



200460-10080840



R E 7 0 8 0 3 9 5 2 8 P T

Exmo(a) Senhor(a)

Avenida de Bema, N.º 19
1050-037 Lisboa

223/06.9TYLSB.L1

Processo: 223/06.9TYLSB.L1	Apelações em processo comum e especial (2013)	Referência: 13352320 Data: 13-07-2018
Extraída dos autos de Recurso Penal, nº 223/06.9TYLSB.L1 do Lisboa - Tribunal da Relação - 3ª Secção		
Recorrente: Barraqueiro Sgps, S.A. e outro(s)...		
Recorrido: Autoridade da Concorrência e outro(s)...		

Assunto: Acórdão

Fica V. Ex.ª notificado, na qualidade de Mandatário, relativamente ao processo supra identificado, do acórdão de que se junta cópia.

(A presente notificação presume-se feita no terceiro dia posterior ao do seu envio, quando seja útil, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o não seja).

O Oficial de Justiça,

Maria de Lurdes Custódio

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

142/2018

PROC. Nº 223/06.9TYLSB.L1

APELANTES: "BARRAQUEIRO, SGPS, SA" e "ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS, SA" (*Autores da acção*).

APELADA: "AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA" (*Ré na acção*).

*

Acordam os Juízes deste Tribunal da Relação de Lisboa:

1. "BARRAQUEIRO, SGPS, SA" e "ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS, SA" intentaram em 23 de fevereiro de 2006 contra a "AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA" a presente *acção administrativa especial* (que, à data da interposição da mesma se encontrava prevista e regulada pelos artºs 53º a 55º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, e actualmente o está pelos artºs 91º a 93º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), que correu termos, sempre sob o n.º 223/06.9TYLSB, inicialmente pelo 1º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa e depois pelo 1º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, e na qual, tomando por referência a petição inicial reformulada que ocupa fls. 2179 a 2254 do presente processo (volume 7), pedem que:

"a) (seja) anulada a Decisão de proibição à operação de concentração notificada, ou a operação tal qual resultou das alterações introduzidas pelos autores da notificação, por não ser a mesma operação susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste;

b) (seja) a Autoridade da Concorrência condenada à adopção dos actos e operações necessárias à reconstituição da situação que existiria se o acto anulado não tivesse sido praticado e dar cumprimento aos deveres que ela não tenha cumprido com fundamento no acto impugnado, designadamente a condenação da Autoridade da Concorrência na prática de uma Decisão de não oposição à operação de concentração tal como foi notificada, ou na sequência de alterações introduzidas pelos autores da notificação." (sic).

No despacho saneador de fls. 2291 a 2321 (volume 8), datado de 15/06/2015, foi decidido, com trânsito em julgado, o seguinte:

"Pelo exposto, julgo parcialmente procedente a excepção dilatória inominada de pedido ilegal e, em consequência, decido declarr ilegal e portanto, rejeitar o pedido deduzido pelas autoras sob a alínea b) e tendente à «(...) condenação da Autoridade da Concorrência na prática de uma Decisão de não oposição à operação de concentração tal como foi notificada, ou na sequência de alterações introduzidas pelos autores da notificação»." (sic - fls.2313).

Depois de cumprida a subsequente tramitação processual legalmente prevista, foi proferida em 31/10/2016, a sentença de fls. 3129 a 3186, cujo decreto judicial tem o seguinte teor:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

"Pelo exposto, e nos termos dos fundamentos enunciados, decido:

- Julgar totalmente improcedente a presente acção especial administrativa e, em consequência, absolvo a Ré Autoridade da Concorrência do pedido de anulação da Decisão de proibição à operação de concentração notificada pela Autoras BARRAQUEIRO SGPS, S.A. e ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS, S.A., ou à operação tal qual resultou das alterações introduzidas pelos autores da notificação, por não ser a mesma operação susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste;

- Julgar totalmente improcedente o pedido de condenação das Autoras como litigantes de má-fé, absolvendo-as do pedido.

Custas pelas Autoras e Ré, na proporção de 9/10 para as Autoras e 1/10 para a Ré, nos termos dos arts 527.º do novo Código de Processo Civil, por via do art.º 1.º do C.P.T.A. e art.º 6.º, n.º 1 e TABELA I-A do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2004 de 26 de Fevereiro, sem prejuízo do benefício de isenção de custas nos termos do art.º 4.º, n.º 1 al. g) do mesmo Regulamento.

Registe e notifique, notificando os Ilustres assessores técnicos para apresentarem, no prazo de 10 dias, nota de honorários e despesas." (sic).

Inconformadas com essa decisão, as Autoras deduziram contra ela o recurso que a esta Relação cumpre dirimir (fls. 3255 verso a 3256) no qual pedem que "... (seja) o presente recurso ... julgado totalmente procedente e, em consequência, revogada a decisão recorrida, tudo com as consequências legais que daí são resultantes" (sic - fls. 3411), formulando para sustentar essa pretensão as seguintes **138 conclusões** que constam de fls. 3394 verso a 3411 (*reproduzidas integralmente tal como estão escritas*):

"1. A sentença recorrida deve ser revogada, por estar inquinada por vícios graves de direito (incluindo na indagação e determinação dos factos relevantes) que têm que levar, forçosamente, à sua substituição por Douto Acórdão que julgue o pedido das Recorrentes procedente.

2. O Tribunal *a quo*, no essencial, validou a decisão da Recorrida, impugnada nos autos, decisão essa que enfema de graves vícios e, ao não terem sido reconhecidos por aquele, motivam a nulidade da sentença aqui em crise.

3. Além dos erros graves de direito imputáveis à sentença recorrida, esta valorou também erradamente a prova produzida nos autos e isto a dois níveis:

(i) Desconsiderando a documentação e pareceres juntos aos autos; e

(ii) Desconsiderando a prova testemunhal feita em sede de audiência de julgamento.

4. Tal posição da sentença recorrida enfema de erro de facto e de direito por violação das regras sobre a produção de prova e omissão de prova, dado que, apesar de a Administração gozar, no exercício das suas funções, de poderes discricionários, cabe ao Tribunal controlar efetivamente os limites legais vinculados no exercício dessa discricionariedade.

5. No entanto, Tribunal *a quo* não exerceu os referidos poderes e limitou-se a "aderir" à decisão da AdC que foi impugnada nos autos de primeira instância.

6. Com efeito, o Tribunal considerou que à decisão administrativa não estavam subjacentes "erros manifestos na interpretação do quadro jurídico referencial ou dos conceitos jusconcorrenciais", mas a verdade é que tais erros existem, são patentes e são manifestos.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

7. O Tribunal *a quo* limitou-se, materialmente, a aderir à decisão da AdC, não verificando se tinham sido ou não tidos em conta pela AdC todos os elementos necessários à tomada da decisão impugnada nos autos, sendo que lhe cabia ter verificado da exatidão material dos factos e da inexistência de erro manifesto de apreciação.

8. Ora, esse controlo deveria ter sido efectuado, dado corresponder ao tipo de controlo que um Tribunal, respeitando a discricionariedade da Administração, pode e deve realizar.

9. No entanto, tal facto não retira ao juiz o dever de fiscalizar a qualificação jurídica que se faz dos dados de natureza económica, até porque este está obrigado a verificar a exatidão material dos elementos de prova invocados, sua fiabilidade e coerência, como também a fiscalizar se esses elementos constituem todos os dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que delas se extraem.

10. A fiscalização jurisdicional é ainda mais necessária pelo facto de as operações de concentração não serem práticas ilegais: é que a AdC apenas pode proibir uma operação de concentração se preenchidos os requisitos legais do artigo 12.º n.º 4 da LdC.

11. Ao Tribunal compete ainda proceder a um controlo formal das decisões e verificar se as regras processuais foram respeitadas e observados todos os procedimentos legais exigidos nomeadamente no que respeita à obrigatoriedade de consulta de entidades reguladoras, garantir que a fundamentação da decisão é adequada, e assegurar-se de que os factos foram devidamente expostos, etc., mas tal não foi feito pelo Tribunal *a quo*.

12. Com efeito, ficou testemunhal e documentalmente provado que a AdC não realizou a análise que devia ter realizado nos termos do artigo 12º, 2 da LdC, desconsiderando, dolosamente, o "*interesse dos consumidores finais*", a "*estrutura dos mercados relevantes e a existência ou não de concorrência de empresas estabelecidas nesses mercados ou em mercados distintos*", "*a existência de direitos exclusivos conferidos por lei*" e finalmente "*o contributo da concentração para a competitividade internacional da economia nacional*" dado que:

- a) Chegou a uma incorreta definição dos mercados relevantes;
- b) Não considerou a existência de regulação setorial, que, nomeadamente:
 - (i) impedia as partes de aumentarem as tarifas sem o acordo das autoridades reguladoras setoriais;
 - (ii) impedia que as partes diminuíssem a qualidade do serviço prestado, com o objetivo de transferir passageiros da TST para a Fertagus e que condicionassem, suprimissem ou alterassem horários de carreiras;
 - (iii) impedia que as partes denunciasses acordos relativos a passes combinados de que são partes - ou seja, a regulação sectorial limitava as partes na definição dos principais parâmetros de concorrência;
- c) Não teve em conta o objetivo da política de transportes e, deste modo, os interesses dos consumidores;
- d) Não teve em conta o contributo da operação para a economia nacional; e
- e) Não aceitou os compromissos propostos pelas partes.

13. A AdC também não cumpriu todas as formalidades a que estava adstrita por força da lei e o Tribunal coibiu-se de cumprir com seu dever de exercício de um efetivo controlo jurisdicional.

14. Assim, a sentença recorrida deve ser revogada, sendo nula por erro na valoração da prova e do direito aplicável.

15. No capítulo III a sentença recorrida elencou as questões que cabiam ser decididas e avançou, de seguida, para os factos que considerou provados para logo a seguir fixar os não provados, sendo aqui notória a contradição entre uns e outros, o que fere a sentença de nulidade, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 615º, n.º 1, alínea c) do Código de Processo Civil.

16. O Tribunal deu como não provados factos que deu anteriormente como provados, sendo desde já de chamar a atenção para a contradição insanável entre os factos provados 37 e 38 e facto não provado 39.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

17. Semelhante contradição é notória, ficando a sentença recorrida ferida de nulidade, nos termos do disposto pelo artigo 615º, n.º 1, alínea c) do Código de Processo Civil e que desde já se invoca para todos os efeitos legais.

18. Acresce que o Tribunal não verificou se os elementos apresentados pela AdC constituíam a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar a situação complexa que se lhe deparava ao não admitir nenhum dos elementos de prova apresentados pelas Recorrentes.

19. O Tribunal *a quo* desconsiderou em absoluto os pareceres apresentados pelas Recorrentes e que se encontram juntos à P.I. como documentos n.º 7, 8 e 29 e parecer da NERA junto aos autos a fls. 2518 a 2643.

20. Acresce que o Tribunal *a quo* desconsiderou perfunctoriamente o parecer do Prof. Doutor José Manuel Viegas (*parecer de 13-03-2006 na fundamentação da sentença*), sendo que a fundamentação da desconsideração de que lança mão é puramente superficial.

21. Já os restantes pareceres e estudos são integralmente afastados pelo Tribunal com base em premissas que o Tribunal não demonstra e que teria sempre de fundamentar.

22. O Tribunal não apreciou, ou pelo menos não menciona ter apreciado, todos os pareceres juntos, uma vez que não menciona o Parecer da MLGTS, o que constitui uma nulidade, por falta de apreciação de um meio de prova e que se encontra insita no artigo 615.º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Civil.

23. Acresce que o Tribunal não tomou, a nosso ver, em devida conta o peso e relevância dos pareceres juntos pelas Recorrentes.

24. De facto, se bem se atentar no teor da sentença recorrida verifica-se que este entendeu que "*os pareceres refletem alegações jurídicas e técnicas de oposição à decisão de proibição, destituídos de isenção e equidistância científica*", logo acrescentando que "*as conclusões dos pareceres juntos aos autos pelas Autoras contrariam, frontalmente, as conclusões dos pareceres solicitados pelo Tribunal, nomeadamente quanto à correcção da análise económica e jusconcorrencial e quanto à definição técnica de intermodalidade, substituíbilidade e mercado geográfico relevante da decisão em função de pares origem/destino*" que "*os pareceres não partem do mesmo quadro factual e acervo de dados subjacente à análise económica e jusconcorrencial da decisão impugnada*", que "*os pareceres juntos não partem do mesmo quadro factual de análise económica e jusconcorrencial da decisão impugnada, sendo argumentativos quanto ao mérito e conclusivos quanto à legalidade da decisão*"; que "*contrariam os pareceres solicitados pelo Tribunal*" que "*os estudos estão direta e imediatamente contrariados pelos pareceres dos assessores nomeados pelo Tribunal*"; que "*os estudos foram elaborados fora do período de análise técnico-económica jus-concorrencial (de prognose) feita pela AdC, no âmbito da operação de concentração notificada em 2004, carecendo de qualquer utilidade para a aferição da legalidade da decisão em causa*" (cfr. págs. 71 e seguintes da sentença recorrida), **enfermando neste particular, a sentença, de erro de facto e de direito, devendo ser revogada.**

25. Ao invés, verifica-se que o Tribunal *a quo* substituiu os pareceres das Recorrentes pelos pareceres que o próprio Tribunal pediu aos Professores Doutores Fernando Branco e Nuno Alexandre Cavaco, para concluir que "*os pareceres apresentados revelam-se de assertiva e exemplar corroboração da conformidade da análise técnica da decisão da AdC em sede de avaliação económica jusconcorrencial, pelo que os mesmos foram valorados para efeitos do juízo probatório negativo acima enunciado*".

26. Porém, os pareceres desconsiderados e juntos pelas Recorrentes aos autos são extremamente importantes desde logo em virtude da autoridade de quem emanam.

27. Para o que efetivamente importa, os pareceres juntos pelas Recorrentes colocam a descoberto os erros e as premissas de que parte a Recorrida para proferir a decisão de proibição em crise nos autos e fazem-no relativamente aos seguintes aspetos:

a) *O sector dos transportes é regulado (cfr. todos os pareceres);*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

b) A política de transportes em aglomerações urbanas, nacional e da União Europeia ("UE"), visa a complementaridade entre os modos de transporte como forma de alcançar o melhor interesse dos consumidores (vide, em particular, os pareceres da PLMJ e do Prof. José Manuel Viegas);

c) Os transportes em aglomerações urbanas são vistos como um serviço público (vide, em particular, os pareceres da PLMJ e do Prof. José Manuel Viegas);

d) Por estes motivos, a política de transportes em aglomerações urbanas funciona através da concessão de direitos exclusivos, defendendo uma concorrência pelo mercado (aquando da adjudicação) e não uma concorrência no mercado (aquando da operação) (vide, em particular, os pareceres da PLMJ e do Prof. José Manuel Viegas);

e) A AdC definiu erradamente o mercado relevante por não ter em conta a inexistência de substituíbilidade do ponto de vista da procura entre os diversos pares origem/destino (vide, em particular, pareceres MLGTS e Nera);

f) A AdC, erradamente, não teve em conta a pressão concorrencial exercida pelo transporte individual e pelo transporte fluvial (vide o parecer da PLMJ);

g) A AdC, erradamente, não aceitou os compromissos comportamentais e estruturais apresentados pelas aa. (vide, em particular, os pareceres da MLGTS e da PLMJ);

h) A AdC não provou, sendo seu o ónus da prova, que a operação de concentração, tal como notificada e modificada pelos compromissos apresentados pelas aa., era suscetível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual resultassem entraves a uma concorrência efetiva (vide os pareceres da MLGTS e da PLMJ); e

i) A AdC não consultou, como preconizado por lei, ou não consultou em tempo, as autoridades reguladoras (vide o parecer da MLGTS).

