



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

116148

CONCLUSÃO - 15-12-2015

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Carolina Barreiro)

=CLS=

Relatório

*

Recorrente:

CP CARGA – Logística e Transportes Ferroviários de Mercadorias, S.A., com o número único de pessoa coletiva 509 017 800, com sede na Avenida da República, 66, 1050-197 LISBOA.

*

Decisão impugnada:

A Autoridade da Concorrência (AdC), condenou a recorrente pela prática de uma contraordenação, prevista e punida pelos arts. 68º/1, al h) e 69º/3, todos da Lei da Concorrência (LdC), numa coima no montante de cem mil euros (€ 100.000,00).

*

Fundamentos do recurso:

- A) Os presentes autos tiveram origem num processo de contraordenação instaurado contra a aqui também arguida, mais precisamente, o processo n.º PRC/2013/3, que teve por objeto um alegado abuso de posição dominante, previsto no art.º 11.º da Lei da Concorrência, e no art.º 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, consubstanciado na alegada prática pela aqui também



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Iº Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

arguida de preços predatórios no exercício da atividade de transporte ferroviário de mercadorias no território nacional.

- B) Num primeiro momento, há que esclarecer que “troço” e “percurso” são conceitos diversos.
- C) Um “troço” é sempre parte do percurso de um comboio (ótica do operador ferroviário), parte de linha (ótica da REFER). Dependente dos critérios de análise pode-se considerar um troço entre duas estações, troços diesel e elétricos, troços de via única e via dupla, etc;
- D) O “percurso” de um comboio é o caminho físico percorrido pelo comboio desde a origem ao destino do mesmo. O “percurso” do comboio é o somatório dos vários troços (troços de percurso) entre a origem e o destino do comboio;
- E) A diferença destes conceitos encontra-se espelhada, de entre outros, na lei que regula a atividade ferroviária (Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro) como, nomeadamente, também no Diretório de Rede da REFER, pelo que dúvidas não há que se trata de conceitos diferentes;
- F) Por comunicação dirigida à arguida a 17 de Junho de 2013, foram pela AdC solicitados esclarecimentos sobre diversas matérias com relevância para a averiguação que foi efetuada naquele processo, tendo aquela respondido a todas as questões através de comunicação enviada à AdC a 3 de Setembro de 2013;
- G) No ponto 6 dessa solicitação inicial pediu a AdC à arguida: “*6. A informação relativa aos custos deve, ainda, ser apresentada separadamente por percurso identificado no ponto 2 e, em cada percurso, por modalidades de serviço referidas no ponto 1.*” – cfr. documento n.º 1 que se junta com os legais efeitos;
- H) A arguida respondeu que: “lamentavelmente, a CP Carga não dispõe ainda de um sistema de contabilidade analítica que lhe permita apurar os custos por troço, tal como solicitado. Essa indisponibilidade inviabiliza a concretização da informação solicitada”;
- I) Respondeu a arguida a este ponto, pensando que o que lhe estava a ser solicitado era o fornecimento de dados determinantes para o cálculo do “custo



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

por troço”, não tendo percebido, que o pretendido eram dados para apuramento do “custo por percurso”;

- J) Esta errada percepção é demonstrada expressamente pelo teor da resposta que apresentou junto da AdC ao referido ponto 6;
- K) Não obstante esta expressividade da resposta, a AdC não esclareceu a arguida de que não tinha sido isso o lhe tinha sido perguntado;
- L) Tendo a AdC solicitado a 28 de Janeiro de 2014 mais esclarecimentos junto da arguida, na sequência da resposta que esta apresentara a 3 de Setembro de 2013, a AdC nada referiu relativamente àquela outra resposta, não tendo feito qualquer referência ao facto de não ser a informação relativa ao “custo por troço”, mas sim antes ao cálculo e orçamentação do “custo por percurso”, o que pretendia obter da parte da arguida naquela primeira solicitação;
- M) Apenas a 6 de março de 2014, quando os Srs. Inspetores da AdC – Pedro Epifânio, Paula Mateus e Pedro Marques, se deslocaram às instalações da arguida, na sequência de uma solicitação apresentada por escrito a 24 de fevereiro de 2014, os funcionários da arguida, bem como os representantes legais da mesma, se aperceberam que a questão solicitada e identificada sob o n.º 6 naquela comunicação datada de 17 de Junho de 2013, se destinava a apurar o “custo por percurso”, e não o “custo por troço”;
- N) Nunca, em momento anterior, a AdC informou a arguida que não tinha sido solicitada informação do “custo por troço”, mas antes a informação do “custo por percurso”;
- O) Perante este esclarecimento, a arguida facultou todas as informações pretendidas pela AdC, franqueando àqueles o acesso a todo o sistema informático (nomeadamente, o sistema SAP), bem como a todo e qualquer documento solicitado durante aquela diligência – vd. cópia do auto de diligência constante a fls. 54 e ss dos autos;
- P) Nessa diligência os Srs. Inspetores tiveram acesso ao modelo de custeio de comboios denominado “Ficha de Custeio Simplex” utilizado para cálculo do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

serviço a prestar, em função das diversas variáveis necessárias analisar para determinar o seu cálculo;

- Q) Depois dessa diligência, a AdC solicitou a 26 de Março de 2014 mais elementos que seriam necessários para terminar a investigação em curso naquele processo PRC/2013/3, solicitação a que a arguida respondeu a 28 de abril de 2014, e a 26 e 30 de junho de 2014, tendo a sua colaboração sido, mais uma vez, total – cfr. pontos 40 e 41 da decisão administrativa impugnanda;
- R) A 16 de dezembro de 2014 foi proferido despacho que ordenou o arquivamento do PRC/2013/3, tendo sido julgados essenciais para tal decisão os elementos recolhidos junto da arguida: cfr. ponto 43 da decisão administrativa impugnanda, onde é afirmado: “- *O modelo de custeio de comboios – “Ficha de Custeio Simplex” – revestiu um carácter essencial na investigação levada a cabo pela AdC, no âmbito do PRC/2013/3, relativa à alegada prática de preços predatórios por parte da CP Carga, uma vez que permitiu conhecer em detalhe os custos unitários utilizados no custeio dos comboios, bem como as respetivas chaves de alocação, informação que possibilitou levar a termo o referido processo*”;
- S) Da “Nota de Ilicitude” enviada a 24 de novembro de 2014 pela AdC à arguida, na sequência da instauração dos presentes autos, resulta evidente que para a AdC, àquela data, “custo por troço” e “custo por percurso”, seriam um e o mesmo conceito – vd. conteúdo do ponto 25 daquela “Nota de Ilicitude”;
- T) Partindo deste facto, e tendo constatado a 6 de março de 2014, na visita que fez às instalações da arguida, que esta tinha, desde 2009, elementos para fornecer o “custo por percurso”, concluiu pela prestação de falsas declarações e declarações incompletas naquela resposta ao ponto 6;
- U) Da análise da decisão administrativa impugnanda resulta evidente que a AdC, a 13 de julho de 2015, quando tomou esta decisão, já não considerava que os conceitos de “custo por troço” e “custo por percurso” significassem o mesmo, pois refere expressamente que o conceito de “custo por troço” foi trazido pela



