tarifas recomendadas apresentadas pelas respectivas associações nacionais de agentes de navegação, nomeadamente nos seguintes países: Argentina, Antilhas Holandesas, Aruba, Brasil, Singapura, China, Egipto, Índia, Israel, Malásia, Namíbia, Nova Caledónia, Nova Zelândia, Panamá, Quénia, Peru, República Dominicana, Trindade e Tobago, Angola, Gabão, Turquia, Togo, Filipinas, Tailândia, Ucrânia, Uruguai.—

143 – No decurso do processo administrativo a Agepor – Associação dos Agentes de Navegação de Portugal prestou à Autoridade da Concorrência todas as informações e documentação que lhe foi solicitada. ---

144 – Não são conhecidos antecedentes contra-ordenacionais à arguida. ---

Factos não provados.—

1 – O volume de negócios estimado do sector dos agentes de navegação realizado no ano de 2003 foi de € 189 608 127.—

2 - A Portmar utiliza como suas as tabelas anuais publicadas pela arguida.—

3 - A associada Keller Marítima – Agência de Navegação L.da utilizou as tabelas de preços máximos fornecidas pela arguida.---



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4 - A Guinave Sociedade de Navegação Guimarães L.da, para conformação dos preços dos serviços que presta utilizou as listas indicativas emitidas pela associação do sector.--
5 - A Apan, no âmbito da instrução do procedimento de contra-ordenação n.º 03/93, aberto pela então Direcção Geral da Concorrência e Preços, com base em alegada infracção das disposições do Dec.-Lei 422/83 de 03.12, prestou declarações junto da DGCP, relativamente às tabelas de tarifas que elaborou e facultou aos seus associados.—

6 - Tendo nesse âmbito prestado declarações junto da DGCP várias empresas associadas e não associadas da Apan sobre as referidas tabelas.--

7 - Na instrução do processo foram contactados e responderam agentes de navegação que representaram no ano de 2003, um volume de negócios de € 155. 358.166,54.--

8 - O volume dos 17 agentes de navegação associados da arguida referidos em 122 dos factos provados, em 2003, corresponde ao montante de € 122 025 172, 82.—

9 - A 27º das maiores associadas da arguida contactada pela Autoridade da Concorrência realizou em 2003 um volume de negócios de € 199.876,7.—

10 - As restantes 71 associadas não representaram, nesse ano, cada uma, um volume de negócios superior a 199.876,7.—

11 - De entre as 22 empresas não associadas da arguida, as treze maiores empresas, das contactadas pela Autoridade da Concorrência, representaram em 2003, um volume agregado de negócios de € 11.852.876, 87.—

12 - O volume de negócios da 13º maior empresa foi, em 2003, de € 911.759,77.—

13 - As restantes 9 não associadas da arguida, pela sua dimensão, nunca poderiam reunir, em conjunto, um volume de negócios superior a € 20.058. 714,7.—

14 - Para além do referido em 110 e 121 dos factos provados que a arguida tivesse intenção de limitar de forma sensível a concorrência entre os seus membros.—

Consta da Sentença a seguinte FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO SOBRE A MATÉRIA DE FACTO:

A nossa convicção sobre a matéria de facto resultou, da análise da prova documental junta aos autos em conjugação com a prova testemunhal produzida em audiência de julgamento, mais precisamente:

Factos provados:

1º - fls. 34 a 55 do processo administrativo (Estatutos).---;

2º - fls. 35 do processo administrativo (Estatutos);

3º - fls. 35 do processo administrativo (Estatutos);

4º - fls. 30 do processo administrativo (informação prestada pela arguida na internet)

5º - fls. 35 e 36 do processo administrativo (Estatutos);

6º e 7º - fls. 37 a 40 do processo administrativo (Estatutos);

8, 9, 10, 11 e 12 - nas declarações de todas as testemunhas que explicitaram a actividade dos agentes de navegação, o seu âmbito de actuação e na informação prestada pelo Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos

13 - fls. 106 a 109 do processo administrativo (informação prestada pelo Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos).--

14 - fls. 78 e segs do processo administrativo - lista dos agentes de navegação.--

15 - fls. 801 e segs do processo administrativo- lista nacional de agentes de navegação.—