28. É que, de facto e em contrapartida, a razão pela qual o mesmo Tribunal valoriza os pareceres dos seus peritos por não porem em causa a avaliação jusconcorrencial realizada pela AdC, o que apenas demonstra que o Tribunal a quo se limitou a...aderir à decisão impugnada nos autos ...!

29. O Tribunal afirma que os pareceres e estudos apresentados pelas Recorrentes contrariam o desenvolvido pelos assessores do Tribunal.

30. Este não é, salvo melhor opinião e o devido respeito, um fundamento sério para desconsiderar os pareceres das ora Recorrentes. E, acresce, se os desconsiderou em absoluto como se pode afirmar que são contrariados pelos pareceres dos assessores do tribunal...

31. O Tribunal a quo parece esquecer-se que, nos termos legais, os pareceres, quer os oferecidos pelas partes, quer os solicitados pelo tribunal, têm como função ajudar o julgador a decidir sobre matérias de elevada complexidade técnica, devendo o Tribunal considerar ambos, independentemente de terem sido oferecidos pelas partes ou solicitado pelo Tribunal.

32. Ora é consabido que o Tribunal, enquanto *fiscalizador* da legalidade administrativa pode e deve reapreciar o acervo de facto do qual partiu a Recorrida e, por outro lado, a verdade é que nada impede portanto os pareceres de reanalisarem esse acervo factual.

33. Semelhante reanálise de acervo factual encontra-se expressamente vertida nos pareceres juntos e tal não pode nem deve ser motivo para a sua desconsideração, como aparentemente ocorreu na sentença em violação das regras processuais.

34. Em boa verdade, era esse o exercício que o Tribunal a quo deveria ter realizado, i.e., devia ter: (i) reanalisado os factos relevantes; (ii) verificar a exatidão material dos elementos de prova invocados; (iii) a sua fiabilidade e a sua coerência; (iv) fiscalizar se esses elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa; e (v) se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que dele se retiram!

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

35. O Tribunal pediu a dois académicos que se pronunciassem sobre o caso, mas estes apenas se concentraram na análise da decisão da Recorrida e não fizeram qualquer alusão aos estudos e pareceres preparados pelas Recorrentes.

36. Releve-se ainda que a apreciação dos pareceres juntos pelo Tribunal deveria ter levado em linha de conta a sua incompletude factual.

37. Mas o Tribunal ainda assim não levou em linha de conta o que constava dos referidos pareceres.

38. Com efeito, o assessor técnico nomeado pelo Tribunal (o Prof. Doutor Fernando Branco) considerou que a AdC não procedeu a uma correta análise da estrutura de concorrência no mercado, pois tal análise teria de ser feita através de estudos econométricos e tal não foi devidamente ponderado pelo Tribunal.

39. Com efeito, um dos assessores do Tribunal aponta uma falha inconcebível à análise da AdC e, apesar de o Tribunal recorrido valorar estes pareceres, não retirou deles todas as consequências, o que é, no mínimo, incongruente e implica uma insanável contradição probatória que deverá ser declarada por esse douto Tribunal da Relação de Lisboa, devendo a sentença recorrida ser revogada por erro de facto e violação das regras de valoração de prova.

40. Além do mais, esta omissão é particularmente grave, tendo em conta que a única análise econométrica existente no processo consta do parecer da Nera (a fls. 2518 a 2643), apresentado pelas Recorrentes, e que não foi devidamente apreciado pelo Tribunal a quo.

41. Acresce que a sentença recorrida está igualmente inquinada, porquanto ser infundada a conclusão de que o estudo da NERA foi elaborado *"fora do período de análise técnico-económica jus-concorrencial (de prognose) feita pela AdC, no âmbito da operação de concentração notificada em 2004, carecendo de qualquer utilidade para a aferição da legalidade da decisão em causa"*.

42. É lógico que os estudos solicitados pelas Recorrentes às empresas tenham uma data posterior à decisão de oposição da AdC da operação de concentração notificada, precisamente por servirem para a impugnar! ...

43. Acresce que os mesmos estudos foram elaborados com base nos dados existentes à data da notificação da operação pelo que não se vislumbra qual a lógica subjacente à desconsideração da utilidade daqueles.

44. Enferma de erro de facto e de direito, por ter desconsiderado os pareceres, sem mais, com base numa pretensa falta de isenção, pelo simples facto de terem sido elaborados a pedido das partes.

45. Acresce também que o Tribunal a quo desvalorizou, *in totum*, a prova testemunhal produzida nos autos de julgamento, no que enferma de erro de facto e de direito.

46. Com efeito, o Tribunal a quo afirma expressamente que desconsiderou os depoimentos das testemunhas, entendendo que *"a actualidade do seu depoimento constitua com a valoração dessas declarações para a percepção de realidades com quase 10 anos de ocorrência, exponencialmente evidenciado pelo depoimento no segmento dos compromissos assumidos, pelo que qualquer utilidade probatória teria de estar sustentada, corroborada e confirmada pela prova documental já enumerada"*.

47. No caso dos autos, trata-se apenas de relatar e descrever a realidade do sector dos transportes públicos de passageiros, à data dos factos, realidade essa bem conhecida Por quem a viveu e vive há décadas, pelo que a memória da mesma POUCO ou nada é afetada pela decurso dos anos...

48. Sem prejuízo, a verdade é que o Tribunal a quo actuou em manifesto erro e valorou mal os depoimentos das testemunhas arroladas, não sendo verdade que aqueles não tenham aportado qualquer percepção de factos demonstrativos e suscetíveis de integrarem os temas de prova dos autos.

49. Além do mais, o Tribunal valorou ainda mal a prova, ao considerar que os depoimentos prestados em audiência estão marcados por qualquer *confusão* entre uma perspetiva profissional, funcional e pessoal e pelo relato de meras *opiniões* nomeadamente sobre a substituíbilidade e intermodalidade entre meios de transporte e as deslocações de pessoas entre as margens do Tejo.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

50. E o Tribunal *a quo* volta a errar quando refere que o conhecimento e razão de ciência das testemunhas sobre os temas de prova, especialmente do testemunho da Dr.ª Ana Cristina Dourado, são generalistas, visto não terem participado no procedimento de operação e dele tomaram conhecimento meramente precário (cf. pág. 67 da sentença recorrida).

51. Sendo que a sentença recorrida desvalorizou totalmente a prova produzida nos autos e que é[ra] mais do que suficiente para demonstrar que a decisão em crise nos autos de primeira instância era ilegal.

52. Por outro lado, o Tribunal *a quo* desconsiderou também e *in totum* os documentos melhor descritos nas páginas 76 e 77 da sentença, por considerar que os mesmos configuram "elementos meramente acessórios e remotamente instrumentais dos factos demonstrativos concretizados nos temas de prova" ou que se referem "à tramitação do processo ou a dados econométricos sobre os elementos económicos tratados na decisão de proibição" e que por este motivo "não lograram qualquer contributo para a motivação probatória dos autos".

53. Apesar de o Tribunal admitir que tais documentos se referem à tramitação processual ou aos próprios dados económicos tratados na decisão da AdC, desconsiderou-os em bloco e sem avaliar casuisticamente e como era seu dever a pertinência de cada um para o caso, no que violou as regras sobre a valorção da prova, enfermando a sentença, conseqüentemente, de erro de facto e de direito.

54. Tais documentos eram (e são) extremamente relevantes para a análise do caso e para prova e concretização do mercado relevante e também do impacto da regulação sectorial na liberdade de atuação das empresas.

55. São também fundamentais para a demonstração inequívoca da existente contradição entre os factos provados e não provados, i. e., factos provados n.º 37 e 38 e o facto não provado 39, o que inquina a decisão recorrida do vício da nulidade, tudo nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea c) do Código de Processo Civil.

56. Acresce que o Tribunal entendeu que alguns dos temas da prova não se reconduziam propriamente a factos demonstráveis, mas sim a argumentos de índole jusconcorrencial sobre a proficiência da decisão impugnada, o que está errado conquanto se tratam, efectivamente, de factos demonstráveis, quer testemunhal, quer documental e que não funcionam como um limite funcional do controle judicial sobre o poder administrativo.

57. Semelhante entendimento viola a lei processual e as regras sobre delimitação dos temas da prova e produção de prova, o que desde já se invoca para os devidos efeitos, devendo a sentença ser assim revogada, porque nula e violadora do princípio da tutela jurisdicional efectiva prevista nos artigos 20.º e 268.º da Constituição, o que desde já se invoca para os devidos efeitos.

58. É precisamente esse entendimento genérico e sem base legal que justifica o imenso rol de factos não provados que transparece da p. 61 da sentença recorrida quando esta reconhece que desconsiderou a prova testemunhal quanto aos pontos 33 a 35, 37 a 44, 49, 50, 61, 64 a 65, 69 a 74, 81, 82, 90, 92, 95 a 98, 108, 109, 115 a 116, 112 a 114, 117, 125 a 127, 169, 170, 178, 180 a 183, 198 e 199, 256 a 258, 261, 264 e 267, 272, 276 e 277, 279 e 280, 285, 290, 291 e 295, 300, 310 a 315, 334 e 335, 336, 338 a 340, 244 a 345 da PI por se reputar a prova de tais factos de "*alegações conclusivas ou alegações conclusivas e argumentativas*".

59. O Tribunal *a quo* com base numa pré-compreensão ilegal de que tais factos, apesar de terem sido levados a temas da prova, afinal não serem susceptíveis de prova, o juiz em violação da lei processual desconsiderou toda a prova, por considerar que sobre tais factos, por natureza, apenas se poderiam produzir alegações conclusivas e argumentativas, o que demonstra claramente a contradição entre a decisão e o despacho saneador (transitado em julgado) que ele próprio proferiu e onde definiu os temas da prova.

60. Pré-compreensão que o Tribunal aflorou no seguinte trecho da sentença *a quo*: "*quanto ao Ponto 3 dos temas da prova, respeitante à análise económica e jusconcorrencial dos requisitos não taxativos do artigo 12.º da Lei da Concorrência, afigura-se-nos que tratam realidades conceptuais técnicas - intermodalidade, substituíbilidade entre*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

transportes; estrutura dos mercados; interesse dos consumidores, direitos exclusivos; elasticidade dos preços, critérios casuísticos de definição de mercado geograficamente relevante", etc., decidindo, depois, por os considerar como não provados.

61. A proceder semelhante entendimento, deixaria de haver controlo judicial sobre a actuação administrativa em sede jusconcorrencial em Portugal, dado que, uma coisa é tais aspectos serem inequivocamente factos susceptíveis de prova; coisa diversa é a limitação dos juízos valorativos sobre os factos que nada tem que ver com a sua prova ou não prova, razão pela qual ao falhar esta separação a sentença violou grave e flagrantemente a lei processual.

62. A presunção aponta no sentido de que compete à AdC o ónus da prova dos pressupostos do acto que praticou, também por essa razão enfermando a sentença de erro de facto, devendo ser revogada.

63. Note-se, aliás, que o Tribunal *a quo* não deu como provados os factos contrários, que suportam a decisão da AdC. Ora, competindo a esta entidade o ónus da prova da sua decisão, resulta cristalino que a sentença recorrida enferma de erro na fixação da matéria de facto, sentença essa que assim tem que ser revogada e corrigida a instrução da base factual relevante para o caminho crítico da decisão.

64. A sentença recorrida julgou improcedente que a decisão da AdC estava inquinada por vício de forma por preterição de formalidade essencial consubstanciada na omissão de audição da Direcção-Geral dos Transportes Terrestres e Fluviais (DGTTF) e Inspeção-geral de Obras Públicas.

65. Enfermou contudo de erro de Direito, dado que a referida omissão contraria o disposto no número 1 do artigo 39º da LdC, que impõe que *"sempre que uma operação de concentração de empresas tenha incidência num mercado objeto de regulação sectorial, a Autoridade da Concorrência, antes de tomar uma decisão ao abrigo do n.º 1 do artigo 35.º ou do n.º 1 do artigo 37.º, consoante os casos, solicita que a respetiva autoridade reguladora se pronuncie, num prazo razoável fixado pela Autoridade"*. E acrescentaríamos nós que essa pronúncia deve ser sobre o projecto de decisão...assim se interpretando correctamente o disposto nesse preceito legal!

66. Sendo inequívoco que, conforme demonstrado e à data dos factos, a Direcção-geral dos Transportes Terrestres ("DGTT") consistia numa entidade reguladora, entidade responsável pelo setor dos transportes rodoviários terrestres, e que portanto devia ter sido colhido o seu parecer, à semelhança do que ocorreu com os transportes coletivos ferroviários, tendo sido obtido o parecer do Instituto Nacional do Transporte Ferroviário ("INTF").

67. Assim, à data dos factos, as entidades reguladoras dos setores ferroviário e rodoviário, i.e., as entidades que exerciam efetivamente os poderes de regulação, eram, respetivamente, o INTF, a DGTTF e o IGOP, e os pareceres da DGTTF e IGOP não foram obtidos; e ao não considerar o acto da AdC inválido por preterição dessa formalidade essencial, a sentença enferma de erro de Direito, sendo, conseqüentemente, nula.

68. Releve-se que não foi requerido qualquer parecer da DGTTF, tendo-lhe apenas sido colocadas questões.

69. Com efeito, a preterição do seu parecer gera, portanto, a anulabilidade do acto praticado pela Recorrida, por vício de forma, dado que a regra geral, em Direito Administrativo, é de que os pareceres são obrigatórios e não vinculativos a sua falta gerou, portanto, um vício de forma, dada a inexistência de uma norma em sentido contrário, i.e., que preveja o carácter facultativo do parecer da DGTT.

70. Ora, a falta de um parecer prévio obrigatório implica a anulabilidade do ato em questão, de acordo com o artigo 135.º do CPA, razão pela qual o ato da AdC é anulável por preterição de formalidade essencial.

71. O parecer era obrigatório dado que a DGTT era um "regulador", para efeitos do número 1 do artigo 39.º da LdC, sendo que a referida norma dispõe que *"[s]empre que uma operação de concentração de empresas tenha incidência num mercado objeto de regulação sectorial, a Autoridade da Concorrência, antes de tomar uma decisão ao abrigo do n.º 1 do artigo 35.º ou do n.º 1 do artigo 37.º, consoante os casos, solicita que a respetiva autoridade reguladora se pronuncie, num prazo razoável fixado pela Autoridade"*.