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 276/15.9YUSTR

arguida apenas e só com a resposta dada por esta a 3 de setembro de 2013, certamente influenciada pela clarividência do Parecer que, em resposta à “Nota de Ilicitude”, a arguida apresentou;

- V) Este conjunto de factos demonstra que a arguida, quando respondeu ao ponto 6 do pedido de esclarecimento inicial da AdC não mentiu, quer quando afirmou que a CP Carga não dispunha de contabilidade analítica; quer que não tinha meios de determinar o “custo por troço”, e que este conceito era diverso do “custo por percurso”, este sim, determinável com base nos dados que a arguida possuía;
- W) Demonstrando, igualmente, a decisão administrativa impugnanda que a AdC alterou a sua posição relativamente aos conceitos de “custo por troço” e “custo por percurso”, que a 24 de novembro de 2014 julgava coincidentes, mas que reconheceu na decisão administrativa impugnanda de 13 de julho de 2015, que eram divergentes;
- X) Dos documentos existentes nos autos resulta evidente não ter a arguida percebido o que lhe tinha sido pedido pela AdC no ponto 6 daquela comunicação de 17 de junho de 2013, sendo esta a única razão pela qual não facultou à AdC os elementos que esta veio a obter a 6 de março de 2014;
- Y) Nunca a arguida tentou impedir, por qualquer forma, o acesso a esses elementos por parte da AdC, ou dela omitir, por qualquer forma, a sua existência;
- Z) O art.º 68.º, n.º 1, al. h) da Lei da Concorrência pune como contraordenação a não prestação, ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a solicitação efetuada pela AdC, no uso dos seus poderes sancionatórios;
- AA) Relativamente à punição por ação – informações falsas, inexatas ou incompletas – esta destina-se a censurar quem, respondendo, deturpa a verdade, de forma intencional, e com o escopo de se furtar a uma consequência gravosa que, para si, implicaria a resposta verdadeira;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

- BB) Para preenchimento do elemento objetivo do tipo, e como passo inicial necessário para a ulterior punição, a AdC teria que demonstrar que o destinatário do seu pedido teve consciência do que lhe foi pedido, e que respondeu fugindo à verdade, por esta lhe ser desfavorável aos seus interesses;
- CC) Só assim haverá falsidade, inexatidão ou incompletude censuráveis, do ponto de vista da Lei;
- DD) No caso presente, a arguida respondeu a todos os pontos do pedido de esclarecimento solicitado pela AdC, tendo relativamente ao ponto n.º 6 interpretado a questão colocada como referente à determinação do “custo por troço”, e não ao “custo por percurso”;
- EE) Respondeu em consonância com a sua interpretação, sem se ter apercebido que a mesma estava errada;
- FF) Incorreu a arguida em erro sobre os elementos de facto do tipo – objeto do pedido efetuado na questão 6 – conduta que exclui o dolo – art.º 8.º, n.º 2 do RGCO, aqui aplicável *ex vi* art.º 13.º, n.º 1 da Lei da Concorrência;
- GG) O facto de a arguida ter na sua posse os dados de facto que responderiam à pergunta formulada não poderá ser, sem mais, fundamento para julgar como ilícito o seu comportamento;
- HH) Para que pudesse ser julgado como ilícito teria de se ter demonstrado que a arguida tinha, ao responder ao ponto 6, perfeita consciência do que lhe estava a ser perguntado, o que não aconteceu no caso “*sub judice*”;
- II) E, tendo essa consciência, e sabendo deter a informação solicitada (suportes informáticos, ou outro tipo de documentos), ter-se negado a fornecer a mesma à AdC;
- JJ) Ora, não só se demonstra que a arguida não percebeu o que lhe estava a ser perguntado;
- KK) Como também se demonstrou que ao responder ao ponto n.º 6 afirmou que não dispunha de contabilidade analítica, e de que não poderia determinar o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

“custo por troço”, a arguida respondeu com verdade, conforme o demonstra o Parecer junto com a resposta à “Nota de Ilicitude”;

LL) Também não prestou informação incompleta, uma vez que, na resposta que deu a todas as solicitações da AdC, procurou responder a tudo;

MM) Relativamente à questão do ponto 6, a arguida inicialmente respondeu tendo por base a pergunta que entendeu estar-lhe a ser feita, corrigindo a sua resposta assim que se apercebeu do erro em que tinha lavrado o seu anterior esclarecimento;

NN) Correção efetuada em 6 de março de 2014, por finalmente ter sido esclarecida por parte da AdC do que efetivamente esta entidade pretendeu ao colocar a questão do ponto 6 da comunicação de 17 de junho de 2013;

OO) Desta forma, resulta demonstrado que, apenas a inércia da AdC, que perante uma resposta que não esclarecia o solicitado, e sobretudo, que tornava evidente que a arguida não tinha percebido a pergunta que lhe tinha sido feita, contribuiu decisivamente para a manutenção do engano, e com isso no atraso das conclusões a que chegou naquele outro processo essa entidade, que recorde-se, acabou por ordenar o arquivamento do processo de contraordenação;

PP) Não agiu, assim, a arguida com dolo, nem sequer de forma negligente, já que não respondeu, da forma como respondeu inicialmente à questão que lhe foi colocada no ponto 6 de forma intencional, mas apenas o fez por não se ter sequer apercebido, até ao dia 6 de março de 2014, que tinha respondido a uma questão que não lhe tinha sido colocada;

QQ) Este erro nos pressupostos de facto, deveria ter merecido a atenção da AdC, e deveria ter sido decisivo para não se instaurar sequer o presente procedimento,

RR) Ou, para, uma vez instaurado, no mesmo se ter proferido despacho a ordenar o arquivamento, pelo facto de, compulsados os autos, não existir qualquer meio de prova que fundamentasse uma condenação nos termos ali descritos;

SS) Erro que não lhe é censurável, atenta a redação confusa que foi dada a este ponto 6, aliás bem evidente no ponto 2 da decisão administrativa impugnanda;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

TT) Pelo que a decisão administrativa impugnanda deverá ser revogada, concluindo-se pela **absolvição** da arguida, comprovado que está não ter a mesma praticado a contraordenação prevista pela al. h) do art.º 68.º, n.º 1 da Lei da Concorrência;

UU) A arguida manifesta aqui expressamente que pretende que a presente Impugnação seja decidida após a realização de Audiência de Julgamento a ter lugar nesse Tribunal – art.º 64.º, n.º 1 e 2 do RGCO, aqui aplicável, ao abrigo do disposto no art.º 13.º, n.º 1 da Lei da Concorrência.