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

16 a 19 – fls. 1884 a 1888 – do processo administrativo - resposta nota de ilicitude.—
20 – fls. 35 do processo administrativo – estatutos.—
21 a 23 – fls. 78 e segs processo administrativo - lista de agentes de navegação –
24 – declarações das testemunhas que referiram o âmbito de actuação dos agentes de
navegação.—
25 – fls. 10 a 27; 97 a 105; 267 a 299; 356 a 409; 520 a 800; 825 a 830; 1253-A; 1283 a
1368; 1657 a 1675; 1681 a 1724 do processo administrativo – tabelas.—
26 – fls. 802 e 808 – processo administrativo – lista de agentes de navegação.—
27 e 28 – fls. 249 a 264 do processo administrativo – resposta à autoridade;
29 – fls. 801 a 816 do processo administrativo – lista de agentes de navegação;
30 e 31 – fls. 266 do processo administrativo – resposta à autoridade;
32 – fls. 801 a 816 do processo administrativo – lista de agentes de navegação;
33 – fls. 302 do processo administrativo – resposta à autoridade;
34 – fls. 801 a 816 do processo administrativo – lista dos agentes de navegação;
35 – fls. 314 do processo administrativo – lista dos agentes de navegação;
36 – fls. 801 a 816 do processo administrativo – lista dos agentes de navegação;
37 – fls. 318 do processo administrativo – resposta à autoridade;
38 – fls. 801 a 816 do processo administrativo – lista dos agentes de navegação;
39 – fls. 335, 349 a 409 do processo administrativo – resposta à autoridade;
40 – fls. 801 a 816 do processo administrativo – lista dos agentes de navegação;
41 e 42 – fls. 817 do processo administrativo – resposta à autoridade;
41 e 42 – fls. 817 – resposta à autoridade da concorrência.—
43 e 44 – fls. 810 a 816 processo administrativo – lista agentes de navegação;
45 – fls. 831-A processo administrativo – resposta à autoridade;
46 – fls. 801 a 816 processo administrativo – lista dos agentes de navegação;
47 e 48 – fls. 833 do processo administrativo – resposta à autoridade;
49 e 50 – fls. 801 a 816 do processo administrativo – lista dos agentes de navegação;
51 – fls. 1436 do processo administrativo – resposta à autoridade;
52 – fls. 801 a 816 do processo administrativo – lista dos agentes de navegação.-
53 – fls. 1107 a 1180 do processo administrativo – resposta à autoridade;
54 – fls. 801 a 816 do processo administrativo – lista dos agentes de navegação;
55 a 57 – fls. 1256 a 1263, 1230 a 1232, 1233 a 1238, 1264 a 1273, 1277 a 1281, 1282,
1183-A a 1186 A, 1187 A a 1189 A, 1993 A a 1197 A, 1198 A a 1202 A, 1213 A a
1216 A e 1217 A a 1220 A, resposta à autoridade e tabelas da arguida.—
58 – fls. 801 a 816 do processo administrativo – lista dos agentes de navegação;
59 a 62 – fls. 1247 A, 1253 A a 1282 A e 1283 a 1368, 1369 a 1374 do processo
administrativo – resposta à autoridade;
63 a 72 – fls. 555, 600 a 602 e 1427, 802, 1429 e 1431, 602, 697 a 699 e 636 a 638,
1428, 600 a 602, 555, 1429, 662 e 701 a 703, 1430, 662 e 701 a 703, 1431 e 1432, 621,
634 e 635, 1431 e 1432, 636 a 638, 636 a 638, 1429 e 1430, 700 a 703 do processo
administrativo – resposta à autoridade e tabelas juntas e tabelas da arguida;
73 – fls. 801 a 816 do processo administrativo – lista dos agentes de navegação;
74 – fls. 1767 do processo administrativo – resposta à autoridade;
75 e 76 – fls. 1603 e 1657 a 1677 do processo administrativo – resposta à autoridade;
77 a 79 – fls. 1726 a 1729 – do processo administrativo – resposta à autoridade;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

80 a 87 – fls. 1505 a 1535, 1505 a 1513, 613 a 6121, 1515 a 1524, 648 a 656, 1526 a 1535, 528 a 536 do processo administrativo – resposta à autoridade em conjugação com tabelas da arguida.—

88, 89 – fls. 1679, 1681 a 1724 – resposta à autoridade;

90 – fls. 801 a 816 do processo administrativo – lista dos agentes;

91 – fls. 1755 a 1762 do processo administrativo – resposta à autoridade;

92 a 108 – 801 a 816 (lista de agentes), 613 A 623, 1775, 648 A 658, 1787, 1797, 528 A 538, 1799 A 1809, 621, 1784, 656, 1796, 536, 1808, 528 A 536, 1799 A 1809, 537 e 538 – resposta à autoridade e tabelas da arguida.—

109 – declarações da testemunha Fernando Xarepe, relativamente ao critério de contactos por parte da autoridade, fls. 76 a 96 e 106 a 110 do processo administrativo – informações do Instituto Português de Carregadores e do Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos e 137 e segs do processo administrativo, solicitações da autoridade da concorrência e respostas dos agentes de navegação,

111 e 112 – fls. 34 e segs processo administrativo – estatutos da arguida.--

113 – fls. 1934 a 1936 e 1949 – processo administrativo – solicitações da administração portuária de Sines e informação da Administração do Porto de Lisboa.--

114 a 117 – 1934 a 1936, 2242 do processo administrativo – solicitações da administração do Porto de Sines.--

118 – fls. 68 , 106, 76 do processo administrativo – informações prestadas pelo Instituto Português de Carregadores e Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos.--

119 – resultou das declarações da testemunha Secretário Geral da Agepor que demonstrou claro conhecimento das disposições em referência, das declarações de mesmo relativamente ao prosseguimento que a Agepor fez do trabalho desenvolvido pelas anteriores representantes do sector, tendo corrido contra a APAN os processo enunciados mais adiante e relativamente ao Dec.Lei 76/89 da forma de divulgação das tabelas com referência ao disposto no mencionado diploma, tratando do diploma disciplinador do acesso e exercício da actividade de agente de navegação.--

110, 120, 121 – resultou da conjugação da análise do depoimento da testemunha da arguida com a prova documental junta aos autos. Antes de mais tal como supra referido, apenas a Administração do Porto de Sines solicitou a arguida propostas de tabelas, tendo a testemunha da arguida referido outras solicitações telefónicas, mas sem qualquer precisão, não sabendo de quem, em que datas e em que termos, facto que não permite considerar essas outras solicitações como provadas. Mesmo esta administração, tal como se fez prova, apenas o solicitou, em 2002 (relativamente às tabelas em causa) estando em causa a elaboração de tabelas desde 2001 a 2004. O enunciado relativamente à forma livre, voluntária e por sua iniciativa da elaboração, aprovação e divulgação das tabelas, pela arguida, resulta ainda da própria circular junta a fls. 1255 da arguida às suas associadas, divulgando uma tabela de preços, na qual se lê claramente, "... junto se envia proposta de tarifas máximas dos serviços prestados pelos nossos associados, a ser remetida às respectivas administrações portuárias quando por elas for solicitado". O termo verbal não se dá a equívocos "a ser remetida", ou seja nada foi solicitado. Também a testemunha da arguida reportou o início da referida elaboração e aprovação de tabelas a momento anterior a 2001, não sabendo com que base eram as mesmas elaboradas, não sabendo se existiram solicitações de quaisquer autoridades portuárias. Ainda de salientar as declarações da testemunha da arguida, relativamente ao facto de nunca ter existido qualquer tabela aprovada ministerialmente. —