72. Enfermando neste particular a sentença de vício de falta de fundamentação e de uma nulidade por obscuridade.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

73. A sentença enferma ainda de erro de Direito no aplicar da teoria das formalidades não essenciais para desconsiderar a relevância invalidante da falta do parecer em causa, uma vez que não ficou demonstrado que o resultado foi obtido por outra via, nem que o conteúdo do parecer se tomou irrelevante e ficou prejudicado pelo caminho crítico da decisão.

74. A Decisão da AdC é assim anulável por preterição de formalidade essencial, nos termos do artigo 135.º do CPA, e a sentença, como não o reconheceu, é nula por erro de Direito.

75. O Tribunal *a quo* laborou também em erro de direito no que respeita à definição do mercado relevante e quanto desconsideração dos objetivos de política de transportes e do caráter regulado do sector.

76. Não existe na lei (quer actual, quer vigente à data dos factos), uma opção pela proibição de operações de concentração, decorrendo de imediato que as concentrações não são à partida, sendo certo que não havendo decisão da AdC no prazo limite, opera o deferimento tácito.

77. A apreciação das concentrações - avaliação jus concorrencial - é levada a cabo no contexto do denominado mercado relevante.

78. Este constitui "a *universalidade de produtos e/ou serviços e o espaço geográfico em que as condições de concorrência são homogéneas*"; cumprindo, para determinar se determinados bens ou serviços fazem parte do mesmo mercado relevante, faz-se um juízo de substituíbilidade.

79. O mercado relevante delimita de uma forma material (serviço) e geográfica, os concorrentes das empresas envolvidas na operação de concentração e a pressão concorrencial sofrida por estes, decorrendo daí a importância do mercado relevante para a correta avaliação do ius concorrencial.

80. No caso sub iudice, a AdC não definiu corretamente o mercado relevante (como resulta da prova produzida pela Recorrente, como também do depoimento do Professor Doutor Fernando Branco) e a sentença recorrida validou essa definição indevida, no que enferma de erro de facto, sendo nula e devendo, o que deverá ser declarado por esse Tribunal da Relação de Lisboa.

81. Assim, resultou demonstrado e provado que a sentença enferma de erro de facto na definição do mercado relevante.

82. Com efeito, de toda a prova feita nos autos demonstrou-se que os mercados relevantes a considerar são, individualmente, os dos vários trajetos de cada carreira (par origem-destino), porque um trajeto não é substituível por outro, salvo se a origem-destino for semelhante, o que não se verificou em nenhuma das 15 carreiras e o trajeto ferroviário, que atravessam a ponte 25 de Abril (o mercado relevante erroneamente definido pela AdC).

83. Sem conceder, as Recorrentes argumentaram e demonstraram, subsidiariamente, que, se a AdC pretendia considerar num mesmo mercado todos os percursos rodoviários e ferroviários de passageiros realizados no eixo Setúbal/Lisboa, via travessia da ponte 25 de abril, então tinha de aceitar a inclusão de meios de transporte alternativos, como o fluvial e até o individual.

84. Com efeito, demonstrou-se que a opção correta para a definição do mercado relevante no setor dos transportes de passageiros era a de considerar que cada par origem/ destino constitui um mercado relevante distinto e autónomo dos outros.

85. A razão de ser subjacente assenta na ausência de substituíbilidade do lado da procura entre cada par, já que um passageiro que pretende fazer uma determinada viagem não escolhe um percurso diferente em função de outros fatores (preço, qualidade, etc.).

86. Este facto ficou provado nos depoimentos das testemunhas Dr. Sá Guimas e Dr.ª Ana Cristina Dourado, na sua inquirição.

87. Porém, e contrariamente a tudo quanto se demonstrou em juízo, a Recorrida, na apreciação que fez da operação notificada (mormente, nos pontos 45 e 46 da Decisão), comparou o que não é comparável, para vir a concluir pela substituíbilidade entre os meios de transporte ferroviário e rodoviário públicos de transporte de passageiros, tendo desconsiderado, em absoluto, que à data dos factos, inexistiam paragens dos TST nas

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

proximidades das estações ferroviárias (tal como se demonstrou nos mapas juntos à PI como documentos n.º 6 e 18).

88. Ora, da análise do mapa junto com a PI, como documento n.º 18, resulta claro que, para as quinze carreiras que atravessavam a Ponte 25 de abril, não existiam paragens das TST no raio de 1 km das estações de comboios, não havendo, conseqüentemente, sobreposição em termos de origem/ destino nos dois meios de transporte.

89. Enfermou, assim, a sentença, de erro de Direito.

90. A sentença enfermou ainda de erro de facto, porquanto, na análise da substituibilidade entre os percursos, era crucial ter em conta os horários das carreiras e a duração dos trajetos, como fator de escolha por parte dos utilizadores, e tal não foi feito.

91. A Recorrida apenas analisou a duração dos trajetos exclusivamente através dos seus horários, descurando a sua duração real nas horas de ponta (km percorridos/ hora), isto é, fazendo tábua rasa do aspeto mais relevante em termos de análise concorrencial no sector, como resulta do parecer da NERA.

92. Assim sendo, a decisão em causa é nula por erro de facto.

93. Sem prejuízo de quanto vai dito, a verdade é que a decisão recorrida está também inquinada, porque o Tribunal *a quo* adotou um conceito de mercado relevante demasiado estreito, por terem sido desconsiderados o transporte fluvial e até mesmo o individual e, por outro lado, errou por considerar o mercado relevante demasiado extenso, como se explicará nos próximos números.

94. Porém, o Tribunal *a quo* ignorou que a definição do mercado relevante permite identificar se a operação de concentração cria ou reforça uma posição dominante, identificando "*os concorrentes efetivos das empresas em causa suscetíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de atuar independentemente de uma pressão concorrencial efetiva*".

95. É que e apesar de as Recorrentes considerarem que a AdC teve em conta um mercado do produto errado e demasiado amplo, pecando por excesso, por outro lado não menos verdade é que, se a autoridade entendia que o mercado relevante correspondia ao eixo Setúbal/Lisboa via ponte 25 de abril, então, também pecou por defeito, pronuando um mercado demasiado estreito, pois não teve em conta o transporte individual e o transporte fluvial.

96. Nesse ponto, a sentença enfermou também de erro de facto.

97. De igual modo a Recorrida ignorou a efetiva transferência modal dos passageiros para o transporte individual, dado que a realidade atual da travessia do Teio fica marcada pela consideração do transporte individual automóvel, enfermado de erro de facto.

98. Sendo a definição do mercado relevante um elemento essencial para a análise iusconcorrencial da AdC, a sua inexata delimitação inquina toda a subsequente análise, devendo, por isso, a sentença ser revogada.

99. Assim existe um erro de facto da sentença recorrida no que toca à definição dos mercados relevantes que a leva a um erro de direito na aplicação do art. 12.º da LdC.

100. Por outro lado e sempre sem prejuízo de tudo quanto vai dito, o Tribunal *a quo* indevidamente validou a decisão da AdC, incorrendo numa confusão dos conceitos de mercado relevante e de mercado nacional ou parte substancial deste, em contravenção ao disposto no artigo 12.º, n.º 4, da LdC vigente à data dos factos.

101. Ora, os trajetos e transporte público de passageiros, por via ferroviária e rodoviária, entre Lisboa e Setúbal, via travessia da ponte 25 de abril não correspondem - facto notório - à totalidade do território nacional, cabendo por isso demonstrar que tais trajetos correspondiam a "*uma parte substancial deste*" - o que a Recorrida não logrou fazer e em relação ao qual o Tribunal *a quo* indevidamente validou, em manifesto erro de facto, devendo, por isso, a sentença ser revogada.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

102. Sucede que e contrariamente ao decidido pelo Tribunal, - que indevidamente desconsiderou o aludido documento n.º 10 junto à P.I. - não se demonstrou a existência de afectação do mercado nacional ou de uma parte substancial deste.

103. De facto, a avaliação jusconcorrencial é realizada num contexto do mercado relevante e, por outro, a decisão de proibir uma operação de concentração só pode ser tomada (à data dos factos) quando se crie uma posição dominante da qual resulte um entrave significativo a uma concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, o que não acontece, manifestamente, no caso em crise nos presentes autos e contrariamente a tudo quanto se decidiu.

104. Assim, e também no que respeita a este segmento decisório, a sentença em crise está inquinada pelo vício da contradição entre a fundamentação de facto e de direito, o que só por si motiva a sua remoção da ordem jurídica.

105. A decisão em crise nos presentes autos enferma ainda de erro de facto e de Direito, dado que o Tribunal *a quo* erroneamente validou o facto de a Recorrida AdC ter desconsiderado, na sua análise relativamente à operação, *in totum*, o objetivo da política de transportes e, deste modo, dos interesses dos consumidores, o que deve fazer nos termos da lei e como é exigido pelo artigo 12º, n.º 2, alí. a) e h) da LDC.

106. Conforme resultou da prova produzida nos autos, a política dos transportes privilegia a intermodalidade e a complementaridade entre os meios de transporte coletivos públicos em vista a conseguir-se uma efetiva integração e coordenação dos diversos modos de transporte, dado que só assim, crê-se, é que os interesses dos consumidores, neste setor específico, podem ser realmente atendidos.

107. O Tribunal *a quo*, ao não ter considerado tal, violou o regime legal dos transportes (RTA *in tempus regit actum*) e uma diretriz da LdC, na análise que efetuou, devendo a sentença ser revogada.

108. Assim, e contrariamente ao que decidiu, a AdC deveria, a essa luz, ter autorizado a operação, sendo que tal facto resultava mesmo de uma exigência do princípio da proporcionalidade na vertente da adequação e da necessidade, e também por esta razão deveria a mesma ser revogada.

109. Ou seja, a operação de concentração adequa-se perfeitamente a esse objetivo da coordenação entre os dois modos de transporte, rodoviário e ferroviário, garantindo a intermodalidade, razão pela qual resulta demonstrado o erro manifesto de apreciação e um erro de direito levando à violação do artigo 12.º, 2 da LdC, mormente as suas alíneas a) e h), na medida em que levou a AdC a adotar uma decisão contrária aos interesses dos consumidores, desrespeitando direitos exclusivos, o que deveria, obviamente, ter sido sindicado pelo Tribunal a quo, resultando, assim, inquinada a decisão Recorrida por contradição entre a matéria de facto provada e a decisão de direito que lhe serve de sustento.

110. O Tribunal recorrido, na sua linha de adesão à decisão da Recorrida, errou ainda ao desconsiderar totalmente a regulação sectorial que vigora no domínio dos transportes.

111. Semelhantes circunstâncias foram provadas nos autos, quer documental, quer testemunhalmente, conforme se demonstrou *supra*, razão pela qual nos autos ficou demonstrado que, no que respeita aos transportes coletivos rodoviários, todas as carreiras, incluindo o seu tarifário, são submetidas à prévia autorização do regulador, decorrendo, assim e imediatamente que a sentença recorrida valorou erradamente e uma vez mais a prova que se fez em juízo.

112. Não subsistem, assim, dúvidas de que a Recorrida deveria ter tomado em linha de conta a regulação setorial aplicável ao setor, razão pela qual as Recorrentes estavam limitadas na definição dos principais parâmetros de concorrência, o que elimina totalmente o risco concorrencial indevidamente identificado pela AdC.

113. A sentença recorrida ao não o reconhecer enferma de erro de facto e de direito e deve, consequentemente, ser revogada.

114. A sentença enferma ainda de erro de Direito, por não ter considerado a verdadeira definição dos mercados relevantes, o caráter regulado e os direitos exclusivos inerentes ao setor dos transportes públicos coletivos, referiu ter LX PROC Nº 223/06.9TYLRS.L1 (acção administrativa especial - lei da concorrência)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

41

"preocupações jus-concorrenciais que poderiam resultar da realização da operação de concentração notificada" (cfr. pontos 148 a 150 da Decisão).

115. Ora, apesar de com elas não se conformarem, as Recorrentes apresentaram um pacote de compromissos, de natureza comportamental e estrutural, acompanhados de um mecanismo de monitorização externa, isenta e independente, e sem custos para a AdC.

116. Com efeito, a Recorrida ignorou os compromissos assumidos pelas Recorrentes e que serviam para eliminar totalmente as preocupações da Recorrida, razão pela qual, com a sua conduta, a AdC violou gravemente o disposto no art.º 37º da LdC.

117. Em primeiro lugar, a sentença validou e desconsiderou os compromissos comportamentais assumidos dizendo que aqueles não passavam de uma "promessa", característica essencial de todos os compromissos apresentados em sede de notificação à AdC.

118. Porém, as Recorrentes propuseram, voluntariamente, à Recorrida a criação de uma comissão tripartida e a obrigação de elaboração de um relatório com periodicidade a definir pela própria Recorrida por parte de uma auditora independente que se pronunciará sobre o cumprimento das obrigações assumidas.

119. Na medida em que a sentença manteve a posição da Recorrida, enferma de erro de Direito, violando o artigo 35.º, 3, conjugado com o artigo 37º, 2, da LdC.

120. A sentença enferma ainda de erro por ter desconsiderado o teor do documento 56, a fls 5977 e seguintes do processo, que é uma carta enviada à AdC a 27 de setembro de 2005 e que inclui uma proposta à Recorrida.

121. A sentença errou ainda ao validar a posição da AdC e ao não considerar que os compromissos acima descritos eram claramente suscetíveis de eliminar as preocupações levantadas pela AdC, sendo irrelevante para o efeito o argumento do Tribunal *a quo*, a páginas 102, de que o compromisso não seria admissível porquanto "a ATMS manteria sempre uma quota de mercado relevante que faz presumir a existência de uma posição dominante, o que sempre afetaria a procura das carreiras alienadas e prolongaria as preocupações jusconcorrenciais apresentadas", porque a LdC, antiga e atual, não proíbe uma posição dominante, apenas o seu abuso e o abuso não se podem presumir, deve ser provado pela AdC (cfr. artigo 6.º).

122. Ao que acresce que as operações de concentração não podiam, à luz da LdC aplicável, ser proibidas pelo facto de criarem uma posição dominante, mas sim se dessa posição dominante resultassem entraves significativos à concorrência (artigos 12.º, 35.º e 37.º da LdC). A sentença encontra-se, por este motivo, ferida de um erro de direito.

123. Sendo que, nos termos do artigo 35.º, 3, conjugado com o artigo 37.º, 2, da LdC, incumbia à AdC analisar a operação de concentração tal como notificada ou tal como modificada pelos compromissos apresentados pelas Recorrentes.

124. Não pode esquecer-se que para obstar às erradas preocupações jusconcorrenciais da AdC as Recorrentes apresentaram um conjunto de compromissos capazes de afastar quaisquer argumentos contrários à realização da operação de concentração.

125. Sem prejuízo dos compromissos comportamentais serem por si só os suficientes para aplacar as preocupações jusconcorrenciais da AdC, a alienação proposta pelas Recorrentes de todas as 15 carreiras que atravessavam a ponte 25 de Abril deveria ter sido considerada, tendo em conta a própria definição do mercado relevante adoptada pela AdC, como idónea a afastar qualquer preocupação jusconcorrencial de quem defende que seria a não concorrência do modo ferroviário com essa carreiras que causaria constrangimentos jusconcorrenciais.