VV) ASSIM, a decisão administrativa impugnanda deverá ser revogada, concluindo-se pela **absolvição** da arguida, comprovado que está **não** ter a mesma praticado a contraordenação prevista pela al. h) do art.º 68.º, n.º 1 da Lei da Concorrência.

*

Não há nulidades, questões prévias ou exceções que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

Fundamentação de facto

*

Factos provados:

1. A CP CARGA é uma sociedade anónima, com o número único de pessoa coletiva 509 017 800, com sede social na Avenida da República, 66, 1050-197, LISBOA, constituída em agosto de 2009 (na sequência da autonomização da atividade de transporte de mercadorias da empresa CP – Comboios de Portugal, E.P.E. (CP), sua única acionista), operando no setor do transporte de mercadorias na rede ferroviária nacional e assegurando também, através de parcerias estabelecidas com operadores internacionais, o transporte de mercadorias entre Portugal e o resto da Europa. A Arguida realiza, igualmente, atividades logísticas e operações conexas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

2. Os serviços de transporte ferroviário de mercadorias, disponibilizados pela CP CARGA, abrangem um amplo leque de produtos, nos quais se incluem os contentores e as caixas móveis, os minérios, os produtos siderúrgicos e os produtos paletizados (cimento, madeira, combustíveis e produtos químicos, pasta de papel, inertes e materiais de via, etc.).
3. No final de 2014, a empresa tinha ao seu serviço um total de 64 locomotivas (30 movidas a diesel e 34 elétricas), um parque de 2704 vagões, dispondendo, também, de cerca de 552 colaboradores.
4. Em 2014 a CP CARGA realizou um volume de negócios de € 63.944.216,00, tendo tido um resultado líquido de € 5.341.758,00.
5. Na sequência da denúncia efetuada pela TAKARGO – Transporte de Mercadorias, S.A. (TAKARGO), em 29 de junho de 2012, e no âmbito do PRC/2013/3, tendo em vista a promoção da investigação necessária à determinação da existência de práticas restritivas da concorrência, bem como à recolha de prova, a AdC dirigiu, em 17 de junho de 2013, um pedido de elementos à CP CARGA, ao abrigo do disposto no artigo 15.º, no n.º 2 do artigo 17.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência, conforme resulta de fls. 5 a 7 dos autos.
6. No referido pedido de elementos, a AdC solicitou à CP CARGA o envio, no prazo de 30 dias úteis, contados a partir da receção da notificação, de elementos referentes à prestação de serviços de transporte ferroviário de mercadorias no território nacional, nos anos de 2009 a 2013.
7. No que para o presente processo contraordenacional releva, a AdC solicitou, no ponto 5 do pedido, a “[i]ndicação, de forma desagregada e fundamentada, dos custos imputáveis à prestação de serviços de transporte ferroviário de mercadorias, designadamente os relativos:
 - a) Ao pessoal técnico especializado – maquinista, pessoal de operações e tráfego, entre outros;
 - b) À energia de tração – diesel, elétrica;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

- c) Ao material circulante;
 - d) Aos serviços essenciais, adicionais e auxiliares adquiridos ao gestor da infraestrutura, tal como definidos nos artigos 26.º a 29.º do Decreto-Lei n.º 231/2007, de 14 de junho;
 - e) À estrutura e apoio administrativo;
 - f) Outros custos considerados relevantes;"
8. No ponto 6 do mesmo pedido, a AdC indicou à CP CARGA que a informação relativa aos custos deveria ser apresentada "*separadamente por percurso*", para cada um dos diferentes percursos (origem-destino) operados pela empresa no transporte ferroviário de mercadorias (remissão para o ponto 2 do pedido) "*e, em cada percurso, por modalidades de serviços*", caracterizando as mesmas por tipo de carga, frequência, comboios-bloco, vagão isolado, contentores, ou outra tipologia considerada relevante pela empresa (remissão para o ponto 1).
9. Em cumprimento do artigo 15.º da Lei da Concorrência, no mesmo pedido de elementos de 17 de junho a AdC fez constar que a empresa devia identificar, de maneira fundamentada, as informações e os documentos que considerasse confidenciais, por motivo de segredos de negócio, e que, nesse caso, deveria igualmente fornecer uma versão não confidencial de tais informações e documentos.
10. A AdC advertiu, ainda, que a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da AdC, no uso dos seus poderes sancionatórios, constitui contraordenação, nos termos da alínea h) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei da Concorrência.
11. A CP CARGA respondeu ao primeiro pedido de elementos que lhe foi dirigido em 3 de setembro de 2013, conforme resulta de fls. 8 e ss. dos autos.
12. Quanto aos pontos 1, 2 e 5, interligados com pedido formulado no ponto 6, a CP CARGA respondeu da forma que seguidamente se descreve.
13. Na resposta ao ponto 1, a CP CARGA identificou modalidades de serviços em função dos tipos de comboio (bloco/multicliente, este último também



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

designado pela empresa como vagão isolado), da frequência e dos tipos de produtos transportados (contentores, areia, madeira, minério, etc.) nos anos de 2009 a 2013.