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Quanto à consciência pela arguida dos efeitos e influência das tabelas junto das associadas e no mercado, como consequência necessária da sua conduta, o mesmo resulta desde logo da própria composição da arguida, sendo as associadas da mesma que ocupam e exercem funções nos órgãos sociais da arguida. Resulta o mesmo igualmente das próprias declarações da testemunha da arguida relativamente à forma de elaboração das tabelas, referindo o mesmo que as tabelas eram elaboradas por uma comissão de tarifas junto dos diversos portos, anualmente, portos esses nos quais os agentes de navegação operam, prestam os seus serviços e cobram os mesmos. No que respeita ao mercado, em conjugação com o anteriormente referido, o facto de a Agepor ser, como provado, uma associação representativa de 80% dos agentes de navegação que operam no mercado nacional.—

122 – fls. 2161, 2143, 2131, 2076, 2032, 2134, 2145, 2052, 2030, 2145, 2129, 2144, 2035, 2142, 2074, 2133, 2075 do processo administrativo – informações dos agentes de navegação.—

123 – 418 do processo administrativo – cópia de carta;

124 – 420 do processo administrativo – cópia de carta;

125 a 129 – 422 a 518 do processo administrativo – termos do processo

130 – 519 processo administrativo – cópia de carta.—

131 a 133 – 198 a 200 processo judicial – reprodução de páginas da internet;

134 – resulta das próprias tabelas e das declarações das testemunhas da acusação e da arguida que o referiram explicitamente.—

135 a 142 – 901 a 948 processo judicial – informações sobre os países enunciados.—

143 e 144 – resulta do processo administrativo.—

Fundamentação dos não provados:

1 – Não foi feita prova sobre o referido valor, não sabendo a testemunha da acusação inquirida sobre este facto (a 2^a sabido precisar os elementos que determinaram o cálculo e a conclusão.—

2 - A conclusão retirada não resulta da resposta feita à autoridade, fls. 266 a 299 do processo administrativo. O referido agente junta as tabelas, referindo as mesmas como sendo da Agepor e não suas, o que as utilize como suas.—

3 – O referido não é dito pelo agente. Este faz considerações sobre as tabelas, mas não precisa que as utilize ou tenha utilizado nos termos referidos (fls. 818 e 825 a 830 do processo administrativo).—

4 – O referido não é dito pelo agente, o mesmo apenas faz uma afirmação com carácter genérico, da qual não se pode retirar sem mais o concludido pela Autoridade: “3) Tabela de preços: não existe tabela de preços, mas apenas listas indicativas emitidas pela Associação do sector”.—

5 e 6 – não foi feita prova documental ou outra, sendo as declarações da testemunha da arguida sobre a matéria imprecisas, não revelando conhecimento directo sobre os termos ou objecto do processo.—

7 a 13 – não foi possível comprovar os valores apresentados, após análise de todos os elementos referentes aos volumes de negócios dos agentes de navegação respeitantes ao ano de 2003 juntos aos autos.—



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

14 – Não foi feita prova sobre a intenção contra-ordenacional da arguida, ou seja que a arguida previsse e tivesse por fim a realização do ilícito.—

12 - Cumpre Apreciar e Decidir:

Cabe lembrar, como já se referiu que, de acordo com o disposto no artº 75 nº 1 do RGCO, a 2ª Instância apenas conhece, em regra, da matéria de direito e que, por conseguinte, a matéria de facto dada como provada não é sindicável a não ser quando se verifique qualquer dos vícios mencionados no artº 410 nº 2 do CPP, que hão-de resultar do próprio texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência, o que no caso presente não se verifica nos termos em que consabidamente a jurisprudência o exige.

Em caso de rejeição do recurso, o acórdão limita-se a identificar o tribunal recorrido, o processo e os seus sujeitos e a especificar sumariamente os fundamentos da decisão – artº 420 nº 3 do C.P.P. –

As questões suscitadas pela recorrente, como já se observou, são:

a) – nulidade das provas obtidas, por violação do direito ao silêncio.(entende a recorrente ser inconstitucional a norma que resulta da aplicação conjugada dos artºs. 17 nº 1 – c); 18 e 43 nº 3 da L. 18/2003, por contender com os artºs. 1, 2, 20 nº 4 e 32 nº 2, 8 e 10 da C.R.P.;

b) – nulidade resultante da falta de determinação do tipo subjectivo da infracção imputada.

c) – nulidade do processo, logo em fase administrativa, decorrente da invocação tardia pela autoridade administrativa de documentação constante do processo desde Outubro de 2004;

d) – nulidade do processo decorrente da não disponibilização à recorrente, na fase administrativa, de elementos documentais que já constavam do procedimento quando da resposta à nota de ilicitude e da impugnação judicial.

e) – incorrecta interpretação jurídica das consequências que resultam de um certificado negativo/isenção emitido pela Comissão Europeia ao abrigo do Regulamento (CEE) nº 17;

f) – determinação da medida da coima aplicada, por não corresponder ao volume de negócios alcançados, que no seu entender serão de 18.294.838,40 e não 59.793.685,40 a que corresponderia a coima de 39.669,79€.

13 - Quanto a estas questões, algumas das quais suscitadas no recurso de impugnação judicial, o Tribunal recorrido decidiu-as da seguinte forma:

(...)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

1 - Nulidade das Provas obtidas por violação ao direito ao silêncio.
Alega a recorrente, que a Autoridade da Concorrência citando normas incorrectas, solicitou-lhe, após comunicação de abertura de inquérito, vários documentos e informações que identifica, sob pena de, não cumprindo, ser-lhe aplicada uma coima, resultando que a interpretação conjugada dos artºs 17º n.º 1, al. a), 18º e 43º n.º 3 da Lei 18/2003, no sentido de obrigar a arguida a revelar, com verdade, de forma completa, sob pena de coima, determinadas informações e documentos é inconstitucional, por violação dos artºs 1º, 20 n.º 4, 32º n.º 2, 8 e 10 da Constituição da República Portuguesa, gozando o arguido, em processo de contra-ordenação do direito ao silêncio, bem assim do direito à não auto-incriminação, à qual não pode ser compelido por nenhuma forma. Acrescenta que, face à inconstitucionalidade invocada ter-se-á de concluir que, todas as provas obtidas, no presente processo, com base nos artºs 17º n.º 1 al. al. a), 18º e 43º n.º 3 da Lei 18/2003 são nulas e na medida em tais provas são nulas também não podem ser aproveitadas para nenhum fim, nomeadamente não podem ser aproveitadas para efeitos de uma decisão condenatória, devendo a decisão proferida ser revogada e substituída por outra que absolva a requerida, uma vez que, para além das referidas provas, não existem quaisquer outras que permitam sustentar a (inexistente) responsabilidade da

Agepor.
Respondeu a autoridade da concorrência, dizendo, em síntese, que o referido direito não é aplicável no caso e que não se verifica qualquer inconstitucionalidade.