126. Ora, a alienação dessas carreiras a um concorrente idóneo (Isidoro Duarte), com capacidade técnica, logística, financeira e licenciada para a actividade de exploração dessas carreiras (conforme amplamente provado no processo administrativo e judicial) deveria ter sido aceite como um compromisso estrutural suficiente para impedir a decisão de oposição à operação de concentração.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

127. No entanto, não só a recorrida não os analisou cabalmente e, em consequência, adotou, como não devia, uma decisão de proibição da operação de concentração, como também o Tribunal *a quo* desconsiderou, em absoluto, a prova produzida pelas Recorrentes, havendo, por isso, um vício de contrariedade entre a prova e a respectiva fundamentação.

128. Na verdade, o Tribunal recorrido interpretou mal a prova produzida e não atentou, quer nos depoimentos prestados nos autos, quer na documentação que foi junta, quer nos pareceres oferecidos pelas Recorrentes.

129. Conforme se demonstrou, as testemunhas arroladas foram taxativas em afirmar que tinham sido oferecidas soluções de compromisso para obstar a uma decisão de proibição da operação projectada, chamando-se particular atenção para os depoimentos transcritos *supra* e prestados aos minutos 35:18 e 42:41 da segunda gravação do depoimento da Dr.ª Ana Cristina Dourado e bem assim do depoimento prestado aos minutos 45:34 do depoimento do Dr. Sá Guimas.

130. O Tribunal *a quo* desconsiderou, também, o teor do documento n.º 54, junto a fls. 5881 e ss., o teor do documento n.º 55, a fls 5885, onde é pedida a marcação de uma reunião, o teor do documento n.º 56 a fls 5977 e ss. e em particular o seu parágrafo 2.º, o documento n.º 57, a fls 5985 e ss., onde é reiterado o pedido de reunião, desta feita, pelo Diretor Jurídico da Arriva, o documento n.º 59, o documento n.º 60 junto a fls. 5996 e, bem assim, o teor dos documentos n.ºs 23 e 24 juntos à PI.

131. Por fim, esta matéria deveria ter sido também dada como provada, tivesse sido tido em conta o parecer da MLGTS, em particular nos parágrafos 307, 322, 325, 332 e 333, 354 a 379, 369 e 396 e, no que respeita ao parecer da PLMJ, nos pontos 282 a 289 e 368 a 379.

132. E ao não o ter feito, a sentença, ao validar esta actuação, enfermou em erro de Direito e de facto e deve ser revogada, o que desde já se requer.

133. Acresce que ao não apreciar devidamente os compromissos apresentados, a AdC subverteu toda a sua análise jusconcorrencial.

134. Assim, violou o princípio da imparcialidade na vertente positiva traduzido na obrigação de considerar todos os factos e interesses em presença.

135. Ademais e consequentemente, violou também o princípio da proporcionalidade na vertente da adequação e da necessidade, tendo ilegalmente inviabilizado a operação.

136. Com efeito, a Recorrida proibiu uma operação de concentração, ultrapassando assim o que é estritamente necessário, adequado e proporcional para atingir os objetivos prosseguidos.

137. Além do mais, a AdC violou também o princípio da igualdade de tratamento quando para operações de concentração semelhantes aceita compromissos comportamentais sem monitorização externa e independente (cfr. art.º 5º do CPA).

138. As Recorrentes demonstraram, por isso, que não é assim verdade que "*a desconsideração dos compromissos comportamentais e estruturais apresentados pelas Autoras é clara e notoriamente lítica, razoável e esteirada em argumentos logicamente perceptíveis, atendíveis e de conjugação exemplar com os elementos procedimentais.*" (p. 102 da sentença), cabendo, por isso, revogar a sentença recorrida, tudo com as consequências legais que daí são emergentes e o que desde já se requer." (*sic*).

O MP declarou a fls. 3441 que não é parte na acção (e, de facto, não o é); mais indicando que "(*não*) estando em causa a defesa de direitos fundamentais dos cidadãos ou de interesses e valores públicos especialmente relevantes, o Ministério Público não irá intervir nos presentes autos" (*sic*), mas a Ré contra-alegou nos termos que constam de fls. 3484 a 3522, pugnando pela *total improcedência do presente recurso e pela integral manutenção da sentença do TCRS* e concluindo essa sua peça processual com as seguintes **32 conclusões** que ocupam fls. 3518 a 3521 (*reproduzidas integralmente tal como estão escritas*):

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

41

"A. A AdC é a instituição que em Portugal, em termos legais e constitucionais, tem como missão zelar pelo cumprimento das regras de concorrência, pelo que ao fazer a avaliação jusconcorrencial das operações de concentração notificadas, e, no caso sub judice, tendo concluído que a mesma " (...) é susceptível, à luz dos elementos recolhidos, de criar e reforçar uma posição dominante da qual poderão resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado relevante identificado", está a exercer cabalmente as suas atribuições, pois a ela e só a ela compete avaliar (num juízo de prognose particularmente técnico e especializado de natureza económica e jusconcorrencial) e concluir se as operações de concentração notificadas são suscetíveis de afetar a Concorrência, sem prejuízo da sindicância dos tribunais nos termos e limites legais.

B. A AdC considera o pedido das Recorrentes manifestamente improcedente, por não provado, por não existir qualquer erro de julgamento e/ou erro na aplicação do direito na Sentença, pelos seguintes motivos:

a) *As Recorrentes fundam o seu pedido na mera discordância quanto à bondade da Sentença a quo quanto à manutenção (porque legal) da Decisão de Proibição decorrente da avaliação jusconcorrencial realizada pela AdC, no âmbito dos seus poderes discricionários, e não numa qualquer causa de invalidade, que possa gerar a nulidade da Sentença e, conseqüentemente, a anulação da Decisão de Proibição em recurso;*

b) *Sempre que se suscitem dúvidas jusconcorrenciais e, na ausência de uma solução inequívoca para os mesmos a AdC deve, nos termos da lei, prosseguir para a investigação aprofundada quanto à concentração em causa, no final da fase do procedimento de instrução, nos termos do artigo 35.º da Lei n.º 18/2003, o que fez;*

c) *A não-aceitação dos compromissos comportamentais e estruturais oferecidos na 2.ª fase do procedimento de instrução e, recorde-se, já após a audiência de interessados, fundamentou-se no facto destes serem insuficientes e inadequados para afastar as dúvidas jusconcorrenciais que a criação de uma quota de 95% suscitava, da qual resultaria a criação ou o reforço de uma posição dominante, da qual poderiam vir a resultar entraves significativos à concorrência, no mercado relevante determinado, nos termos conjugados dos artigos 12.º, 35.º e 37.º da Lei n.º 18/2003;*

d) *A Decisão de Proibição assenta numa valoração técnica, económica e jurídica, ao abrigo do poder discricionário legalmente concedido à AdC, para a apreciação de concentrações, que determinou não serem os compromissos (comportamentais e estruturais) apresentados na 2.ª fase do procedimento em causa, suficientes e adequados para garantir a concorrência efetiva no mercado em apreço, nos termos do artigo 12.º da Lei n.º 18/2003;*

e) *A Decisão de Proibição é a única possível face à factualidade produzida e à análise económica exaustiva efetuada do mercado em causa, no qual resultaria a criação ou o reforço de uma posição dominante, suscetível de conduzir a entraves significativos para a concorrência efetiva, nos termos conjugados dos artigos 12.º, 35.º e 37.º da Lei n.º 18/2003;*

f) *A Decisão de Proibição da AdC é válida, proporcional e legal, porquanto, não se verifica qualquer violação às normas da concorrência, mormente, dos requisitos não cumulativos do artigo 12.º da Lei n.º 18/2003;*

g) *E, igualmente, a AdC consultou as autoridades reguladoras sectoriais, existentes à data, nos termos do artigo 39.º da Lei n.º 18/2003, pelo que não preteriu nenhuma formalidade essencial.*

C. A Sentença é clara e fundamentada ao julgar a Decisão de Proibição como a única capaz de dar cumprimento ao interesse público visado pelo artigo 12.º da Lei n.º 18/2003, tendo em conta as dúvidas de natureza jusconcorrencial suscitadas pela operação notificada, razão pela qual foi a mesma adotada pela AdC, em estrito cumprimento do princípio da proporcionalidade e da legalidade.

D. O Meritíssimo juiz a quo quanto aos poderes de controlo judicial da decisão de proibição sub judice faz uma correta interpretação e aplicação dos artigos 3.º e n.º 2 do 71.º do CPTA, particularmente, porque está em causa um acto claramente praticado ao abrigo de poderes discricionários legalmente atribuídos à AdC de especial complexidade técnica subjacentes à avaliação económica e jusconcorrencial prospectiva das decisões em sede de controlo de concentrações (sem prejuízo do princípio da legalidade e dos erros manifestos de avaliação), como as próprias Recorrentes reconhecem.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4'

E. A AdC considera o pedido das Recorrentes manifestamente improcedente porquanto a Sentença segue um *iter* lógico, inteligível e claro, além de estar sobejamente fundamentada, de facto e de direito, nos termos do artigo 607.º do CPC, pelo que não merece qualquer reparo falecendo as Recorrentes em demonstrar o contrário.

F. A matéria factual que as ora Recorrentes pretende ver reapreciada pelo Venerando Tribunal reconduz-se a alegados vícios da Sentença do TCRS que identifica como (i) contradição entre os factos provados e não provados; (ii) erros de apreciação da matéria de facto (e de direito) por desconsideração da documentação e pareceres juntos aos autos e da prova testemunhal; (iii) errada aplicação do direito: (iii.a) preterição de formalidades essenciais; (iii.b) erro na aplicação do artigo 12.º da Lei n.º 18/2003, que não existem.

G. O Meritíssimo juiz *a quo* ao abrigo do princípio da livre apreciação da prova faz uma correta apreciação da prova constante dos autos e do direito aplicável, nos termos do n.º 5 do artigo 607.º do CPC.

H. A sentença não padece de nulidade por contradição insanável entre os factos dados como provados (37 e 38) e não provados (39) e por obscuridade porquanto a AdC não consultou a DGTT e o IGOP antes de proferida a Decisão de proibição, porquanto não são entidades reguladoras independentes ao abrigo do artigo 39.º da Lei n.º 18/2003. Logo, a alínea c) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC não está preenchida.

I. A sentença não padece de nulidade por falta de fundamentação porquanto a Sentença está amplamente fundamentada de facto e de direito. Logo, a alínea b) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC não está preenchida.

J. A sentença não padece de nulidade por falta de apreciação dos pareceres juntos pelas Recorrentes porquanto sendo documentos particulares para efeitos probatórios não constituem prova documental com força probatória plena, cabendo ao tribunal, no exercício da sua função de administrador da justiça independente, a livre apreciação sobre os mesmos — nos termos do n.º 5 do artigo 607.º do CPC e dos artigos 202.º e 203.º da CRP. Logo, a alínea d) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC não está preenchida.

K. As Conclusões dos Pareceres do Senhor Professor Doutor Luís Branco e do Senhor Professor Nuno Martins Cavaco afastaram os pareceres e demais documentos apresentados das Recorrentes, bem como os depoimentos das testemunhas apresentados pelas Recorrentes porque o Tribunal *a quo* os considerou isentos, imparciais e, por fim, por versarem sobre quadro factual e acervo de dados subjacente à análise económica e jusconcorrencial da decisão impugnada, ou seja, sobre os temas da prova e não porque corroboram a conformidade da análise técnica da decisão da AdC em sede de avaliação económica jusconcorrencial de concentrações (de natureza prospetiva) — que, aliás, como refere o Professor Doutor Fernando Branco de forma clara e fundamentada: "*foi a que melhor serviu o bem-estar da economia nacional e os interesses dos consumidores porque é a única que assegura a existência de concorrência*".

L. As Recorrentes falecem em demonstrar quais os ditos factos respeitante à desconsideração dos pareceres por si apresentados que permitem infirmar as conclusões de facto da Sentença do TCRS respaldadas pelos Pareceres dos técnicos assessores nomeados Tribunal *a quo*.

M. A Sentença ao desconsiderar dos pareceres e documentos juntos pelas AA., ora Recorrentes, é legal e encontra-se amplamente fundamentada pelo que é manifestamente improcedente o alegado erro de facto e a violação das regras de valoração da prova por não provado porque inexistente.

N. Os depoimentos testemunhais, que as Recorrentes pretendem que sejam agora valorados diversamente do que o foram pelo Meritíssimo Juiz *a quo*, de molde a levarem à alteração da matéria de facto constituem elementos de prova sujeitos à livre apreciação pelo tribunal. Os documentos e pareceres dos autos foram apreciados criticamente e o tribunal fundamentou as razões para a sua valorização ou desvalorização — artigos 396.º do CC e n.º 5 do 607.º do CPC.

O. A desconsideração dos testemunhos prestados decorre da circunstância das testemunhas não terem procedido uma análise técnica económico-jusconcorrencial da operação de concentração (análise económica jusconcorrencial prospetiva, participado na negociação dos compromissos estruturais e comportamentais oferecidos, etc...), pelo que é falso que o Tribunal *a quo* desconsiderou o depoimento da Dra. Ana Cristina

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

Dourado pelo decurso temporal e porque não havia tido participação na instrução do processo dentro da empresa.

P. A violação da lei processual e das regras sobre a delimitação dos temas da prova e produção de prova decorrente do parágrafo da sentença que começa "em quarto lugar" (p.59) que defende inviabiliza toda a prova, é errada e tratam-se de factos apuráveis, portanto, é absolutamente improcedente porque, salvo o devido respeito, nem versa sobre matéria que possa ser objecto de recurso ou, caso assim não se considere, o que se coloca por dever de patrocínio mas sem conceder, sempre seria uma alegação extemporânea.

Q. Os alegados factos invocados na PI e erroneamente desconsiderados que alegam terem sido afastados ilegalmente da produção de prova não são factos mas alegações conclusivas ou alegações conclusivas e argumentativas, como o Meritíssimo juiz *a quo* havia determinado no despacho respeitante ao requerimento da prova das AA., pelo que é absolutamente improcedente e, salvo o devido respeito, nem versa sobre matéria que possa ser objecto de recurso ou, caso assim não se considere, o que se coloca por dever de patrocínio mas sem conceder, sempre seria uma alegação extemporânea.

R. As Recorrentes aceitaram tacitamente a decisão nunca levantaram nenhuma objecção ao despacho sobre o requerimento probatório quer após a sua prolação quer na audiência de julgamento para produção de prova, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 632.º do CPC.

S. Os factos tidos como não assentes e a prova produzida nos autos não impõe ao Venerando Tribunal uma decisão diversa, ou seja, a modificabilidade da matéria de facto, nos termos do n.º 1 do artigo 662.º *a contrario*.

T. Daqui se retira que as AA., ora Recorrentes, não provaram a ilegalidade da Decisão da AdC e muito menos da Sentença porquanto não existe erro grosseiro manifesto (ou outro qualquer vício) na avaliação técnica prospetiva jusconcorrencial da Decisão de Proibição da AdC, reiterando-se, que a proibição é a única decisão que a AdC poderia ter adotado face à aquisição do controlo conjunto sobre uma empresa comum, com uma quota 95%, da qual resultaria a criação ou o reforço de uma posição dominante, da qual poderiam vir a resultar entraves significativos à concorrência no mercado do transporte público rodoviário e ferroviário, compreendendo todos os percursos realizados no eixo Lisboa/Setúbal, via travessia Ponte 25 de abril, tal como resulta da apreciação da prova na Sentença.