14. Na resposta ao ponto 2, a empresa identificou diversos percursos (origem-destino) realizados, designadamente em território nacional, nos anos de 2009 a 2013.
15. Na resposta ao ponto 5, a CP CARGA indicou os custos em que incorreu na prestação do serviço de transporte ferroviário de mercadorias nos anos de 2009 a 2012 e no primeiro semestre de 2013. Tendo indicado tais custos, por rubrica e por total anual de cada rubrica, à luz das categorias indicadas pela AdC no seu pedido de elementos e acrescentando uma lista de outras rubricas de custos que a empresa também considera relevantes.
16. Na resposta ao referido ponto 6 do pedido de elementos, a recorrente respondeu que “*lamentavelmente a CP CARGA não dispõe ainda de um sistema de contabilidade analítica que lhe permita apurar os custos por troço tal como solicitado*” e que “[e]ssa indisponibilidade inviabiliza a concretização da informação solicitada”, conforme resulta de fls. 25 dos autos.
17. Face à resposta da CP CARGA, a AdC solicitou-lhe esclarecimentos adicionais, para melhor conhecimento do respetivo sistema de registo e contabilização de custos e proveitos e sistema de controlo de gestão, em 28 de janeiro de 2014 (conforme resulta de fls. 41 e 42 dos autos), tendo também acordado a realização de diligências de investigação na sede da empresa, ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 18.º da Lei da Concorrência (conforme resulta de fls. 49 a 53 dos autos).
18. Em 6 de março de 2014, também no âmbito do PRC/2013/3, a AdC procedeu às diligências de investigação previstas nas alíneas *a) e b)* do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência, nas instalações da CP CARGA, em Lisboa, tendo assim conhecido o sistema de registo e contabilização de custos e proveitos e o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

sistema de controlo de gestão da empresa, obtido esclarecimentos dos seus colaboradores, acedido aos documentos e suportes informáticos associados aos referidos sistemas, bem como obtido esclarecimentos dos respetivos autores e/ou utilizadores, conforme Auto de Diligências a fls. 54 e ss. dos autos.

19. Na diligência de 6 de março de 2014, tendo presentes os esclarecimentos prestados pela empresa Visada (ora Arguida), através das suas funcionárias com funções nas áreas técnicas da contabilidade e gestão financeira e do planeamento e controlo de gestão, foram visionados, por parte dos funcionários da AdC, sete documentos e suportes informáticos da empresa, associados ao respetivo sistema de registo e contabilização de custos e proveitos e também ao sistema de controlo de gestão.
20. Os sete ficheiros/documentos visionados foram os seguintes, identificados no Auto da diligência de 6 de março: 1) relatório anual de custos por rubrica contabilística do sistema SAP, referente ao ano de 2013; 2) relatório de custos do sistema SAP, com gastos por centro de custos e que constituía um relatório detalhado de cada uma das rubricas constantes do documento visionado anteriormente; 3) relatório de custos unitários dos vagões, em formato Excel, referentes ao ano de 2013; 4) ficheiro Excel com os custos unitários por locomotiva; 5) ficheiro Excel com os custos de pessoal e o cálculo de custos unitários de pessoal incluindo custo/dia, custos/hora, montante de horas de condução, bem como outros custos, por categoria profissional; 6) folha de Excel na qual se faz o apuramento dos custos de estrutura; e 7) ficheiro Excel referente ao modelo de custeio de comboios, denominado “Ficha de Custeio Simplex”.
21. Em resultado da diligência de 6 de março de 2014, foram apurados os seguintes factos, tal como constam do Auto da diligência realizada:
 - a) O sistema de contabilidade da CP CARGA era assegurado pela CP até setembro de 2013, data a partir da qual a CP CARGA internalizou a contabilidade, com exceção do processamento de salários;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

- b) No que concerne à contabilidade, no seu todo, a informação respetiva está disponível de forma autónoma para a CP CARGA, referente aos anos anteriores a setembro de 2013, estando disponível em relatórios já emitidos em SAP em sede de contabilidade da CP e com faculdade de acesso por parte da CP CARGA. A única diferença em relação ao período anterior a setembro de 2013 é que, então, eram exclusivamente os funcionários da CP a fazer a contabilização e, desde essa data, são os funcionários da CP CARGA;
- c) Todos os mapas de custos têm como base o sistema SAP, sendo possível exportar os dados constantes deste sistema para o formato Excel, onde são trabalhados pela CP CARGA e a partir dos quais são retirados e calculados os mais diversos indicadores de gestão;
- d) Os relatórios de custos elaborados com base no sistema SAP permitem identificar gastos por centro de custos, com relatório detalhado de cada uma das rubricas;
- e) Quanto aos documentos visionados, identificados no auto da diligência, constatou-se que o terceiro documento contém custos por vagão e por série de vagões, desde custos financeiros, passando por custos de amortização, reparações, entre outros;
- f) Neste documento, os vagões estão identificados por série, em função das suas características técnicas; os custos financeiros dos vagões referem-se apenas aos vagões novos e os custos totais de cada vagão são calculados por ano e por dia, sendo posteriormente utilizados para apuramento dos custos por comboio;
- g) Os custos são isolados por série de vagões e os respetivos valores passam para uma folha do ficheiro designada por ‘Resumo’, servindo essa informação, posteriormente, como um dos contributos para o cálculo do custo estimado por comboio para efeitos de elaboração de orçamentos;
- h) O sétimo documento visionado corresponde ao denominado “Ficha de Custeio Simplex”, utilizado para o cálculo do custo do serviço a prestar, em



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

função do tipo de transporte, da origem-destino, do tipo de vagão e locomotiva utilizados, da duração do transporte, do retorno, do tempo de preparação da locomotiva, da existência ou não de manobras, do período de trabalho dos maquinistas, entre outras variáveis de custo relevantes;

- i) A “Ficha de Custo Simplex” serve de base à apresentação de pedidos de estimativas de custos, desencadeados pela área comercial, incluindo tipicamente, nas suas folhas, informação sobre os valores unitários das várias rubricas de custos;
 - j) Em resultado dos dados inseridos pelos diversos intervenientes, resulta a estimativa dos custos do serviço de transporte em causa, quer na sua vertente de custo total (com e sem custos de estrutura), quer em termos de comboio-quilómetro (CK), tonelada-quilómetro (TK) ou por contentor.
22. No desenvolvimento da investigação, em 26 de março de 2014, a AdC solicitou à CP CARGA elementos relativos, designadamente, à orçamentação das propostas comerciais para a prestação de serviço de transporte ferroviário de mercadorias, requerendo que indicasse a origem da informação de base relativa aos custos, o período a que se referem os custos utilizados na orçamentação, o tratamento dado a essa informação e os cálculos efetuados (rubricas de custos, valores unitários, etc.), requerendo cópia exemplificativa dos ficheiros em que esses cálculos são efetuados (seguido de pedidos complementares para integral acesso aos ficheiros informáticos entretanto disponibilizados, em 18 e 20 de junho de 2014), conforme resulta de fls. 60 a 64 e 86 e 87 dos autos.
23. A CP CARGA respondeu a estes pedidos de elementos em 28 de abril e 26 e 30 de junho de 2014, cuja cópia consta de fls. 65 a 85 e 88 a 91 dos autos, afirmando que:
- a) Utiliza para a orçamentação de propostas comerciais o modelo Simplex;
 - b) No modelo Simplex existem cinco folhas onde se encontram todos os custos unitários, fixos e variáveis, necessários ao apuramento do custo de um