Cumpre decidir:

Antes de mais e no que respeita à citação de normas incorrectas, por parte da Autoridade Administrativa, a recorrente não retira qualquer consequência da incorrecção, para além da crítica e nenhuma consequência neste momento deve ser retirada, verificando-se claramente, pela resposta, pelos argumentos avançados pela arguida e pelas questões suscitadas, que a mesma, não obstante as incorrecções, compreendeu e alcançou o que lhe era solicitado.

Vejamos então relativamente aos argumentos de fundo.

A Autoridade da Concorrência dispõe, de acordo com mencionado nos seus estatutos, aprovados pelo Dec.-Lei 10/03 de 18.01, para o desempenho das suas atribuições, de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação. No exercício dos seus poderes sancionatórios, cabe à Autoridade investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir os respectivos processos, aplicar as sanções previstas na lei, adoptando medidas cautelares, quando necessário (art.º 7º n.º 2 al.s a) e b) dos referidos estatutos). As infracções às normas previstas na Lei 18/03 de 11.06 e às normas comunitárias constituem contra-ordenação, nos termos do art.º 42º do mencionado diploma, puníveis com coima e sanção acessória de publicitação da infracção (art.º 45º). Determina o art.º 19º do mesmo diploma que os procedimentos sancionatórios, sem prejuízo do disposto na mencionada lei, seguem o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social, ou seja, a determinação da aplicação do referido regime é feita, tendo em atenção, antes de mais, as especificidades da lei da concorrência (Lei 18/03). Tendo em conta o referido, analisemos as regras de aplicação do direito subsidiário ao RGCO.

Determina o art.º 41º deste regime que: "Sempre que o contrário não resulte desde diploma, são aplicáveis devidamente adaptados os preceitos reguladores do processo criminal".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Vejamos então a questão suscitada, tendo em atenção os referidos graus a percorrer, e a premissa de que estamos no âmbito de aplicação de direitos subsidiários.

Determina o art.º 61º n.º 1 al. c) do Cód. Proc. Penal, que o arguido goza em qualquer fase do processo e, salvas as excepções da lei, dos direitos de: “.. não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar”. É esta a norma invocada pela arguida.

Na espécie, foram solicitados à arguida documentos e informações ao abrigo do disposto nos art.ºs 17º n.º 1 al. a) e 18º da Lei da Concorrência, que determinam, respectivamente que:

“No exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão, a Autoridade, através dos seus órgãos ou funcionários, goza dos mesmos direitos e faculdades e está submetida aos mesmos deveres dos órgãos de polícia criminal, podendo, designadamente:

a)inquirir os representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, bem como solicitar-lhe documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos” (art.º 17º).— e que “Sempre que a Autoridade, no exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão que lhe são atribuídos por lei, solicitar às empresas, associações de empresas ou a quaisquer outras pessoas ou entidades, documentos e outras informações que se revelem necessários, esse pedido deve ser instruído com os seguintes elementos:

a)a base jurídica e o objectivo do pedido;
b)o prazo para a comunicação das informações ou o fornecimento dos documentos;
c)as sanções a aplicar na hipótese de incumprimento do requerido;
d)a informação de que as empresas deverão identificar, de maneira fundamentada, as informações que consideram confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações”.

Importa ainda citar, relativamente a esta matéria o disposto no art.º 43º n.º 3 al. b) da Lei da Concorrência que determina que: “Constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas, 1% do volume de negócios do ano anterior (...) a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas em resposta a pedido da Autoridade, no uso dos poderes sancionatórios ou de supervisão”.

Ora na espécie, considerando o raciocínio feito anteriormente, revela-se necessário e admissível recorrer às regras processuais penais, designadamente, em concreto, à regra referida? A resposta tem de ser necessariamente negativa. Existem normas próprias que regulam a questão, punindo designadamente a omissão da conduta. Existindo estas normas, não é necessário, nem admissível, recorrer a normas aplicáveis subsidiariamente, por não se dever passar do referido primeiro grau de aplicação. Ou seja, o referido direito ao silêncio não é aplicável e não é aplicável justificadamente, em nosso entender, considerando as diferenças entre os direitos em análise e o papel e funções da Autoridade da Concorrência referidas supra.

Quanto à suscitada inconstitucionalidade, verifiquemos antes de mais o disposto nos normativos constitucionais citados:

Determinam, respectivamente:

Art.º 1º da Constituição que: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Art.º 20º n.º 4: "Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo";

Art.º 32º n.º 2: "Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa";

8 – "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";

10 "Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido, os direitos de audição e defesa".— Analisemos com particular cuidado o disposto no citado n.º 10, face à posição da arguida na invocação da alegada inconstitucionalidade.

Referem com interesse, relativamente a esta norma, Jorge Miranda, Rui Medeiros, em Constituição Portuguesa Anotada que: "O n.º 10 garante ao arguido em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e de defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar, ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido e, possa defender-se das imputações que lhe são feitas (...) A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender" (Tomo I, Coimbra Editora, pág. 363). Ou seja, se é certo que resulta da norma citada que o legislador pretendeu a aproximação referida pela arguida, essa aproximação ao Direito Processual Penal, a nível constitucional, foi restringida, tal como se constata da interpretação do normativo, que consagra "apenas", constitucionalmente, a nível dos referidos processos, os direitos de audiência e defesa ou seja, tal como referem os AA referidos, o direito de o arguido ser previamente ouvido e o direito de se poder defender (e não quaisquer outros, designadamente o referido direito ao silêncio), não resultando desta consagração (audiência e defesa) qualquer repetição por se tratar do exercício de dois direitos claramente distintos.