U. A Sentença, tal como a Decisão de Proibição também respeitam cabal e expressamente os pressupostos do princípio da proporcionalidade, nos termos do n.º 2 do artigo 5.º do CPA.

V. A Sentença, não preteriu nenhuma formalidade prévia essencial (ou não essencial) em violação do artigo 39.º pelo que a Decisão de Proibição recorrida não é anulável, tal como a Sentença nos termos legais (135.º do CPA).

W. A Sentença não faz uma errada aplicação do direito quando determina que a Decisão de Proibição não padece de desvio de poder porquanto não violou os princípios da boa-fé, da igualdade de tratamento e da proporcionalidade, nos termos do n.º 2 do artigo 266.º da CRP e n.º 2 do artigo 5.º e 6.º-A, ambos do CPA.

X. A competência para a apreciação de operações de concentração de empresas foi atribuída por lei à AdC, que tem o poder discricionário (e desde que respeitado o princípio da legalidade) de concluir pela existência ou inexistência de matéria suscetível (aquisição ou reforço de posições dominantes) de autorização, ou não, com ou sem compromissos, de uma operação de concentração de acordo com as regras de concorrência, nos termos dos artigos 35.º e 37.º da Lei n.º 18/2003 (lei vigente à altura dos factos).

Y. O enquadramento jurídico do controlo jurisdicional do TCRS respeitante à aplicação dos artigos 12.º (fatores indicativos a ter em conta na apreciação das operações de concentração), n.º 3 do 35.º, *ex vi* n.º 2 do 37.º (decisão de não oposição mediante compromissos) 39.º (consulta das autoridades reguladoras sectoriais) da Lei n.º 18/2003, não padece de erro de interpretação e aplicação dos preceitos jurídicos em causa.

Z. Efetivamente os artigos 12.º (fatores indicativos a ter em conta na apreciação das operações de concentração), n.º 3 do 35.º, *ex vi* n.º 2 do 37.º (decisão de não oposição mediante compromissos) 39.º (consulta das autoridades reguladoras sectoriais) da Lei n.º 18/2003 os foram analisados e aplicados de forma amplamente

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

fundamentada na Sentença do TCRS que não merecer reparo. Pelo que falece todo o argumentário das Recorrentes por ser manifestamente improcedente por não provado.

AA. A Sentença faz uma correta aplicação do direito ao absolver a AdC do pedido face ao peticionado e à natureza da própria Decisão de Proibição.

BB. Os pressupostos normativos de que depende a revogação da Sentença não estão preenchidos, necessários para a procedência do Recurso o n.º 1 do artigo 615.º e do artigo 662.º a *contrario*, ambos, do CPC ex vi n.º 1 do artigo 1.º do CPTA, porque a Sentença é clara, válida e legal.

CC. A verdade é que a Sentença ao decidir que a Decisão da AdC está conforme aos requisitos dos artigos 8.º, 12.º, 35.º e 37.º da Lei n.º 18/2003, e às Linhas de Orientação, encontrando-se devidamente fundamentada. Logo, a Sentença tal como a decisão da AdC é manifestamente legal não padece de nenhuma nulidade, vício ou erro de facto e/ou de direito que determine a sua revogação.

DD. O ónus da prova da errada aplicação dos pressupostos do acto válido da AdC cabem às AA., ora Recorrentes, que impugnaram o acto, não à AdC, nos termos gerais do Direito.

EE. Passaram cerca de 11 anos desde a Decisão de Proibição da concentração de empresas em causa, adotada em 25 de novembro de 2005; ocorreram eventos que alteram, por um lado, a estrutura do mercado em crise e, por outro lado, a estrutura societária das próprias Autoras e das suas relações empresariais, à data (2005) sem qualquer relação societária entre si.

FF. Mais se refira à cautela, sem prescindir, que reverter a situação atual para a que existia na altura não será possível, atento que as Autoras detêm, à data, relações societárias entre si, com as nefastas consequências para o interesse público e para a concorrência que tal decisão arretaria e que à AdC cumpre proteger." (*sic*).

E são estes os contornos da lide que a este Tribunal Superior cumpre julgar.

2 Considerando o conteúdo das conclusões das alegações das apelantes (que definem o objecto do recurso e os limites do poder de cognição do Tribunal *ad quem*, pois, como impõe - e bem - o n.º 2 do art.º 608º do CPC 2013, *o Juiz deve* (na verdade, tem de) *resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, excetuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras*), as questões de que, em termos lógicos e ontológicos, este Tribunal Superior tem de conhecer são, por esta ordem, as seguintes:

- a sentença recorrida é ou não nula?
- pode ou não manter-se inalterado o segmento da sentença recorrida através do qual foram elencados os factos considerados provados e não provados na acção?
- face ao que pode ser considerado provado no processo, existe ou não fundamento justificativo para decretar a anulação da decisão da Autoridade da Concorrência de proibição da operação de concentração notificada pelas Autoras, ou da operação tal qual a mesma resultou tendo em conta as alterações introduzidas por essas autoras da notificação, e condenar essa Autoridade da Concorrência a adoptar os actos e operações necessárias à reconstituição da situação que existiria se o acto anulado não tivesse sido praticado e a dar cumprimento aos deveres que a mesma não cumpriu com fundamento nessa decisão proibitiva?

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

E sendo esta a matéria que compete apreciar, tal se fará de imediato, por nada obstar a esse conhecimento e por estarem cumpridas as formalidades legalmente prescritas, tendo sido oportunamente colhidos os Vistos dos Ex.mos Senhores Juizes Desembargadores Adjuntos.

3. Na decisão recorrida foram declarados *provados e não provados* os seguintes factos:

1) Factos provados (ponto 4.1.):

“1. Em 5 de Novembro de 2004, foi notificada à Autoridade da Concorrência (AdC), nos termos dos artigos 9.º e 31.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (doravante Lei da Concorrência), uma operação de concentração, que consiste na aquisição do controlo conjunto da empresa ARRIVA TRANSPORTES DA MARGEM SUL, S.A. (doravante designada por “ATMS”), pela BARRAQUEIRO SGPS, S.A. (doravante designada por “BARRAQUEIRO”) e pela ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS, S.A. (doravante designada por “ARRIVA”), empresas melhor descritas na Notificação da Operação.

2. As empresas notificantes, para concretização plena da operação pretendida, propunham-se desenvolver um conjunto de operações societárias, mediante as quais visavam a prossecução dos seguintes objectivos:

- Serem titulares, cada uma, de 50% das participações sociais representativas do capital social da ATMS, uma vez concluída a operação;
 - Controlarem conjuntamente a ATMS;
 - Garantir que, após a eventual aprovação e concretização da operação notificada, e apenas nesse momento posterior, passarão a estar na esfera da ATMS todas as sociedades que interessam e dão fundamento à presente operação, quais sejam, respectivamente: (a) JJ; (b) RODOVIÁRIA (c) HLM; (d) CGDP; (e) FERTAGUS; (f) MTS e (g) TST.
- d) Assim, estamos perante uma alteração de controlo exclusivo da ATMS (até aqui detida exclusivamente pela ARRIVA) para um controlo conjunto (a exercer pelas BARRAQUEIRO e ARRIVA).

3. Em 22 de Fevereiro de 2005 a AdC concluiu a primeira fase do procedimento com uma decisão de passagem a investigação aprofundada, por entender que da realização da presente operação poderia resultar o reforço de uma posição dominante susceptível de criar entraves significativos para a concorrência efectiva no mercado nacional.

4. A segunda fase de investigação visou a (i) definição do mercado relevante, e a influência desta operação sobre factores como (ii) preços e (iii) qualidade nos transportes ferroviários e rodoviários.

5. Ao abrigo do n.º 1 do artigo 39.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, foi solicitada à Entidade Reguladora do Transporte Ferroviário (INTF - Instituto Nacional do Transporte Ferroviário) que se pronunciasse sobre a operação de concentração em análise.

6. Ao abrigo do artigo 9.º dos Estatutos da Autoridade de Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, foi igualmente solicitado à Autoridade Metropolitana de Transportes de Lisboa (adiante “AMTL”), que se pronunciasse sobre a operação de concentração em análise.

7. As Autoras apresentaram uma lista de compromissos de natureza comportamental em três grupos: parâmetros de qualidade, preços e passes combinados, e monitorização.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

91

8. Posteriormente, e após a realização da Audiência de Interessados, apresentaram as notificantes um requerimento à AdC, nos termos do qual, ao abrigo do artigo 35.º n.º 2 da Lei da Concorrência, pretendiam introduzir uma alteração à notificação prévia da operação de concentração, requerendo que fossem desconsideradas as carreiras da TST que integram o mercado relevante, "*retirando-as assim da joint-venture projectada e notificada*".

9. A AdC, perante a alteração à notificação prévia, solicitou oficiosamente que fossem prestados esclarecimentos adicionais com vista à clarificação da posição assumida pelas notificantes, designadamente se a mesma consubstanciava uma alteração à operação notificada, ou um compromisso estrutural de alienação de um conjunto de carreiras.

10. Na resposta enviada à AdC, as notificantes esclarecem que o requerimento relativo à transferência das concessões rodoviárias "*pode ser entendido como um compromisso nos termos do disposto no artigo 35.º n.º 3 ex vi n.º 2 do artigo 37.º da Lei da Concorrência, o qual, conjugado com os compromissos já oferecidos no que se refere às preocupações da AdC relativas ao rebatimento ao modo fluvial, deverá permitir a viabilização da operação de concentração*".

11. Mais acrescentaram que "*tal compromisso é oferecido como uma alternativa aos compromissos anteriormente apresentados, ou como uma forma de penalização que a AdC poderá utilizar em caso de incumprimento dos compromissos anteriormente oferecidos*".

12. A AdC procedeu a diligências complementares de prova.

13. A Autora BARRAQUEIRO SGPS, S.A., que é uma sociedade que tem por objecto a gestão de participações sociais de outras sociedades como forma indirecta de exercício de actividades económicas.

14. O Grupo Barraqueiro é um operador privado de transporte rodoviário de passageiros na zona da Área Metropolitana de Lisboa.

15. A Joaquim Jerónimo, Lda. (JJ), sociedade integralmente detida pela BARRAQUEIRO SGPS exercia, *directa e indirectamente*, a actividade de transportes rodoviários e ferroviários, regulares e ocasionais de passageiros.

16. Esta sociedade foi, entretanto, objecto de uma operação de cisão, tendo resultado da mesma duas sociedades: Joaquim Jerónimo-Transportes Rodoviários, S.A. (JJ Rodovia), e Joaquim Jerónimo-Transportes Ferroviários, SGPS, S.A. (JJ Ferrovia).

17. A Rodoviária de Lisboa, S.A. (RL), sociedade participada em 99,99% pela JJ que exerce a actividade de transportes públicos rodoviários de passageiros e de mercadorias e, acessoriamente explora os serviços e efectua as operações civis e comerciais, industriais e financeiras relacionadas, directa ou indirectamente, no todo ou em parte com o seu objecto: prestação de serviços de consultadoria, gestão operacional no âmbito do sector dos transportes rodoviários de passageiros e mercadorias, incluindo aquisição de participações sociais em outras sociedades.

18. A Henrique Leonardo da Mota, Lda. (HLM), sociedade participada em 73,66% pela JJ Rodovia e em 26,33% pela Barraqueiro Transportes, S.A. (BT), sendo esta última detida, por seu turno, em 99,91% pela JJ. A HLM explora a indústria de transporte rodoviário de passageiros na Área Metropolitana de Lisboa, em especial a exploração das carreiras de Guerreiros a Lisboa e vice-versa e a de A-Dos-Cãos a Pinheiro de Loures e vice-versa.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

19. A CGDP - Companhia Geral para o Desenvolvimento do Transporte de Passageiros, S.A. (CGDP), sociedade participada em 52% pela BARRAQUEIRO SGPS, 1% pela BT e nos restantes 47% pela JJ Ferrovia e que tem por objecto social a realização de estudos, consultoria, concepção, realização, exploração de sistemas ou de sociedades de transportes de passageiros urbanos, interurbanos, internacionais, nacionais ou regionais.

20. A MTS - Metro Transportes do Sul, S.A. (MTS), sociedade participada em 34% pela JJ Rodovia e que desenvolve a sua actividade, em regime de concessão, para o projecto, construção, financiamento, exploração, manutenção e conservação da totalidade da rede do metropolitano ligeiro da margem sul do Tejo, ao abrigo do Contrato de Concessão assinado em 30 de Julho de 2003 com o Estado Português, tendo a concessão iniciado em 12 de Dezembro de 2002.

21. A FERTAGUS - Travessia do Tejo, Transportes, S.A. (FERTAGUS), sociedade participada em 35% pela CGDP, e em 50% pela JJ Ferrovia e que explora directamente a actividade de serviço público de transporte ferroviário suburbano de passageiros no Eixo Ferroviário Norte-Sul da Região de Lisboa, entre as estações de Roma-Areeiro, Entrecampos, Sete-Rios, Campolide, Alvito, Pragal, Corroios, Foros de Amora e Fogueiteiro, com extensão ao troço ferroviário de Setúbal.

22. A FERTAGUS tem ainda por objecto a exploração das estações e interfaces afectada ao referido eixo, a publicidade nessas estações e interfaces ou no material circulante, e ainda qualquer actividade que interesse à concessão ou aos utentes do serviço concessionado.

23. A autora ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS, S.A., é uma sociedade que tem por objecto a gestão de participações sociais de outras sociedades como forma indirecta de exercício de actividades económicas.

24. A ARRIVA TRANSPORTES DA MARGEM SUL, S.A. (ATMS), é uma sociedade detida a 100% pela ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS e tem por objecto o transporte rodoviário de passageiros bem como de mercadorias, regular ou ocasional, nacional ou internacional, público ou particular, incluindo a aquisição de participações sociais em outras sociedades.

25. A TRANSPORTES SUL DO TEJO, S.A. (TST), é uma sociedade detida a 100% pela ATMS e tem por objecto a prestação de serviços de consultadoria, inovação, exploração e gestão operacional no âmbito do sector dos transportes públicos de passageiros e mercadorias, incluindo a aquisição de participações sociais em outras sociedades.

26. A operação de concentração traduz-se na aquisição de controlo conjunto de uma empresa comum, sendo uma operação de concentração horizontal.

27. A BARRAQUEIRO SGPS apresenta, nas suas contas consolidadas, o seguinte volume de negócios:

- 2001 - €260.219.042,00;
- 2002 - €249.425.888,00;
- 2003 - € 200.476.205,00;
- 2004 - € 230.806.616,00.

28. O volume de negócios acima indicado inclui todas as empresas do Grupo Barraqueiro, nomeadamente, todas as empresas participantes na presente operação de concentração.