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

comboio (que são validados pela Direção Financeira da empresa), com indicação do custo total do transporte em causa, sob diferentes perspetivas, tais como: (i) Custo comboio ida (sem custos de estrutura); (ii) Custo comboio volta (sem custos de estrutura); (iii) Custo total do comboio (sem custos de estrutura); (iv) Custo total do comboio (com custos de estrutura); (v) Custo por tonelada; (vi) Custo por TK; e (vii) Custo por CK;

- c) A informação sobre custos que serve de base à elaboração das propostas comerciais consta do Diretório de Rede da Ferroviária Nacional — REFER, EPE (REFER) (relativamente à taxa de uso e ao custo do estacionamento) e do sistema SAP em uso na CP CARGA;
 - d) Os custos unitários utilizados no modelo de custeio dos comboios “Simplex” resultam da aplicação de chaves de repartição, tendo por base os custos anteriormente referidos e ainda diversos dados de natureza qualitativa e quantitativa;
 - e) A CP CARGA procede à consolidação dos custos unitários anuais, que posteriormente servem de base à orçamentação de propostas comerciais;
 - f) A Direção Financeira elaborou orçamentações de propostas comerciais relativas ao transporte ferroviário de contentores, tendo em conta o modelo de custeio de comboios Simplex, para a Direção Comercial nos anos de 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013.
24. O modelo de custeio de comboios — “Ficha de Custeio Simplex” — foi considerado pela AdC um elemento essencial na investigação levada a cabo no âmbito do PRC/2013/3, relativa à alegada prática de preços predatórios por parte da CP CARGA, porquanto a AdC considerou que tal ferramenta lhe permitiu conhecer em detalhe os custos unitários utilizados no custeio dos comboios, bem como as respetivas chaves de alocação, informação que levou a AdC a pôr termo ao referido processo.
25. O modelo de custeio de comboios, denominado “Ficha de Custeio Simplex”, é uma ferramenta comercial para cálculo de orçamentos e não é um sistema



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

controlo de gestão de custos ou de contabilidade analítica de apuramento do custo real por troço ou por percurso.

26. A recorrente não dispunha, à data, de um sistema de contabilidade analítica que lhe permitisse apurar os custos reais por troço/percurso.
27. A recorrente, quando respondeu ao ponto 6 do pedido de elementos formulado pela AdC, nos termos *supra* reproduzidos, sabia que estava a ser investigada pela prática de um eventual abuso de posição dominante por preços predatórios e fê-lo na convicção de que respondia àquilo que a AdC pretendia averiguar, porquanto entendeu que a AdC pretendia saber os custos reais e não os custos estimados e da forma mais desagregada possível, que se entendeu corresponder ao troço, não tendo colocado a possibilidade de prestar as informações fornecidas pelo Simplex.
28. Quando a 28 de janeiro de 2014 a AdC pediu mais esclarecimentos e fornecimento de informações à arguida, nem aí, nem em momento ulterior, manifestou qualquer estranheza face à resposta que esta tinha dado a 3 de setembro de 2013 ao ponto 6, quando se referiu ao “custo por troço”, nunca tendo a AdC referido, ou insistido, a não ser na diligência realizada no dia 06 de março de 2013, que o que pretendia eram informações e documentos que atestassem a forma como era calculado/orçamentado o “custo por percurso”, na fase da formação do preço a propor aos clientes que solicitavam a prestação de serviços por parte da arguida.
29. Na diligência de 03 de março de 2013, compareceram nas instalações da arguida os instrutores do processo, membros da AdC, a quem foi dado acesso total, quer ao sistema informático, quer a todo e qualquer documento a que foi pedido acesso.
30. O ficheiro “Ficha de Custo Simplex” foi fornecido à AdC após os técnicos presentes terem questionado as colaboradoras da CP Carga sobre a forma como eram feitos os orçamentos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 276/15.9YUSTR

31. Não são conhecidos antecedentes contraordenacionais à recorrente nesta matéria.

*

Factos não provados:

- a) A recorrente, ao responder ao ponto 6 nos termos *supra* indicados, representou e quis faltar à verdade, prestar informações inexatas ou incompletas, tendo agido com convicção da ilicitude da sua conduta – antes se provou o que consta no ponto 27 dos factos provados.

*

Tudo o mais que conste na decisão impugnada e no recurso de impugnação e que encontre expressão nos factos provados e não provados é matéria de direito, de natureza conclusiva ou irrelevante.

*

Motivação:

Para apuramento dos factos provados e não provados foram tidos em consideração, desde logo, os meios de prova produzidos na audiência de julgamento, bem como os elementos recolhidos na fase organicamente administrativa, salientando-se que no “processo contraordenacional não vigora o princípio da imediação, na sua versão rígida”, pelo que “a prova produzida na fase administrativa mantém a sua validade na fase judicial”¹.

Na admissão e valoração destes meios de prova foram levadas em conta as normas legais relativas à admissibilidade dos meios de prova no processo de contraordenação (cfr. art. 42º, do RGCO) e no processo penal, aplicáveis subsidiariamente e com as devidas adaptações (cfr. art. 41º/1, do RGCO), bem como o princípio geral da livre apreciação da prova (cfr. art. 127º, do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do RGCO), nos termos que, em pormenor, se passam a expor.

¹Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Regime Geral das Contraordenações, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Europeia pág. 291, anotação ao art. 72º.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

Pontos 1 a 4: os factos em apreço foram retirados da informação constante do Relatório e Contas da CP CARGA - 2014, disponível em http://www.cpcarga.pt/templates/cpcarga/pdf/Relatorio_e_Contas_2014.pdf (Relatório e Contas de 2014).

Pontos 5 a 10: a factualidade exarada nestes pontos está documentada no pedido de informações de fls. 5 a 7.

Pontos 11 a 16: os factos em causa resultaram da cópia da resposta apresentada pela recorrente, que consta a fls. 19 e ss dos autos.

Ponto 17: a factualidade em apreço está documentada nos pedidos de informação de fls. 41-42 e 49 a 53.