No que respeita a esta matéria, importa citar o referido no Acórdão do Tribunal Constitucional 278/99 (em www.tribunalconstitucional.pt/acordaos) "No domínio do processo contra-ordenacional, este Tribunal tem-se pronunciado no sentido de uma não estreita equiparação entre esse ilícito e o ilícito criminal (cfr. acórdão n.º 158/92), sem deixar, no entanto, de sublinhar "a necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal", como se escreveu no acórdão n.º 469/97, publicado no mesmo jornal oficial, II, Série de 16.10.1997. Na verdade, a menor ressonância ética do ilícito contra-ordenacional subtrai-o às mais "rigorosas exigências de determinação válidas para o ilícito penal" (Maria Fernanda Palma e Paulo Otero "Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social in "Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXXVII 2, 1996, pág. 564) e isto (acrescentamos nós) independentemente das opções legislativas mais ou menos correctas ou criteriosas do legislador.

Ora tendo em atenção o supra referido e as normas constitucionais invocadas, não se vislumbra, em nosso entender, qualquer violação de normas ou princípios constitucionais pela interpretação normativa posta em crise.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Antes de mais, no que respeita ao mencionado art.º 1, por não se alcançar qualquer violação do consagrado no mesmo, designadamente dos seus princípios declarativos.— Quanto ao art.º 20º n.º 4 que consagra o direito a um processo equitativo, não se pode considerar o mesmo violado, apenas face à existência das normas em apreço.

As normas em crise, tal como surgem, não afastam a efectividade do direito de defesa, no processo, do arguido, bem como os princípios do contraditório e da igualdade de armas ou seja igualdade processual, tendo em atenção que esta última não é absolutamente incompatível com a atribuição ao Estado ou aos poderes públicos de um tratamento processual diferenciado relativamente às partes processuais em geral, desde que essa diferenciação não seja arbitrária, irrazoável ou infundada e não envolva uma compressão excessiva do princípio da igualdade de armas (cfr. entre outros Acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 516/94, 616/98, 688/98 e 153/02).

No que respeita ao art.º 32º, na parte citada pela arguida, importa ter em atenção, o conteúdo e previsões constitucionais previstas nos mesmos e não as interpretações da arguida, não sendo as normas referidas, por si só, violadoras do princípio da presunção da inocência, dos meios de obtenção de prova ou dos direitos específicos, nos termos supra referidos consagrados no n.º 10 do art.º 32º.

Conclui-se assim no sentido da não verificação das referidas inconstitucionalidades, e concluindo nesse sentido, teremos de concluir igualmente pela não verificação da invocada nulidade de obtenção de provas, por as mesmas, desde logo, na parte que nos interessa, não terem sido obtidas mediante tortura, coacção ou ofensa da integridade física ou moral ou ameaça com medida legalmente inadmissível, mas sim através de um meio válido consagrado pelo legislador, o disposto nos art.ºs 17º n.º 1 al. a) e 18º Lei 18/2003).

A este respeito importa citar com interesse a posição do Tribunal de Justiça, no Acórdão (Quinta Secção) de 07.01.2004, Aalborg Portland e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, que refere, ainda que a propósito do Regulamento n.º 17, que no cumprimento das suas funções, deve a comissão velar para que os direitos de defesa não sejam comprometidos no âmbito de processos de instrução prévia, que possam ter carácter decisivo para a produção de provas de natureza ilegal, de comportamentos de empresas susceptíveis de implicar a respectiva responsabilidade. Acrescentando ainda que, a comissão não pode, no âmbito de um pedido de informações, impor a uma empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais esta seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à comissão. Ora, na espécie, analisando a questão por esta perspectiva, compulsada a solicitação feita pela Autoridade à Agepor (fls. 62 e 63 do processo administrativo), concluímos que a Autoridade apenas solicitou à Agepor elementos documentais e informativos “objectivos”: cópias de tabelas, números de associados, contactos e números de agentes de navegação, indicação das associadas mais representativas do sector, indicação de empresas não associadas, caracterização do mercado, indicação de volumes de negócios. Informações que a serem prestadas, nos termos solicitados, não permitiam desde logo, de “per si” levar a arguida a admitir a existência de uma infracção. (...)

2 – Nulidade resultante da falta de determinação do tipo subjectivo da infracção imputada.

(...)



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Refere a recorrente que a nota de ilicitude apresentada pela Autoridade da Concorrência, não apresentava, nem sequer indiciava, quaisquer factos que permitissem esclarecer se a infracção contra-ordenacional imputada à arguida o era a título de dolo ou de negligência, não apresentando, a referida acusação, sequer, qualquer apreciação ou conclusão jurídica sobre o tipo subjectivo – dolo ou negligência – imputado à recorrente, sendo, nessa medida, o processo nulo a partir do momento imediatamente anterior à prolação da respectiva nota de ilicitude, elaborada pela Autoridade, uma vez que esta não permitia que a recorrente compreendesse se a infracção imputada o era a título de dolo ou de negligência. Acrescenta, relativamente à questão da tempestividade da invocação da nulidade, que, no caso dos presentes autos, tendo havido impugnação judicial, a invocação da nulidade resultante de não terem sido fornecidos todos os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspectos relevantes da decisão, nas matérias de facto e de direito, poderá ser realizada judicialmente, no acto de impugnação judicial, mas mesmo que assim não se entenda diz ainda, que a nulidade foi invocada tempestivamente, na resposta à nota de ilicitude, dentro do prazo estabelecido pela recorrida para se pronunciar sobre os autos. Refere também, que a nota de ilicitude não invoca qualquer facto que permita revelar ou sequer indicar a culpa da recorrente, devendo declarar-se assim a nulidade de todo o processado posterior à nota de ilicitude em causa, nulidade que também, pelos fundamentos referidos anteriormente, foi tempestivamente arguida.

Respondeu a Autoridade da Concorrência, dizendo que, deixou claro na nota de ilicitude os factos que consubstanciavam objectivamente o comportamento anticoncorrencial imputado à recorrente e a que tipo subjectivo o fazia.