29. As empresas ATMS e a ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS estas não têm volume de negócios com terceiros

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

41

30. A TST apresentou o seguinte volume de negócios:

2001 - €. 38.352.013,86;

2002 - €. 49.987.146,73;

2003 - €. 50.148.589,68 e

2004 - €. 52.394.666,23.

31. A conclusão do Acordo estava prevista para Dezembro de 2004 através de um aumento do capital social da ATMS, na qual a BARRAQUEIRO SGPS, enquanto sociedade contribuidora participaria com a JJ TRANSPORTES RODOVIÁRIOS (JJROD), sob a forma de entrada em espécie, adquirindo, em consequência, acções representativas de 50% do capital social da ATMS, bem como o direito a prestações acessórias.

32. Após a conclusão do negócio indicado no número anterior, a ATMS (preferencialmente, ou, em alternativa a TST, a RL, a MTS ou a HLM, ou as quatro em conjunto) compraria ao Grupo BARRAQUEIRO, mais especificamente à BARRAQUEIRO SGPS, a JOAQUIM JERÓNIMO TRANSPORTES FERROVIÁRIOS (JJFER) e as acções representativas de 52% do capital social da CGDP detidas directamente pela BARRAQUEIRO SGPS e as acções representativas de 1% do capital social da CGDP detidas directamente pela Barraqueiro Transportes, S.A.

33. A ARRIVA INTERNATIONAL LIMITED, era detentora, aquando da notificação, de acções representativas de 100% do capital social da ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS, a qual, por sua vez, detém 100% das acções representativas do capital social da ATMS.

34. As intervenientes na operação de concentração da parte do Grupo Arriva seriam:

- A ARRIVA INTERNATIONAL LIMITED - assume-se como sociedade-mãe do Grupo Arriva em Portugal, detentora de acções representativas de 100% da ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS, exercendo esta última indirectamente em Portugal a actividade de transporte rodoviário, regular e ocasional, de passageiros, através das seguintes sociedades, relevantes para efeitos da operação de Joint-Venture:

- A ARRIVA TRANSPORTES DA MARGEM SUL, S.A. (ATMS), com sede na Rua Marcos de Portugal, Laranjeiro, Almada, com o capital social de 50.000 euros, pessoa colectiva número 506.198.235, matriculada na Conservatória do registo Comercial de Almada sob o número 11658, integralmente participada pela ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS;

- A TST - TRANSPORTES SUL DO TEJO, S.A., com sede na Rua Marcos de Portugal, Laranjeiro, Almada, com o capital social de € 5.719.810,00, pessoa colectiva número 503.344.451, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Almada sob o número 8584, integralmente participada pela ATMS.

35. Para além da mencionada BARRAQUEIRO SGPS, as intervenientes na operação de concentração da parte do Grupo Barraqueiro seriam:

- a JOAQUIM JERÓNIMO-TRANSPORTES RODOVIÁRIOS, S.A. (JJ Rodovia), com sede no Campo Grande, n.º 382 C, 4º andar, em Lisboa, com o capital social de 10.000.000,00 Euros, pessoa colectiva número 500 151 997, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa, sob o número 14831, é integralmente participada pela BARRAQUEIRO SGPS, exercendo directa e indirectamente a

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

actividade de transportes, rodoviários e metroviários, regulares e ocasionais de passageiros, detendo, actualmente, as seguintes participações sociais que interessam à Joint-Venture:

- RODOVIÁRIA LISBOA, S.A. (RL), com sede na Avenida do Brasil, 45 - 1º, em Lisboa, com o capital social de 8.000.000 euros, pessoa colectiva número 503.418.455, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o número 5540, participada em 99% pela JJ;

- HENRIQUE LEONARDO DA MOTA, LDA (HLM), com sede em Guerreiros, Loures, com o capital social de 1.496.393,69 euros, pessoa colectiva número 500.838.682, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Loures, sob o número 644, detida em 73,66% pela RL e em 26,33% pela BT;

- MTS - METRO TRANSPORTES DO SUL, S.A., com sede em Campo Grande, 382 C, 4, Lisboa, com o capital social de 5.000.000 euros, pessoa colectiva número 505.014.971, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o número 11308, participada em 34% pela JJ;

- JOAQUIM JERÓNIMO-TRANSPORTES FERROVIÁRIOS, SGPS S.A. (JJ Ferrovia), com sede no Campo Grande, n.º 382 C, 4º andar, em Lisboa, com o capital social de 17.260.000,00 Euros, pessoa colectiva número 507 167 007, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa, sob o número 14813, é integralmente participada pela BARRAQUEIRO SGPS, exercendo directa e indirectamente a actividade de transportes ferroviários;

- CGDP - COMPANHIA GERAL PARA O DESENVOLVIMENTO DO TRANSPORTE DE PASSAGEIROS, S.A., com sede no Campo Grande, 5, Lisboa, com o capital social de 50.000 euros, pessoa colectiva número 502.977.132, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o número 2552, participada em 47% pela JJ Ferrovia;

- FERTAGUS - TRAVESSIA DO TEJO, TRANSPORTES, S.A. (FER-TAGUS), com sede na Estação do Pragal 23, Almada, com o capital social de 2.743.388 euros, pessoa colectiva número 504.226.320, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Almada sob o número 10276, participada em 35% pela CGDP e em 50% pela JJ Ferrovia.

36. Em momento ulterior, a RL compraria à BT acções representativas de 26% do capital social da HLM, pelo que, então, deteria o domínio desta última sociedade (99,63%).

37. A Inspeção-Geral das Obras Publicas (IGOP) não foi consultada pela AdC antes da tomada da decisão de proibição.

38. A Direcção-Geral de Transportes Terrestres (DGTTF) não foi consultada pela AdC antes da tomada da decisão de proibição." (*sic*).

II) Factos não provados (ponto 4.2.):

"Com relevância para a discussão da causa não se encontram assentes:

39. *Factos demonstrativos* de que, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 39.º da LDC, a DGTTF, e o IGOP não foram consultados previamente à decisão de proibição.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

40. *Factos demonstrativos* da fixação de horas para a consulta do processo, expurgação e documentos atinentes à consulta das entidades reguladoras a pretexto da sua confidencialidade, omissão de registo e numeração dos documentos constantes do processo e indeferimento da consulta integral dos autos.

41. *Factos demonstrativos* de que a intermodalidade existia e evitava a concorrência entre os diversos modos de transporte e de que a AdC, apreciando o "interesse dos consumidores finais" ignorou tal situação.

42. *Factos demonstrativos* de que inexistia concorrência no sector dos transportes colectivos de passageiros e de que a AdC, apreciando a "estrutura dos mercados relevantes e a existência ou não da concorrência de empresas estabelecidas nesses mercados ou em mercados distintos", ignorou tal situação.

43. *Factos demonstrativos* de que a AdC desconsiderou em absoluto "a existência de direitos exclusivos conferidos por lei" e o "contributo da concentração para a competitividade internacional da economia nacional".

44. *Factos demonstrativos* de que a AdC omitiu o cumprimento do seu ónus de prova da importância económica que resultava da operação de concentração.

45. *Factos demonstrativos* de que existem distintos e não coincidentes pares origem/destino nos percursos rodoviários e ferroviários, de que inexistem paragens dos TST nas proximidades das estações ferroviárias e de que tal situação não foi considerada pela AdC na definição de mercado geográfico relevante.

46. *Factos demonstrativos* de que existem distintos e não coincidentes pares origem/destino nos percursos rodoviários e ferroviários, de que inexistem paragens dos TST nas proximidades das estações ferroviárias e de que tal situação não foi considerada pela AdC na definição do mercado de produto relevante e na decisão sobre a substituíbilidade entre diferentes meios de transporte.

47. *Factos demonstrativos* de que a AdC não fundamentou os pontos n.ºs 45 e 56 da decisão ao ter omitido a análise e comparação de horários, preços e frequências de viagem por referência a cada estação de comboio e paragem de autocarro.

48. *Factos demonstrativos* de que a intermodalidade dos transportes evita a concorrência entre meios de transporte e serve os interesses dos consumidores e de que tal situação não foi considerada pela AdC na definição de mercado de produto relevante e na decisão sobre a substituíbilidade entre diferentes meios de transporte.

49. *Factos demonstrativos* da (in)substituíbilidade entre transporte individual/privado rodoviário, o transporte colectivo fluvial e os transportes colectivos rodoviários e ferroviário e de que tal situação não foi considerada pela AdC na definição do mercado de produto relevante e na decisão sobre a substituíbilidade entre diferentes meios de transporte.

50. *Factos demonstrativos* de que há efectiva transferência modal dos passageiros para o transporte individual e de que tal situação foi ignorada nos pontos 38 a 42 da decisão.

51. *Factos demonstrativos* de que a AdC excluiu do mercado relevante os transportes colectivos fluviais.

52. *Factos demonstrativos* de que a AdC considerou a concorrência potencial.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

41

53. *Factos demonstrativos* de que a AdC ignorou a análise da elasticidade dos preços e omitiu os respectivos testes quantitativos.

54. *Factos demonstrativos* do carácter prospectivo que é próprio dos compromissos, da sua efectividade garantida por monitorização externa, independente e isenta, do compromisso estrutural de desinvestimento nas carreiras de transporte colectivo rodoviário que atravessam a ponte 25 de Abril e de como a AdC, resolvendo as suas preocupações jusconcorrenciais e avaliando o restabelecimento da concorrência efectiva no mercado, desconsiderou os compromissos apresentados.

55. *Factos demonstrativos* de que a AdC negou viabilidade à proposta de exploração por outrem das 15 carreiras rodoviárias da TST na travessia da ponte 25 de Abril e negou à Isidoro Duarte Lda. a condição de concorrente viável e independente sem fundamentação e em violação do seu ónus de provar a insuficiência e/ou inidoneidade dos compromissos para (r)estabelecer a concorrência efectiva no mercado definido.

56. *Factos demonstrativos* de que a AdC proferiu decisão: sem investigar nem consultar a Isidoro Duarte, S.A.; sem investigar e impor condições para o eventual acordo a celebrar, sem realizar as reuniões e os debates que foram pedidos pelas autoras; sem proceder às diligências de prova complementares de prova que invoca; sem cuidar de avaliar a viabilidade económico-financeira das carreiras, a idoneidade, independência, capacidade técnica e financeira do adquirente proposto e se este dispunha, na margem norte do rio Tejo, de instalações de apoio logístico que lhe permitissem explorar as carreiras rodoviárias.

57. *Factos demonstrativos* de que a AdC frustrou a confiança suscitada nas Autoras pela definição do mercado relevante, enunciação das preocupações jusconcorrenciais e, após os compromissos assumidos pelas Autoras, pela alteração da definição no mercado relevante e pela recusa injustificada dos compromissos.

58. *Factos demonstrativos* de que a AdC recusou a proposta de monitorização externa e independente dos compromissos comportamentais apresentados, a par destes, quando para operação de concentração semelhante - i.e. processo DOPC-Ccent n.º 16/2005 - ERNERNOVA/ORTIGA/SAFRA - aceitou compromissos comportamentais sem monitorização externa e independente.

59. *Factos demonstrativos* de que os compromissos apresentados foram recusados sem terem sido discutidos com as Autoras e sem ter existido resposta à disponibilidade manifestada por estas em oferecer outros compromissos ou alterar os já propostos, bem como que a operação de concentração, por versar sobre mercado regulado, não pode restringir a concorrência efectiva, bem atentar contra os interesses dos consumidores.

60. *Factos demonstrativos* de que os termos da realização do inquérito para aferição do grau de substituíbilidade entre os meios de transporte ferroviário e rodoviário da ponte 25 de Abril e da sua leitura deturpada por parte da AdC.

61. *Factos demonstrativos* da litigância de má-fé das Autoras." (*sic*).

4. Discussão jurídica da causa.

4.1 A sentença recorrida é ou não nula?

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

3

4.1.1. Ao iniciar a análise crítica do mérito das alegações do recurso apresentadas contra a decisão com valor de sentença lavrada em 1ª instância e, ao mesmo tempo, da sustentabilidade dessa decisão, entende por bem este Tribunal Superior começar por acentuar que a função institucional e social dos Juízes é a de dirimir os conflitos que realmente existam e sejam submetidos ao seu julgamento *e na exacta medida do que é necessário e indispensável à resolução desses conflitos ou litígios* (art.º 608º n.º 2 do CPC 2013, que corresponde ao n.º 2 do art.º 660º do entretanto revogado CPC 1961), sendo sua obrigação não só não praticar como, ao mesmo tempo, impedir a prática nos processos de actos inúteis, impertinentes e dilatórios (art.ºs 137º e 265º n.º 1 do CPC 1961 e 6º n.º 1 e 130º do CPC 2013).

Ou seja e dito de outro modo, no exercício dessa sua actividade estatutária, devem os Juízes, no mínimo, ter sempre presente o *Princípio da Parcimónia* ou *Navalha de Occam* (ou *de Ockham*), postulado lógico atribuído ao frade franciscano inglês William de Ockham, que viveu entre 1287 e 1347 dC, que enuncia que “as entidades não devem ser multiplicadas além da necessidade”, sendo, neste caso, as “entidades” os passos lógicos do silogismo judicial através dos quais se opera a subsunção dos factos provados na previsão das normas que regulam a concreta relação material controvertida.

O que significa que nas decisões e deliberações judiciais deve ser evitado tudo o que não seja necessário ao julgamento do real e efectivo objecto do litígio submetido ao julgamento do Tribunal em qualquer das suas instâncias.

E, acima de tudo, deve ter-se (**tem de ter-se**), sobremaneira, em linha conta o exacto texto da Lei aplicável (ou Leis aplicáveis).

Mas, porque a *simplicidade* [isto é, a capacidade de descrever ou contextualizar uma determinada situação fáctica, ainda que complexa (como a vida quotidiana normalmente é), de forma a que a mesma seja facilmente perceptível e compreendida por *um/a declaratário/a normal e minimamente diligente e perspicaz*, ou de formular de modo linear um argumento devidamente estruturado e articulado que ilumine e clarifique em vez de ofuscar e confundir] *é mesmo uma virtude*, seria muito *útil* (até porque muito mais *eficaz*) que também as partes se servissem dos ensinamentos que podem ser extraídos desse *Princípio*, que são, de igual modo, completamente válidos para todos os que têm direito a (e legitimidade para) agir nos processos judiciais.

Ora e passando agora ao escrutínio do objecto desta lide recursória, constata-se que, de acordo com as alegações das apelantes [v. conclusões 2, 14 a 17, 22, 55, 64 a 72, 74, 92 e 100 a 104 - sendo que a *conclusão 2* («O Tribunal *a quo*, no essencial, validou a decisão da Recorrida, impugnada nos autos, decisão essa que enferma de graves vícios e, ao não terem sido reconhecidos por aquele, motivam a nulidade da sentença aqui em crise.») é meramente declarativa], o Mmo Juiz *a quo* terá violado o disposto nas alíneas b) [«É nula a sentença quando ... (não) especifique os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão»], c) [«É nula a sentença quando ... (os) fundamentos estejam em oposição com a decisão ou ocorra alguma ambiguidade ou obscuridade que torne a decisão ininteligível»] e d) [«É nula a sentença quando ... (o) juiz deixe de

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento»] do n.º 1 do art.º 615º do CPC 2013.