Pontos 18 a 21: os factos indicados foram extraídos do auto de diligências de fls. 54 e ss.

Ponto 22: a factualidade exarada neste ponto está documentada nos pedidos de informações de fls. 60 a 64, 86 e 87.

Ponto 23: os factos vertidos neste ponto estão documentados nas respostas apresentadas pela AdC, que constam a fls. 65 a 85 e 88 a 91.

Ponto 24: os factos expostos neste ponto foram confirmados por Nuno Epifânio, Paula Mateus e Pedro Marques, instrutores do processo de contraordenação por abuso de posição dominante.

Pontos 25 e 26: importa salientar, em primeiro lugar, que os factos em apreço, que no essencial se traduzem na natureza do programa “Ficha de Custo Simplex” (doravante designado por Simplex), consubstanciam matéria de grande relevo para a decisão do caso, na medida em que a AdC considera, na decisão impugnada, que a recorrente faltou à verdade, na resposta ao ponto 6 do pedido de esclarecimentos, porquanto dispunha do referido programa e o mesmo lhe permitia obter os custos que a AdC pretendia saber.

Efetuado este esclarecimento, impõe-se, então, referir, em segundo lugar, que para o apuramento dos factos em análise foram determinantes as declarações prestadas pela representante legal da recorrente, Maria João Tender, e os depoimentos de Georgina



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

Senáculo, Ana Pinto e Joaquim Ribeiro, em conjugação com o parecer subscrito por esta última testemunha e que se mostra junto a fls. 131 e ss dos autos.

Assim, as declarações de Maria João Tender, membro da Direção Executiva da CP Carga, e o depoimento de Georgina Senáculo, que era, à data dos factos, a diretora financeira da recorrente e a quem a Direção Executiva da CP Carga atribuiu a responsabilidade pela elaboração da resposta, com a colaboração de duas técnicas, entre as quais Ana Pinto, foram relevantes sobretudo para uma mais fácil e melhor compreensão do Simplex. De facto, Maria João Tender e Georgina Senáculo não acrescentaram muito mais àquilo que consta no auto de diligência junto aos autos, acerca das características deste programa. Contudo, permitiram, pelas suas afirmações, que se conseguisse perceber de forma mais ágil, clara e impressiva que o Simplex se trata de um programa que é utilizado para calcular orçamentos, em função de pedidos de prestação de serviços concretos, e que, pese embora seja alimentado por dados retirados da contabilidade geral da CP Carga, esses dados servem para apurar custos médios unitários baseados em informação histórica e que, acima de tudo, o programa conduz ao apuramento de custos estimados. Efetivamente, o Simplex assenta em variáveis quanto aos possíveis custos que o serviço irá implicar (nomeadamente número de horas, vagões utilizados, pessoas envolvidas ...) e que poderão ser diferentes daqueles que na realidade se vêm a verificar. As declarações de Maria João Tender e Georgina Senáculo mereceram, nesta parte, inteira credibilidade porquanto não foram minimamente contrariadas pela demais prova produzida, nem apresentaram qualquer sinal de estarem a faltar à verdade. Considera-se, assim, exato afirmar-se, tal como salientou Joaquim Ribeiro, auditor externo da CP Carga, que o Simplex é uma ferramenta comercial, ou seja, que se destina a ser usada para fins comerciais.

Nesta medida e considerando adicionalmente a ausência de qualquer meio de prova suscetível de infirmar tais factos, mereceram também inteira credibilidade, nesta parte, o depoimento de Joaquim Ribeiro e o parecer por si elaborados no sentido de que o Simplex não pode ser qualificado como um sistema de controlo de gestão ou de contabilidade analítica destinado a apurar o custo real do serviço prestado. Com efeito, retira-se da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

leitura do parecer, o que também resultou de forma mais simplificada do depoimento da testemunha, que o Simplex, entre outros elementos diferenciadores, não considera certos fatores relacionados com a forma como determinados custos são repartidos (cfr. fls. 137 e ss).

Os meios de prova indicados também foram relevantes na parte em que confirmaram que a CP Carga não dispõe de um sistema de controlo de gestão ou de contabilidade analítica para apuramento do custo real do serviço prestado tanto por percurso, como por troço. E não dispõe devido a uma lógica de custo/benefício, porque as variáveis são imensas e não sentem necessidade. Não há razões para duvidar das afirmações efetuadas neste sentido, porquanto as mesmas não foram minimamente abaladas pela demais prova produzida.

É certo que Georgina Senáculo confirmou que era possível calcular o custo real de um serviço. Contudo, para além da decisão impugnada não se sustentar nesta possibilidade, mas na existência do programa Simplex, a testemunha esclareceu que essa possibilidade apenas seria exequível, por razões logísticas, em relação a poucos serviços, pois implicaria a recolha de muita informação. Não há qualquer razão consistente para duvidar de tal informação, que se considera perfeitamente lógica e razoável.

Importa ainda salientar que o facto da AdC ter considerado que o Simplex era suficiente para efetuar a sua análise da eventual existência de preços predatórios não contraria os factos em análise, pois não significa, só por si, que o Simplex mereça a qualificação de um sistema de gestão ou contabilidade analítica que permita o apuramento do custo real por troço ou por percurso. Efetivamente, tal facto, isoladamente considerado, significa apenas e só que a AdC bastou-se com estimativas de custos para concluir pelo arquivamento do processo por um alegado abuso de posição dominante por prática de preços predatórios.

Assim, por todas as razões exaradas, considera-se que, face à prova produzida, não é possível concluir de outra forma que não seja aquela que se expôs nestes pontos dos factos provados.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

Pontos 27, 29 e 30 e alínea a): da prova produzida não resultou qualquer evidência, minimamente consistente, lógica ou plausível, quanto à possibilidade da recorrente ter omitido a informação que podia retirar do Simplex com plena representação e vontade de faltar à verdade ou não facultar à AdC informações exatas ou completas na resposta ao pedido efetuado no ponto 6.