Cumpre decidir:

Antes de mais vejamos a tramitação do processo contra-ordenacional.

O mesmo inicia-se com a participação de determinados factos, participação que é remetida à autoridade administrativa responsável (art.º 54º n.º 1 RGCO). Aberto o processo contra-ordenacional cabe à autoridade administrativa proceder à investigação e instrução (n.º 2). Nos termos do art.º 50º do RGCO 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. Chegados a esta sede importa chamar à colação o regime próprio do direito da concorrência, o qual no seu art.º 25º n.º 1 al. b) refere que: “Terminado o inquérito, a Autoridade decidirá: (...) Dar início à instrução do processo, através de notificação dirigida às empresas ou associações arguidas, sempre que conclua, com base nas investigações levadas a cabo, que existem indícios suficientes de infracção às regras da concorrência”. Nos termos do art.º 26º n.º 1 do mesmo diploma legal na notificação referida “... 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 e para que requeiram as diligências complementares de prova que considerem necessárias”. A referida notificação mais não se pode entender do que uma particularização do mencionado art.º 50º citado, consagrando aqui o direito de defesa e de audição do arguido. Com interesse, relativamente a esta matéria, importa citar o decidido no Assento 1/2003 do STJ de 16.10.2003 (DR, Série I-A de 25.01.2003), que disse: “Quando, em cumprimento do disposto no art.º 50º do regime geral das contra-ordenações, o órgão instrutor optar, no termo da instrução contra-ordenacional, pela



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

audiência escrita do arguido, mas na correspondente notificação, não lhe fornecer todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas 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". Verifiquemos a nota de ilicitude em apreço, a fim de analisarmos se a mesma fornece a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito. Ora compulsados designadamente os artºs 16º, 17º, 24º, 25º, 26º, 30º, 34º a 44º, 45º, 51º, 53º a 59º a 61º da referida nota, concluímos claramente que sim, constando da nota de ilicitude, designadamente dos artigos citados, a descrição dos elementos de facto e de direito, que permitem que a arguida conheça as imputações de facto e a subsunção jurídica que é feita. Mais concretamente no que respeita ao elemento subjectivo, o mesmo resulta claramente da análise do artº 39º da nota de ilicitude, que ao contrário que a arguida refere se trata da referência a factos: "a arguida conhece, ou pelo menos não pode alegar que desconheça, que a elaboração, aprovação e divulgação de tabelas de preços máximos pelos seus associados, ainda que meramente indicativas, produz efeitos que poderão ser qualificados como restritivos da concorrência". O que é isto se não a culpa e senão a imputação à arguida de um comportamento doloso, "a arguida conhece que um determinado comportamento produz um determinado efeito" e mesmo assim pratica-o. Não se encontra assim a omissão referida pela arguida e logo a verificação da nulidade invocada. Importa ainda ter em conta que a nulidade invocada, a verificar-se, trata-se de uma nulidade sanável, considerando o disposto no art.º 121º n.º 1 al. c) do Cód. Proc. Penal, "ex vi" art.º 41º n.º 1 RGCO". E tratando-se de uma nulidade sanável, importa ter ainda em atenção, no caso, que a arguida na defesa apresentada, abarca claramente os aspectos que diz serem omissos na decisão, respondendo designadamente, no que respeita ao elemento subjectivo do tipo.(...).

3- Nulidade do processo decorrente da invocação tardia pela autoridade administrativa de documentação constante do processo desde Outubro de 2004.

(...)

Alega a recorrente que mais de seis meses após a data da notificação à recorrente da nota de ilicitude, foram juntas ao processo várias folhas com os números que identifica, junção que foi comunicada à arguida, mas que, como a arguida pôde constatar, por consulta do processo, não se limitou às folhas referidas, tendo sido juntas ao processo outros elementos, omitindo a Autoridade, de forma deliberada, a informação de que foram juntas ao processo outras folhas, sendo o comportamento da Autoridade susceptível de induzir em erro a arguida e, como tal susceptível de violar, de forma grave, os seus direitos de defesa. Acrescenta que, a invocação tardia e extemporânea dos referidos documentos, comprometeu a resposta apresentada pela arguida, pelo facto de esta não ter podido socorrer-se de argumentos que pudessem contrariar o teor dos documentos referidos, que só posteriormente foram trazidos ao seu conhecimento. No momento que comunicou a nota de ilicitude à arguida, a Autoridade da Concorrência omitiu elementos de prova que eram necessários para que aquela conhecesse a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, pelo que a nota de ilicitude é nula, determinando também a nulidade de todos os actos processuais posteriores, sendo essa nulidade expressamente invocada pela arguida na

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

resposta ao ofício datado de 22.07.2005. Caso assim não se entenda, devem ser desconsiderados todos os documentos que se encontravam juntos aos autos, antes da adopção da nota de ilicitude e que não foram facultados à recorrida aquando da elaboração da resposta à nota de ilicitude, também por violação do princípio da lealdade processual e do direito a um processo justo e equitativo.

Respondeu a Autoridade da Concorrência dizendo que, todos os elementos do processo foram passíveis de contraditório e pronuncia por parte da arguida ao longo da fase administrativa do processo.

Cumpre decidir:

Antes de mais importa referir a nossa incompreensão relativamente ao comportamento imputado à Autoridade Administrativa, a título gratuito, relativamente à tentativa de induzir em erro a arguida. Relativamente à questão de fundo voltamos aos argumentos anteriormente referidos. A arguida dispôs ao longo de todo o processo da possibilidade de consultar os autos, como alias, mais uma vez refere ter feito, tendo essa possibilidade para exercer o seu direito de defesa e tendo inclusivamente requerido e tido a confiança dos autos, não se afigurando que o direito de defesa da mesma tenha sido afectado. O facto de a Autoridade da Concorrência ter notificado a arguida da junção de fls. ao processo, nos termos em que o fez, independentemente de se tratarem ou não de todas as folhas entretanto juntas, não permite concluir desde logo nos termos referidos pela arguida. À autoridade cabe notificar a arguida para exercer os direitos que lhe são conferidos o que fez, designadamente para exercer o direito consagrado no art.º 50º do RGCO. A arguida podia e devia, tal como fez (fls. 2077 a 2093 do processo administrativo) face à notificação que lhe foi feita, pronunciar-se sobre o teor dos referidos documentos, tendo em atenção a nota de ilicitude que anteriormente lhe tinha sido notificada, não podendo por si só concluir-se, apenas face à notificação referida, pela afectação dos direitos de defesa da arguida (impondo-se ter em atenção que a notificação em apreço foi feita antes de ter sido proferida decisão final por parte da Autoridade e que foi concedido prazo à arguida para se pronunciar sobre os referidos documentos).—

Quanto à junção de outras fls. não notificadas, a arguida não estava igualmente impedida, no exercício do seu direito de defesa, de se pronunciar sobre o teor de quaisquer documentos juntos, ou como supra referimos de ter acesso às mesmas.