Por outro lado, nas conclusões 56 a 61 dessa mesma peça processual, essas sociedades Autoras da acção pugnam pela ocorrência de um outro tipo de nulidade, qual seja: a de que, desconsiderando o que se encontra decidido no despacho de condensação de fls. 2313 a 2320 [8º volume], no qual foram enunciados os “(12) temas de prova”, no julgamento foi entendido, erradamente segundo essas litigantes, *que alguns dos temas de prova não se reconduziam propriamente a factos demonstráveis mas sim a argumentos de índole jusconcorrencial sobre a proficiência da decisão impugnada*, o que, na opinião das mesmas, impediu a produção de prova quanto a uma muita extensa matéria invocada na petição inicial [v. conclusão 58], com violação, nomeadamente, do *direito a uma tutela jurisdicional efectiva* que a todos está garantido e assegurado pelos artºs 20º e 268º da Constituição da República Portuguesa.

Em boa verdade, uma tal situação acaba por ser também subsumível na previsão/estatuição da parte final da alínea d) do n.º 1 do art.º 615º do CPC 2013, sendo geradora de nulidade já não por *omissão* mas sim por *excesso de pronúncia*.

Impõe-se, portanto, verificar se assim é - ou seja, se a decisão recorrida padece mesmo desses vícios que lhe são imputados pelas recorrentes e, em caso afirmativo, se de todos ou se apenas de algum deles - e quais as consequências que resultam do que for apurado através dessa sindicância.

4.1.2. Nessa conformidade e no que respeita ao primeiro dos vícios denunciados (*não especificação da fundamentação do julgamento*), imperioso se torna lembrar que esta nulidade só é decretada quando *não existe qualquer sinal ou rasto, nem sequer mínimo, de fundamentação* do decreto judicial - isto é, quando ela é totalmente inexistente ou omissa - e *não* quando ela é incompleta, débil ou até errada.

O *erro de julgamento* e até a *insuficiência de fundamentação* não são, manifestamente, integráveis na extensão/compreensão lógica do conceito *falta de fundamentação* que o normativo legal inscrito na alínea b) do n.º 1 do art.º 615º do CPC 2013 pune com a sanção de nulidade da decisão.

Efectivamente, também nestas situações funciona plenamente o vetusto mas perene *princípio do máximo aproveitamento dos actos* praticados no processo (ou num dado processo) pelas partes e/ou pelo Tribunal de que o estatuído no n.º 2 do art.º 195º do CPC 2013 é apenas um tímido (mas ainda assim não despidendo) afloramento.

Ora, inequivocamente, o Mmo Juiz *a quo* escreveu abundantes páginas quer elencando os factos que julgou/declarou estarem provados nos autos (*fundamentação em matéria de facto* - páginas 47 a 54 [1ª parte] da sentença, não contando com aquelas em que estão descritos os factos *não provados*, que são as 54 [parte final] a 57 [1ª parte] desse texto), *quer* indicando a “*motivação*” desse seu julgamento (páginas 57 [parte final] a 77 [1ª parte] da sentença), *quer*, finalmente, expondo o fio de raciocínio que o levou a concluir pela improcedência da acção

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

(fundamentação em matéria de direito - páginas 77 [parte final] a 108 da sentença [desconsiderando, portanto, a apreciação da boa ou má fé na litigância, questão totalmente estranha ao objecto deste recurso]).

Que essa fundamentação não agradou às apelantes (e adiante se aquilatará se a mesma merece ou não o sufrágio deste Tribunal Superior), é algo evidente.

Mas que ela não existe, é um exagero que este Colectivo Julgador não pode nem deve, de maneira alguma, acompanhar - e não acompanha mesmo.

E porque assim é, nada mais resta a este Tribunal Superior a não ser declarar que o *erro de julgamento* não é, de todo, um vício gerador da nulidade da decisão criticada em sede de recurso.

Ele apenas, como melhor se clarificará adiante, não obedece às regras de interpretação das normas legais reguladoras da situação em apreço fornecidas pelo Legislador através dos três números do art.º 9º do Código Civil.

Mas isso pode conduzir à revogação da decisão e não a uma declaração de nulidade da mesma.

O que, acentua-se mais uma vez, como é óbvio e a todas as luzes, nomeadamente em termos ontológicos, não é, de todo, o mesmo.

A concluir, mais cabe acrescentar (e clarificar) que a omissão de referências na sentença recorrida à questão de saber quais as consequências para a “Decisão” da Autoridade da Concorrência da não audição da Direcção-Geral dos Transportes Terrestres e Fluviais (DGTF) e Inspeção-geral de Obras Públicas por parte dessa Autoridade (a conclusão 72, a única que se reporta ao vício que neste momento está em causa na presente sindicância da sentença recorrida, surge na sequência lógica e culmina o argumentário desenvolvido nas conclusões 64 a 71 que a antecedem) poderá (eventualmente) ser subsumida na previsão/estatuição normativa da alínea d) mas seguramente que não na da alínea b) do n.º 1 do art.º 615º do CPC 2013.

O que vivamente se sublinha, sendo que, em termos formais, também nenhuma *obscuridade* existe no *percurso argumentativo* desenvolvido pelo Mmo Juiz *a quo* que culmina do decreto judicial criticado pelas apelantes, o qual é cristalino/transparente e alinhado/estruturado.

Logo também nenhuma *obscuridade* existe nesse *alinhamento* de fundamentos do Julgador em 1ª instância, que, aliás é mais *proclamada* do que *justificada* pelas recorrentes nessas conclusões 64 a 72 - ou, por sinal, em qualquer uma outra.

E, insiste-se, saber se esse fio de raciocínio é ou não digno de mérito é algo **lógica e ontologicamente** muito diverso - *abissalmente diverso, acrescenta-se* - como as recorrentes bem sabem ou têm a obrigação de saber, porque tal é por demais bem conhecido por *um/a qualquer normal e diligente bom pai/boa mãe de família*, instituto jurídico que é usado quando está em causa apurar a exigibilidade das condutas dos intervenientes numa dada relação material controvertida ou lide e bem assim para tentar encontrar as razões que os levaram a agir nos termos em que o fizeram [ou mais exactamente, tanto quanto esses actos ou comportamentos resultaram provados no processo].

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

E, por estas singelas razões, são improcedentes as conclusões 64 a 72 das alegações de recurso das apelantes.

4.1.3. Já relativamente à segunda imputação (*contradição na fundamentação do julgamento - da obscuridade* já se conheceu suficientemente no ponto 4.1.1. desta deliberação), nenhuma dúvida se suscita; está em causa - ou melhor, é posta em causa - a *coerência* lógica interna da motivação desenvolvida por aquele Julgador singular na formulação do *seu* silogismo judiciário com o qual pretende definir a solução a dar à lide a que os autos se reportam.

Para o julgamento da bondade dessa crítica, considera este Tribunal Superior indispensável recordar as conclusões em que a existência desse vício é apontada, as quais são as seguintes:

15. No capítulo III a sentença recorrida elencou as questões que cabiam ser decididas e avançou, de seguida, para os factos que considerou provados para logo a seguir fixar os não provados, sendo aqui notória a contradição entre uns e outros, o que fere a sentença de nulidade, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 615º, n.º 1, alínea c) do Código de Processo Civil.

16. O Tribunal deu como não provados factos que deu anteriormente como provados, sendo desde já de chamar a atenção para a contradição insanável entre os factos provados 37 e 38 e facto não provado 39.

17. Semelhante contradição é notória, ficando a sentença recorrida ferida de nulidade, nos termos do disposto pelo artigo 615º, n.º 1, alínea c) do Código de Processo Civil e que desde já se invoca para todos os efeitos legais.

55. São também fundamentais para a demonstração inequívoca da existente contradição entre os factos provados e não provados, i. e., factos provados n.º 37 e 38 e o facto não provado 39, o que inquina a decisão recorrida do vício da nulidade, tudo nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 615º, n.º 1, alínea c) do Código de Processo Civil.

100. Por outro lado e sempre sem prejuízo de tudo quanto vai dito, o Tribunal *a quo* indevidamente validou a decisão da AdC, incorrendo numa confusão dos conceitos de mercado relevante e de mercado nacional ou parte substancial deste, em contravenção ao disposto no artigo 12.º, n.º 4, da LdC vigente à data dos factos.

101. Ora, os trajetos e transporte público de passageiros, por via ferroviária e rodoviária, entre Lisboa e Setúbal, via travessia da ponte 25 de abril não correspondem - facto notório - à totalidade do território nacional, cabendo por isso demonstrar que tais trajectos correspondiam a "*uma parte substancial deste*" - o que a Recorrida não logrou fazer e em relação ao qual o Tribunal *a quo* indevidamente validou, em manifesto erro de facto, devendo, por isso, a sentença ser revogada.

102. Sucede que e contrariamente ao decidido pelo Tribunal, - que indevidamente desconsiderou o aludido documento n.º 10 junto à P.I. - não se demonstrou a existência de afectação do mercado nacional ou de uma parte substancial deste.

103. De facto, a avaliação jusconcorrencial é realizada num contexto do mercado relevante e, por outro, a decisão de proibir uma operação de concentração só pode ser tomada (à data dos factos) quando se crie uma posição dominante da qual resulte um entrave significativo a uma concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, o que não acontece, manifestamente, no caso em crise nos presentes autos e contrariamente a tudo quanto se decidiu.

104. Assim, e também no que respeita a este segmento decisório, a sentença em crise está inquinada pelo vício da contradição entre a fundamentação de facto e de direito, o que só por si motiva a sua remoção da ordem jurídica.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Ora, no que respeita a todas estas alegações, não pode este Tribunal Superior deixar de assinalar que é claramente manifesto que só a matéria contida nas conclusões 15 a 17 e 55 releva para o que neste momento se discute (*nulidade da sentença*), já que as demais - 100 a 104 - respeitam a questões relacionadas com o mérito do juízo em matéria de direito deste pleito, ou seja (o que é particularmente válido no que concerne à conclusão 104), são atinentes quanto à consistência e mérito intrínsecos do silogismo judicial operado pelo Tribunal de 1ª instância a partir dos factos que foram declarados provados - isto é, *quanto à conformidade da subsunção dessa factualidade na compreensão/extensão lógica da previsão/estatução das normas legais reguladoras da realidade material controvertida com as regras de interpretação fornecidas pelo Legislador*.

E não, insiste-se, quanto à validade formal do sentenciamento que a esta Relação compete sindicat.

E, feita que está esta clarificação, cabe identificar os factos que tanto mereceram a atenção das recorrentes, os quais são os seguintes:

i) factos provados:

37. A Inspeção-Geral das Obras Publicas (IGOP) não foi consultada pela AdC antes da tomada da decisão de proibição.

38. A Direcção-Geral de Transportes Terrestres (DGTTT) não foi consultada pela AdC antes da tomada da decisão de proibição.

ii) facto não provado:

39. *Factos demonstrativos* de que, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 39.º da LDC, a DGTTT, e o IGOP não foram consultados previamente à decisão de proibição.

A incoerência destes textos é patente e notória - em suma, é indiscutível.

E, até porque é isso que resulta inequivocamente da prova carreada para o processo, tem forçosamente de conduzir à eliminação do que, para ser brando com as palavras, é *escrecente* (o que, neste caso, acontece com o dito «*facto não provado n.º 39*»), mais cabendo sublinhar que, apesar das “*inovações*” introduzidas no Ordenamento Jurídico pelo Código de Processo aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, que conduziram à eliminação da enunciação dos “Factos Assentes” e da organização da Base Instrutória, a expressão «*nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 39.º da LDC*» nunca por nunca poderá ser considerada como constituindo *matéria de facto* e só por essa singela razão sempre a mesma teria de ser declarada *não escrita* e, como tal, totalmente desconsiderada para o efeito do julgamento do pleito.

Porém, essa *discrepância textual/gráfica* não pode, de modo algum, ser geradora de nulidade da sentença.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

De facto, como é bem sabido [*e não pode, de todo, ser ignorado*], em termos ontológicos/conceptuais - *rectius*, de acordo com as mais elementares e basilares/básicas regras de raciocínio lógico -, não pode existir uma qualquer contradição entre factos **provados** (*isto é, declarados reais e existentes*) e factos **não provados** (*que são aqueles cuja existência/ocorrência/verificação não ficou demonstrada*).

O que, por si só, faz colapsar totalmente a argumentação crítica expandida pelas recorrentes e, sem prejuízo de haver que proceder à natural eliminação do «facto não provado n.º 39», torna improcedentes as conclusões 15 a 17, e 55 - *das 100 a 104 curar-se-á adiante* - das alegações de recurso dessas apelantes.

Claro que a irregularidade antes assinalada existe e esse é um facto incontornável.

Todavia, a mesma *não influi*, de todo, *no exame e na decisão da causa* (art.º 195º n.º 1 do CPC 2013) e, para além disso, face ao disposto no n.º 2 do art.º 195º do CPC 2013, que constitui uma emanação do *princípio do máximo aproveitamento dos actos praticados no processo*, nunca da mesma [da irregularidade, entenda-se] poderia resultar a nulidade de toda a decisão recorrida, sendo a solução a dar para a eliminar pura e simplesmente, como já se enunciou, declarar não escrito o «facto não provado n.º 39».

4.1.4. No que tange à matéria que se reporta à terceira arguição de nulidade (*omissão de pronúncia*), importa considerar o que está escrito nas conclusões das alegação de recurso das apelantes que ela se referem, a saber:

22. O Tribunal não apreciou, ou pelo menos não menciona ter apreciado, todos os pareceres juntos, uma vez que não menciona o Parecer da MLGTS, o que constitui uma nulidade, por falta de apreciação de um meio de prova e que se encontra ínsita no artigo 615º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Civil.

64. A sentença recorrida julgou improcedente que a decisão da AdC estava inquinada por vício de forma por preterição de formalidade essencial consubstanciada na omissão de audição da Direcção-Geral dos Transportes Terrestres e Fluviais (DGTTF) e Inspeção-geral de Obras Públicas.

65. Enfermou contudo de erro de Direito, dado que a referida omissão contraria o disposto no número 1 do artigo 39º da LdC, que impõe que *"sempre que uma operação de concentração de empresas tenha incidência num mercado objeto de regulação sectorial, a Autoridade da Concorrência, antes de tomar uma decisão ao abrigo do n.º 1 do artigo 35.º ou do n.º 1 do artigo 37.º, consoante os casos, solicita que a respetiva autoridade reguladora se pronuncie, num prazo razoável fixado pela Autoridade"*. E acrescentaríamos nós que essa pronúncia deve ser sobre o projecto de decisão...assim se interpretando correctamente o disposto nesse preceito legal!

66. Sendo inequívoco que, conforme demonstrado e à data dos factos, a Direcção-geral dos Transportes Terrestres ("DGTTF") consistia numa entidade reguladora, entidade responsável pelo setor dos transportes rodoviários terrestres, e que portanto devia ter sido colhido o seu parecer, à semelhança do que ocorreu com os transportes coletivos ferroviários, tendo sido obtido o parecer do Instituto Nacional do Transporte Ferroviário ("INTF").