Com efeito, importa referir, em primeiro lugar, que tal possibilidade afigura-se dificilmente conciliável com o facto de ter sido essa informação que conduziu ao arquivamento do processo por abuso de posição dominante (conforme confirmaram Nuno Epifânio, Paula Mateus e Pedro Marques). E não se diga que este elemento é irrelevante, porque, à data da resposta, ainda não havia arquivamento, nem a recorrente poderia ter a certeza de que a referida informação iria conduzir a esse resultado. Este argumento não colhe, pois o que se retira do facto dessa informação ter sido essencial para conduzir ao arquivamento do inquérito é que não existia qualquer razão para a CP Carga a ocultar. Efetivamente, conforme esclareceu Joaquim Ribeiro – afirmações que mereceram credibilidade, porquanto não foram infirmadas pela demais prova produzida – o Simplex não incluía apenas custos operacionais, ou seja, custos relacionados com o serviço. Incluía também custos financeiros e custos administrativos não operacionais. Para além disso, Georgina Senáculo esclareceu que após o cálculo dos custos estimados, era acrescentada uma margem para efeitos de cálculo do preço do serviço. Isto significa, como confirmou Joaquim Ribeiro, que a CP Carga tinha todo o interesse em fornecer a informação resultante do Simplex, porque a mesma lhe permitia sentir-se confortável quanto à inexistência de qualquer prática de preços predatórios. Note-se que, à data, a CP Carga sabia que estava em causa uma investigação por preços predatórios, como afirmou Georgina Senáculo, afirmação essa que não foi abalada pela demais prova produzida.

Em segundo lugar, resultou dos depoimentos de Nuno Epifânio, Paula Mateus e Pedro Marques que a postura da CP Carga, nas pessoas de Georgina Senáculo, Ana Pinto e Célia Ricardo, foi de total abertura e colaboração aquando da deslocação dos referidos técnicos da AdC às instalações da CP Carga. Nuno Epifânio utilizou inclusive as palavras de *total honestidade e à-vontade* para descrever o comportamento das colaboradoras da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

CP Carga presentes. Note-se que Georgina Senáculo foi a autora da resposta ao ponto 6 do pedido de esclarecimentos, conforme a própria afirmou – afirmações que não foram contrariadas pela demais prova produzida – sendo de difícil conciliação essa postura com qualquer propósito prévio e deliberado de omitir informação relevante à AdC.

Em terceiro lugar, não há razões para duvidar do depoimento de Georgina Senáculo a propósito das razões que motivaram a resposta ao ponto 6. Assim, esclareceu a testemunha que, perante a pergunta formulada, pensou que a informação pretendida era *na base do real*, informação essa que a CP Carga não dispunha, e que a AdC pretendia essa informação *da forma mais desagregada possível*, razão pela qual aludiu a troço e não a percurso. Entendeu, assim, que a AdC ao aludir a percurso se expressou de forma incorreta. Mais retira-se do seu depoimento que a testemunha não equacionou a possibilidade de fornecer a informação disponibilizada pelo Simplex. Em termos de razoabilidade, as afirmações da testemunha não suscitam qualquer perplexidade.

Com efeito, impõe-se salientar, em primeiro lugar, que a referência a troço, em vez de percurso, podendo conduzir a uma primeira leitura de incompreensão, pois em momento algum a AdC aludiu a troço, tendo sido a recorrente a introduzir o conceito na resposta, é na verdade irrelevante. É irrelevante, porque o que gerou o suposto desencontro entre aquilo que a AdC pretendia (ou que veio a descobrir, no decurso da investigação, que era suficiente) e aquilo que a CP Carga informou, foi também o facto da testemunha ter assumido que a AdC pretendia informação *na base do real*. Informação essa que a CP Carga não dispunha nem para os troços, nem para os percursos. A irrelevância da alusão a troço em vez de percurso resultou ainda dos depoimentos de Nuno Epifânio, Paula Mateus e Pedro Marques. Com efeito, tornou-se evidente, em face das afirmações efetuadas pelas testemunhas, que a razão pela qual a resposta da CP Carga suscitou dúvidas não foi fundamentalmente o facto da mesma referir troço, em vez de percurso, mas a circunstância de se inferir dessa resposta que a recorrente não dispunha de um sistema de controlo de custos, como é normal uma empresa dispor. É de salientar ainda que Nuno Epifânio esclareceu que caso a informação fosse disponibilizada por troço teria sido possível calcular o custo por percurso, pois bastaria somar os troços.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

É certo que a defesa da recorrente, no recurso de impugnação, lança uma aparente confusão sobre esta matéria, pois sugere que a recorrente não forneceu a informação relativa ao Simplex aquando do primeiro pedido de esclarecimentos porque confundiu troço com percurso. Sucedeu que a fluidez permitida pela comunicação verbal e sem mediações, em audiência de julgamento, com a autora da resposta, Georgina Senáculo, permitiu compreender que a resposta não se baseou numa confusão involuntária entre percurso e troço, mas, conforme referido, no facto da testemunha ter assumido que se pretendia uma informação com base no real e o mais desagregada possível. Pressupostos estes que levaram a que a resposta referisse, por um lado, a inexistência de contabilidade analítica e, por outro lado, o troço.

É certo ainda que Georgina Senáculo referiu que a interpretação que fez do pedido de informações formulado pela AdC no pedido 6 não lhe suscitou dúvidas, enquanto que Maria João Tender afirmou que o conteúdo da resposta se deveu ao facto de terem considerado que a formulação da AdC não fazia sentido, sugerindo, assim, que a questão foi debatida e suscitou dúvidas. Parece existir uma contradição entre as afirmações da testemunha e as declarações de Maria João Tender. Trata-se, contudo, de uma contradição meramente aparente, pois Georgina Senáculo referiu não saber se, ao nível da Direção Executiva, o sentido daquele concreto pedido de informações suscitou dúvidas. Impõe-se ainda salientar que as dúvidas que se inferem das declarações de Maria João Tender não se reconduzem à possibilidade de ter sido equacionada a prestação das informações produzidas pelo Simplex, mas à circunstância de entenderem que não fazia sentido a conjugação de percursos com modalidades de serviço.

Por último, importa referir um elemento adicional que reforçou a credibilidade do depoimento de Georgina Senáculo, designadamente o depoimento de Pedro Marques. Assim, a testemunha afirmou que, quando se deslocaram às instalações da CP Carga, a conversa foi, *de uma forma genérica, como eram registados os custos e feito os orçamentos e foi-lhes mostrado tudo, sem qualquer tipo de problema.* Esclareceu adicionalmente que aludiram à orçamentação, porque problematizaram sobre a forma como a CP Carga calculava os preços. O depoimento da testemunha foi assim revelador



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

no sentido de que a “descoberta” do programa Simplex ocorreu quando a AdC abordou a questão que está diretamente relacionada com o mesmo, designadamente a orçamentação, e que, nesse momento e face à compreensão daquilo que a AdC pretendia, a informação foi facultada sem qualquer obstáculo.