Não assiste assim razão à arguida.

4- Nulidade decorrente da não disponibilização à recorrente de elementos documentais que já constavam do processo.

(...)

Refere a recorrente que se encontra impedida, por decisão da arguida, de ter acesso às folhas do processo que identifica e que relativamente a outras fls. do processo, embora lhe tenha sido dado acesso, a informação ai contida foi encoberta, de forma a não poder ser vista e percebida, sendo que essa eventual possibilidade de a recorrida seleccionar a informação que pode, ou não, ser consultada pelo arguido, impedindo o acesso a informação que potencialmente determina a sua absolvição, viola esse mesmo princípio de justiça e imparcialidade, para além de violar os direitos de defesa do arguido. Acrescenta que o vício não se encontra no facto de a recorrida ter utilizado ou não, para quaisquer efeitos, o conteúdo das folhas anteriormente referidas, mas sim no facto de a recorrida ter impedido a Agepor de decidir se pretendia ou não utilizar os referidos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

elementos na sua defesa. Conclui pedindo a declaração de nulidade da decisão, uma vez que os direitos de defesa da Agepor consagrados no art.º 32º n.º 10 da Constituição foram violados.

Invoca novamente a referida nulidade a fls. 6916 dos autos.

Respondeu a Autoridade da Concorrência, dizendo, em síntese, que todos os elementos constantes do processo, foram passíveis de contraditório e pronúncia por parte da arguida ao longo da fase administrativa do processo, não se verificando a existência de qualquer nulidade e que a existir, sempre se encontrará sanada, por não ter afectado os direitos de defesa da recorrente.

Cumpre decidir:

Chamamos aqui novamente à colação o referido supra relativamente ao normativo constitucional citado pela arguida. Está em causa nesta sede, não concretamente o princípio de audiência, mas mais especificamente o princípio de defesa, ou seja, tal como referimos a impossibilidade consagrada de ser aplicada ao arguido uma sanção sem que o mesmo seja ouvido.

Ora no caso, não obstante o referido pela arguida, não podemos considerar que o seu direito de defesa tenha sido afectado, tendo em atenção o supra referido. À arguida foi-lhe dado conhecimento de todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, na nota de ilicitude. A mesma foi notificada para exercer o seu direito de defesa e assim o fez, respondendo ao que lhe foi imputado, não requerendo aliás quaisquer diligências complementares. Ora tendo o referido direito sido exercido nos termos referidos, não se pode considerar que o direito de defesa da arguida tenha sido violado. O facto de existirem documentos nos autos, a que a arguida não teve acesso, não permite concluir sem mais nos termos referidos, uma vez que o seu direito de defesa foi exercido, tal como consagrado, sobre as matérias de facto e de direito constantes da nota de ilicitude, podendo a arguida exercê-lo da forma que entendesse mais conveniente, pronunciando-se sobre os factos imputados, requerendo diligências complementares ou juntando documentos. O direito de confidencialidade de informações e documentos, está expressamente consagrado na Lei da Concorrência – art.º 18º n.º 1 al. d) e 26º n.º 5 e não nos parece que, sem mais, o mesmo viole o direito de defesa do arguido, sendo que o que constitui violação é o não fornecimento ao arguido de todos os elementos da decisão, de facto e direito que lhe permitam exercer a sua defesa. Com interesse relativamente à questão cfr. novamente o Acórdão 7.1.2004, supra citado, que refere a propósito que: "Corolário do respeito dos direitos de defesa, o direito de acesso ao processo implica que a Comissão deva facultar à empresa em causa a possibilidade de proceder a um exame de todos os documentos que figuram no processo de instrução e que possam ser pertinentes para a sua defesa. Estes incluem elementos de prova tanto de acusação como defesa, com ressalva dos segredos comerciais de outras empresas, dos documentos internos da Comissão e outras informações confidenciais". Cita ainda, com pertinência, este acórdão, a posição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que, tal como se refere, no citado acórdão, precisou que: "... o respeito do princípio do contraditório como o das restantes garantias processuais consagradas no art.º 6º n.º 1 da CEDH, visa unicamente o processo jurisdicional num «tribunal», sem implicar nenhum princípio geral e abstracto segundo o qual as partes devem ter, em todos os casos, a faculdade de assistir a conversações ocorridas ou de receber a comunicação de todos os documentos tidos em conta, que comprometam outras pessoas (TEDH, acórdão Kerojarvi e Finlândia de 19 de Julho de

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

1995, série A., n.º 322, 42, e Mantovanelli c. França de 18 de Março de 1997, Colectânea dos acórdãos e decisões 1997II, 33)".
Não assiste assim igualmente razão à arguida nesta parte.(...).

5- Quanto à incorrecta interpretação do D.L. 76/89 de 3/03, o Tribunal recorrido pronunciou-se da seguinte forma:

(...)

Relativamente a esta matéria importa citar o disposto no Dec.-Lei referido, na sua versão revista pelo Dec.-Lei 148/91, na parte que nos interessa, o seu art.º 15º. Dispõe o normativo em referência que: "1 - O Ministro responsável pelo sector portuário poderá fixar tabelas de tarifas máximas a aplicar pelos agentes de navegação, tendo em conta a proposta apresentada pela associação respectiva e o parecer que sobre a mesma for emitido pela autoridade portuária. 2 - Compete à autoridade portuária desencadear o processo de fixação de tarifas máximas referido no número anterior, devendo para o efeito solicitar à Associação dos Agentes de Navegação a apresentação de uma proposta.