Ponto 28: a factualidade exarada nestes pontos foi extraída dos depoimentos de Nuno Epifânio, Paula Mateus e Pedro Marques, tendo as testemunhas confirmado que não foram pedidos mais esclarecimentos à recorrente para além dos esclarecimentos escritos documentados nos autos e dos pedidos efetuados na diligência realizada nas instalações daquela.

Ponto 31: a factualidade em apreço considerou-se demonstrada face à inexistência de qualquer evidência em sentido contrário.

Fundamentação de direito

À arguida foi imputada a prática de uma contraordenação prevista e punida pelos arts. 68º/1, al h), e 69º/3, todos da Lei nº 19/2012, de 08.05 (Lei da Concorrência – LdC). Entende a AdC que a recorrente violou este preceito na resposta escrita ao ponto 6 do pedido de elementos de 17 de junho de 2013, uma vez que dispunha do programa Simplex. Vejamos se lhe assiste razão.

Estipula o art. 68º/1, al h), da LdC, que é punida com coima *a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade da Concorrência, no uso dos seus poderes sancionatórios.*

Trata-se de uma contraordenação punida a título doloso, nos termos gerais do art. 8º/1, do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), e a título negligente, por força do art. 68º/3, da LdC.

No caso concreto, a infração é imputada a título doloso. Imputação esta que, independentemente da verificação ou não dos elementos objetivos do tipo de ilícito, soçobra, porquanto não ficaram demonstrados os factos respetivos – cfr. alínea a) dos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

factos não provados e art. 14º, do Código Penal (CP), *ex vi* art. 32º, do RGCO. Inclusive se apurou que a recorrente nem sequer representou a prática do ilícito – cfr. ponto 27 dos factos provados.

No que respeita à eventual imputação da infração a título negligente, impõe-se referir que a negligência é constituída por um tipo de ilícito e por um tipo de culpa específicos. O tipo de ilícito negligente pressupõe a violação, por parte do agente, de um dever de cuidado que sobre ele impende e que conduz à verificação da infração² (cfr. art. 15º, do CP, *ex vi* art. 32º, do RGCO).

Tratando-se, no caso concreto, de uma infração de mera atividade, que tem subjacente um específico dever de cuidado, designadamente o dever de colaboração, o que se impõe aferir é a medida de cuidado exigida³. Para tanto, deve-se atender ao “homem médio” pertencente à categoria intelectual e social e ao círculo de vida do agente, a não ser que o agente tenha capacidades superiores à média⁴.

Reportando-nos ao caso concreto, iremos empreender essa análise assumindo, sem melhor ponderação por desnecessidade, que a informação prestada pela recorrente na resposta ao ponto 6 do primeiro pedido não era verdadeira (no segmento que refere não ser possível prestar a informação solicitada) ou não respondeu de forma exata ou era incompleta (por não fazer referência aos custos estimados obtidos através do ficheiro Simplex), tendo em conta que o pedido de informação era genérico.

Não obstante se assumir essa premissa, considera-se que isso não pode ser imputado à recorrente por violação do referido dever de colaboração. Com efeito e tal como referido no parágrafo precedente, o pedido de informação efetuado pela AdC era genérico, não especificava o tipo de custos que era pretendido, designadamente custos reais ou estimados e a fonte de apuramento. Por ser genérico era também, por natureza, impreciso, fazendo recair sobre a CP Carga, suspeita num processo de contraordenação, o ónus de identificar todos os possíveis sentidos relevantes. Ora, é evidente que o dever de

² Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 864.

³ Figueiredo Dias, ob. cit., pág. 869.

⁴ Figueiredo Dias, ob. cit., págs. 864 e 871 e ss.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR

colaboração exigido não pode ter esta extensão, pois já se não se trataria de mera colaboração, no sentido de auxílio ou coadjuvação, mas de exigir ao suspeito (médio ou mesmo com capacidades especiais) que se substituisse à própria AdC na aferição do que é relevante para a investigação. Pelas mesmas razões, o dever de colaboração não impõe ao suspeito, com as características referidas, que interpele a AdC no sentido de saber se o sentido que atribui ao pedido de informação corresponde àquele que a mesma pretende ou se há outros sentidos possíveis. Na verdade, considera-se que compete à AdC, no exercício dos seus poderes sancionatórios, ir apurando, no decurso da investigação e na sequência das respostas apresentadas, o tipo de informações que pretende e, nessa medida, ir formulando pedidos de informação cada vez mais concretos e específicos.

No caso, a recorrente atribuiu ao primeiro pedido de informação genérico um sentido, centrado nos custos reais, que estava compreendido no âmbito do pedido de informação. É irrelevante que a resposta se tenha referido ao troço, em vez de percurso, pois, ao assumir-se que o pedido de informação se reportava a custos reais, a informação era a mesma. Acresce ainda que a interpretação do pedido de informação no sentido de que se reportava a custos reais era a interpretação mais linear e lógica para qualquer empresa com as características da recorrente, numa situação em que sabia estar a ser investigada pela eventual prática de preços predatórios. Consequentemente, considera-se que a eventual prestação de informação falsa, inexata ou incompleta na resposta ao ponto 6 do primeiro pedido de informações não se deveu a qualquer violação do dever de cuidado, designadamente do dever de colaboração que impedia sobre a recorrente. Deveu-se, sim, ao facto da AdC ter efetuado um pedido genérico, ficando sujeita a que a resposta apresentada não respondesse de forma cabal àquilo que pretendia e que servisse apenas de princípio para efetuar diligências complementares destinadas a concretizar melhor a sua pretensão, conforme veio a suceder. Com efeito, perante a resposta da CP Carga, a AdC deslocou-se às suas instalações e acabou por solicitar informações relacionadas com a orçamentação que conduziram à obtenção dos elementos pretendidos, com total colaboração por parte da CP Carga.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 276/15.9YUSTR

Considera-se, assim, que o desencontro ocorrido aquando da resposta ao primeiro pedido de informações não pode ser imputado, a título negligente, à recorrente, pelo que se impõe a sua absolvição.

Dispositivo

Em face de todo o exposto, julgo o presente recurso totalmente improcedente, absolvendo-se a recorrente da contraordenação imputada e, nessa medida, revogando-se a decisão da Autoridade da Concorrência.

Custas

Sem custas – cfr. art. 94º/3, *a contrario*, do RGCO.

Deposite.

15.12.2015



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 276/15.9YUSTR