3 - No caso de a Associação dos Agentes de Navegação não apresentar proposta nos termos do número anterior, o membro do governo referido no n.º 1 poderá fixar a referida tabela mediante proposta elaborada pela autoridade portuária".

Analisando o normativo em referência, claramente, desde logo, se conclui que o defendido pela arguida não tem razão de ser face ao teor do diploma. O comportamento que é imputado à arguida é a elaboração, aprovação e divulgação de tabelas de preços máximos para os serviços prestados pelos agentes de navegação, em regra sem solicitação das autoridades portuárias, apenas se fazendo prova de solicitações em 2002, no que ora nos interessa, pela administração do porto de Sines. Ora esta conduta não se pode considerar legitimada pelo diploma citado. O diploma não prevê que a arguida elabore, aprove e divulgue uma tabela de preços máximos, nos termos referidos, o que o diploma prevê é que, a pedido, seja apresentada uma proposta de tabela e não que a mesma seja aprovada e divulgada à revelia da competência própria ministerial que é prevista no diploma legal citado. (...).

14 - Cumpre Decidir:

Quanto a estas cinco questões suscitadas pela recorrente no recurso de impugnação judicial e neste, o Tribunal recorrido já as analisou, da forma supra transcrita, com profundidade bastante.

Ademais, todos os dados factuais e jurídicos, bem como o discurso lógico-discursivo e decisório correspondente, se encontram inequivocamente enunciados e descritos no arresto reclamado.

E o raciocínio no mesmo plasmado, quanto a tais questões, revela-se perfeitamente cristalino e clarividente, por forma a que este tribunal ad quem, o subscreve integralmente.

15 - Quanto à determinação da medida da coima aplicada:

Neste conspecto ateve-se o Tribunal recorrido para a graduação da coima concretamente aplicada, às seguintes circunstâncias:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

a) A gravidade da infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional; A infracção em causa denota gravidade, considerando por um lado a sua natureza, sendo a fixação de preços, através de tabelas, ainda que não vinculativas, uma violação grave da liberdade dos agentes económicos no mercado de definirem a sua política comercial, consubstanciando um comportamento claramente restritivo do livre jogo do mercado da oferta e da procura, e por outro a representatividade da arguida no mercado nacional, facto que deve ser tido em atenção na apreciação da gravidade da infracção (sendo a arguida a associação representativa de 80% dos agentes de navegação no mercado nacional) e o facto de as tabelas respeitarem aos portos de Sines, Lisboa, Aveiro, Leixões e Viana do Castelo, Figueira da Foz, Açores e Sétubal. Quanto à interpretação inconstitucional invocada pela arguida, a referida invocação não tem em nosso entender, no caso, razão de ser, fazendo-se na decisão uma análise em concreto da infracção imputada à arguida e da própria arguida e não em abstracto. A arguida agiu com dolo necessário, pese embora ter actuado com erro sobre a ilicitude censurável como referimos.

b) As vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infracção;

Com a fixação de preços efectuada através das tabelas em apreciação, resultaram desde logo as vantagens de conhecerem os preços da concorrência e de consequentemente o risco assumido no exercício da sua actividade ser menor.

c) O carácter reiterado ou ocasional da infracção;

Temos de concluir pelo carácter claramente reiterado da infracção, estando em causa a elaboração, aprovação e divulgação de tabelas nos anos de 2001, 2002, 2003 e 2004.

d) O grau de participação na infracção;

A arguida actuou como autora da infracção.

e) A colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo;

A arguida foi colaborante com a Autoridade da Concorrência, respondendo a todos os pedidos formulados pela mesma, de forma tempestiva.

f) O comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

A arguida no decurso do processo cessou a prática em apreciação nos autos, sendo a última tabela, elaborada, aprovada e divulgada pela arguida reportada ao ano de 2004.

Vejamos:

De acordo com o art.º 43º n.º 1 da Lei 18/03, o comportamento em análise é punido com “coima que não pode exceder, para cada uma das partes na infracção 10% do volume de negócios do último ano”. No caso de associações de empresas, de acordo com o n.º 2 do mesmo normativo legal: “... a coima prevista não excederá 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado na infracção”.

In casu, face ao volume de negócios apurado, o limite máximo da coima em concreto é de € 5.979.368,54 (10% de € 59.793.685,4).

Como refere o Prof. Figueiredo Dias, «culpa e prevenção são assim os dois termos do binómio com auxílio do qual há-de ser construído o modelo da medida da pena (em sentido estrito ou de determinação concreta da pena)». A escolha da pena terá assim de ser perspectivada em função da adequação, proporção e potencialidade para atingir os objectivos estipulados no referido art. 40.º, do CP.

Revertendo ao caso:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Como decorre da fundamentação operada pelo Tribunal recorrido, sopesando todos os factores supra referidos, não pode deixar-se de concluir que não peca por excesso, perante a moldura abstracta supra referida, que a coima aplicada, satisfaz no limiar, as exigências de prevenção da contra-ordenação praticada.

Em conclusão: não se descortina que o Tribunal a quo tenha decidido mal, menosprezando as regras da experiência e os critérios da lógica e violando qualquer preceito legal ou constitucional.

Em consequência, este Tribunal ad quem subscreve na íntegra a sentença recorrida rejeitando em substância os recursos interpostos, confirmando-se a sentença recorrida.

Decisão:

Nestes termos, e com os fundamentos expostos, acordam os mesmos Juízes, em conferência, em rejeitar os recursos, por manifestamente improcedentes, confirmando a sentença recorrida.

Condenar a recorrente, nas custas, fixando-se em 8 UC a taxa de justiça (artºs. 513 nº 1 e 514 nº 1 do CPP e 82 nº 1 e 87 nº 1 b) do CCJ, a que acresce a sanção prevista no nº 4 do artº 420 do CPP, a qual se fixa em 6 UC.

Lisboa, 15 de Março de 2007