67. Assim, à data dos factos, as entidades reguladoras dos setores ferroviário e rodoviário, i.e., as entidades que exerciam efetivamente os poderes de regulação, eram, respetivamente, o INTF, a DGTTF e o IGOP, e os

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

pareceres da DGTTF e IGOP não foram obtidos; e ao não considerar o acto da AdC inválido por preterição dessa formalidade essencial, a sentença enferma de erro de Direito, sendo, conseqüentemente, nula.

68. Releve-se que não foi requerido qualquer parecer da DGTTF, tendo-lhe apenas sido colocadas questões.

69. Com efeito, a preterição do seu parecer gera, portanto, a anulabilidade do acto praticado pela Recorrida, por vício de forma, dado que a regra geral, em Direito Administrativo, é de que os pareceres são obrigatórios e não vinculativos a sua falta gerou, portanto, um vício de forma, dada a inexistência de uma norma em sentido contrário, i.e., que preveja o carácter facultativo do parecer da DGTTF.

70. Ora, a falta de um parecer prévio obrigatório implica a anulabilidade do ato em questão, de acordo com o artigo 135.º do CPA, razão pela qual o ato da AdC é anulável por preterição de formalidade essencial.

71. O parecer era obrigatório dado que a DGTTF era um "regulador", para efeitos do número 1 do artigo 39.º da LdC, sendo que a referida norma dispõe que "*[s]empre que uma operação de concentração de empresas tenha incidência num mercado objeto de regulação setorial, a Autoridade da Concorrência, antes de tomar uma decisão ao abrigo do n.º 1 do artigo 35.º ou do n.º 1 do artigo 37.º, consoante os casos, solicita que a respetiva autoridade reguladora se pronuncie, num prazo razoável fixado pela Autoridade*".

74. A Decisão da AdC é assim anulável por preterição de formalidade essencial, nos termos do artigo 135º do CPA, e a sentença, como não o reconheceu, é nula por erro de Direito.

Uma vez mais, o fio de raciocínio das recorrentes não pode merecer o acolhimento deste Tribunal Superior.

Na verdade e começando pela alegada desconsideração do parecer apresentado pela sociedade de Advogados MLGTS [sem neste momento discutir se esse documento consubstancia uma *perícia de natureza técnica* ou um *parecer jurídico*], face ao que se encontra estatuído nos artºs 608º n.º 2 e 615º n.º 1 do CPC 2013, a ausência de referências a esse documento na sentença recorrida é apenas relevante para o julgamento da impugnação da matéria de facto também feita por essas duas sociedades, já que as "*questões*" a que nesses dois comandos normativos se alude são as *questões jurídicas* submetidas pelas partes ao julgamento do Tribunal.

Nesta conformidade, mesmo que se considerasse (*e essa é uma apreciação que só mais adiante terá que ser realizada*) que esse documento constitui um meio de prova, ainda assim, dado o conteúdo ontológico dessas duas disposições legais agora citadas, a ausência de referências a esse parecer nunca constituiria uma *omissão de pronúncia* mas sim uma deficiência de motivação do segmento decisório respeitante à enunciação da matéria de facto provada e não provada.

Já quanto ao argumentado nas conclusões 64 a 74, o que nas mesmas está em causa é a enumeração de um conjunto de vícios formais de que alegadamente padece a deliberação da Autoridade da Concorrência que foram desconsiderados (ou pior, declarados não verificados) na sentença do Tribunal de 1ª instância.

Ora, tal situação, a ocorrer (*e, uma vez mais, disso só mais adiante haverá que curar*), constitui um *erro de julgamento* e não uma omissão de pronúncia.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Uma *errada valoração da prova* permite a alteração do elenco de factos declarados provados na acção e uma *errada subsunção desses factos na compreensão/extensão lógica da previsão/estatuição das normas legais reguladoras* ou uma *incorrecta interpretação e aplicação das mesmas* torna possível a alteração ou a revogação da decisão sindicada, mas nunca por nunca gera a nulidade desse julgamento.

O que aqui **muito clara e frontalmente** se reafirma, sendo que esta declaração/constatação vale integralmente, dispensando, portanto, por inútil e impertinente, a repetição desses argumentos já expostos, para o que é afirmado nas igualmente improcedentes conclusões 14 e 92 das alegações de recurso cujo mérito aqui se aprecia e nas quais está escrito o seguinte:

14. Assim, a sentença recorrida deve ser revogada, sendo nula por erro na valoração da prova e do direito aplicável.

92. Assim sendo, a decisão em causa é nula por erro de facto.

4.1.5. A concluir, cumpre averiguar se no julgamento dos autos foi ou não violado o direito das Autoras a uma tutela jurisdicional efectiva.

No cumprimento a esse desiderato e compulsados que foram os 10 primeiros volumes da presente acção, constata-se o seguinte:

i) a fls. 2313 a 2321 (8º volume), existe um “Despacho de Condensação” no qual são fixados os temas de prova respeitantes ao litígio que divide os litigantes - **que são 12, sendo que o ponto 11 respeita à aferição da boa ou má-fé da litigância por parte das Autoras e o 12 à dos factos extintivos alegados pela Ré,**

ii) a fls. 2867 a 2871 (9º volume) está feito o registo da acta da única sessão da audiência de discussão e julgamento realizada no processo, da qual consta que “... após breve exposição sobre a tramitação processual e os actos de prova, ... pelo Mm.º Juiz de Direito foi declarada aberta a audiência de discussão e julgamento” (*sic*), e que, após terem sido ouvidas as testemunhas arroladas pelas Autoras que estavam presentes nessa diligência [Ana Cristina Fernandes Ferreira Dourado e José Manuel de Sá Guimas] e estando ausente a outra (Chris Applegarth), foi proferido um despacho com o seguinte teor (integral), que foi imediatamente notificado às partes que dele não recorreram nem contra ele formularam qualquer objecção, tal como já havia acontecido com a «breve exposição sobre a tramitação processual e os actos de prova» feita antes da abertura formal da audiência de discussão e julgamento:

“Considerando a inquirição das testemunhas na presente diligência, e em razão do objecto e tema da prova, entendemos que o juízo sobre a pertinência e utilidade probatória na inquirição de Chris Applegarth se mantém, pelo que não se determinará a sua inquirição.

Determino seja aberta conclusão para definição e proposta de temas objecto dos pareceres a solicitar aos respectivos Assessores Técnicos, sem prejuízo da promoção do devido contraditório.”
(*sic*),

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4'

iii) a fls. 2888 a 2891 (9º volume) foi proferida uma decisão elencando as perguntas a ser respondidas pelos assessores técnicos nomeados oficiosamente pelo Tribunal para “*elaboração de parecer ... com a finalidade probatória de análise da conformidade técnica da decisão da Autoridade da Concorrência*” (sic), um “*na qualidade de pessoa idónea com conhecimentos na área da economia*” (sic) e o outro “*na qualidade de pessoa idónea com conhecimentos na área de gestão de transportes rodoviários e ferroviários*” (sic), relativamente à qual não foi interposto qualquer recurso e só a Ré tomou posição crítica [v. fls. 2902 a 2903 -que foi parcialmente acolhida pelo Mmo Juiz a quo, levando-o a introduzir naquela outra decisão as modificações que constam de fls. 2934 a 2940, sem que, novamente, fosse contra este segundo despacho apresentado qualquer recurso], tendo as Autoras optado pela completa inacção,

iv) a fls. 3019 (10º volume) foram proferidos dois despachos, que foram devidamente notificados às partes e que deles não recorreram nem contra eles formularam qualquer objecção, sendo que só o segundo é relevante para o que neste momento se discute e tendo o mesmo o seguinte teor (integral):

*“Considerando que, nos termos do art.º 91º, n.º 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, na versão conferida pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro), finda a produção de prova, quando tenha lugar, pode o juiz ou relator, sempre que a complexidade da matéria o justifique, ordenar oficiosamente a realização de uma audiência pública destinada à discussão oral da matéria de facto, **afigura-se-nos que a prova produzida em audiência de julgamento (inquirição de 2 testemunhas) não demanda a marcação de uma diligência especificadamente destinada à discussão oral da matéria de facto, pelo que determino que se notifiquem as partes para apresentarem alegações por escrito, nos termos do art.º 91º, n.º 4 do CPTA** [«Quando não se verifique a situação prevista no número anterior e as partes não tenham renunciado à apresentação de alegações escritas, são notificados o autor, pelo prazo de 20 dias, e depois, simultaneamente, a entidade demandada e os contra-interessados, por igual prazo, para, querendo, as apresentarem.»].” (sic).*

Perante toda esta factualidade é indesmentível que, ao definir o objecto dos pareceres a prestar pelos dois assessores oficiosamente nomeados pelo Tribunal, foi circunscrito o âmbito da produção de prova antes desenhado quando a fls. 2313 a 2321 foram enunciados os chamados “temas de prova”.

Já no que respeita à actividade processual desenvolvida na sequência e mercê da prolação da decisão de fls. 3019, não pode deixar esta Relação de insistir (veementemente) na referência de que as Autoras deixaram que esse julgamento transitasse em julgado, quando dele bem poderiam ter recorrido uma vez que não está verificada uma qualquer das circunstâncias previstas no art.º 630º do CPC 2013 - ou, no mínimo, poderia ser invocado que se encontra prescrito na parte final do n.º 2 desse comando legal - e sendo ainda certo que, como decorre com meridiana clareza do exacto teor textual das alegações de recurso das apelantes e das conclusões que as culminam, estas litigantes **não fizeram uso** da faculdade que lhes é concedida pelo n.º 3 do art.º 644º daquele mesmo Código.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

G

Circunstâncias estas que vincadamente se sublinham, nomeadamente tendo em conta os efeitos do *caso julgado* que se encontram clara e inequivocamente definidos nos artºs 619º e 621º do CPC 2013 - e que são vinculativos inclusivamente para os Juizes (*para todos os Juizes*) que posteriormente intervenham no processo, ainda que exerçam funções em Tribunais hierarquicamente superiores àquele em que a decisão transitou em julgado.

E tudo isto independentemente da opinião jurídica que esses outros Juizes possam ter acerca desse sentenciamento e da interpretação das normas legais aplicadas a que essa concreta decisão deu corpo e que fundamentam o que nela foi decretado.

4.1.6. Resta saber que conclusões podem/devem ser extraídas da situação fáctica agora descrita, nomeadamente tendo em conta que é igualmente inequívoco e indesmentível que em Portugal, mercê do estatuído nos artºs 20º n.º 4 da Constituição da República, 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, adoptada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da sua Resolução 217A (III), de 10 de Dezembro de 1948, 6º n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assinada em Roma a 4 de Novembro de 1950, e 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Anexa ao Tratado de Lisboa, está garantido a todos os que interagem no comércio jurídico o *direito a um julgamento leal e não preconceituoso (fair and unbiased) e mediante processo equitativo*.

Tudo isto quando não pode ser ignorado (ainda e sempre porque assim o estatui o art.º 6º do Código Civil) que, para que esse direito possa ser plena e verdadeiramente exercido, é igualmente indispensável que todas essas pessoas (jurídicas) possam usufruir de uma lide cuja tramitação obedeça ao *ritual processual expressa e antecipadamente previsto na Lei* (ou, para usar, uma vez mais, a referência em língua inglesa, a uma lide em que seja dado integral cumprimento ao *due process of law*), não podendo exactamente por isso - ou seja, porque existe um ritual processual expressa e antecipadamente previsto na Lei que por todos tem obrigatoriamente de ser cumprido -, os intervenientes no litígio, **mas também não o Tribunal**, desviar-se do cumprimento das formalidades enunciadas nos Códigos aplicáveis.

E, relembra-se, esses são daqueles direitos que estão garantidos com força obrigatória directa e geral (art.º 18º n.º 1 da Constituição da República).

Acontece, porém, que as Autoras não manifestaram qualquer oposição [ou sequer objecção] a toda essa situação e não deduziram qualquer recurso contra as decisões judiciais que foram sendo proferidas, conformando-se com as ocorrências verificadas na tramitação da lide.

O que significa que essas sociedades apenas de si se podem queixar.

Porque *para tudo*, nomeadamente para praticar esses actos, *existe um tempo devido* (artºs 196º e 198º a 200º do CPC 2013) e as preclusões, especialmente quando está em causa o exercício de direitos

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

processuais (isto é, de natureza adjectiva), existem e são necessárias para que a *certeza* e a *segurança jurídica* não sejam palavras vãs destituídas de qualquer conteúdo prático.

Em síntese e pelas razões agora expostas, não pode igualmente ser decretada a nulidade da sentença recorrida com o fundamento de ocorrência de violação do direito das Autoras a uma tutela jurisdiccional efectiva.

O que basta para dirimir este segmento do litígio submetido à apreciação desta Relação, sendo, pelas razões já apontadas acerca do “*Princípio da Parcimónia*”, completamente dispensável a apresentação de uma mais extensa argumentação justificativa.

4.1.7. Nestes termos e com estes exactos fundamentos, julgam-se improcedentes quer as conclusões 14 a 17, 22 [na parte em que invoca que a sentença recorrida é nula], 55, 64 a 72, 74, 92 e 100 a 104 (a conclusão 2, repete-se, é meramente descritiva) quer as das alegações de recurso apresentadas pelas apelantes e, conseqüentemente, declara-se que a decisão recorrida *não é* nula e, ao mesmo tempo, declara-se *não escrito* o facto não provado n.º 39.

O que, sem que se mostre necessária a apresentação de qualquer outra argumentação lógica justificativa, aqui se declara e decreta.

42 Pode ou não manter-se inalterado o segmento da sentença recorrida através do qual foram declarados quais foram os factos considerados provados e não provados na acção?

4.2.1. Seguindo a ordem lógica e ontológica referenciada no ponto 2. do presente acórdão, o julgamento do mérito (ou demérito) da apelação tem forçosamente que prosseguir com o escrutínio da impugnação formulada pelas recorrentes do segmento da decisão criticada através do qual foram elencados os factos declarados provados e não provados na acção.

Ou, mais exactamente, há que começar por aquilatar se essa impugnação é ou não admissível e, em caso afirmativo, impõe-se igualmente debater qual é a chamada *verdade formal do processo* que pode ser considerada definitivamente assente nestes autos - sendo que, recorda-se, essa é a única matéria de facto que pode sustentar a decisão do pleito.

No que respeita à primeira dessas questões agora enunciadas, como é bem sabido (ou, pelo menos, é obrigatório que assim seja - art.º 6º do Código Civil), de acordo com o estabelecido no n.º 1 do art.º 640º do CPC 2013, “... (quando) seja impugnada a decisão sobre a matéria de facto, deve o recorrente obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição:

- a) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

b) Os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida;

c) A decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas”.

Ora, compulsados os autos, perante o exacto teor das supra transcritas conclusões 3 a 5, 12, 18 a 21, 23 a 26, 40, 44 a 54, 56 a 60, 81 a 88, 90, 91, 93 a 99, 105, 106, 110 a 118, 120 e 128 a 131 das alegações de recurso produzidas pelo apelante (apesar, uma vez mais, de todas as oscilações e da total falta de coerência expositiva nelas consubstanciadas), é, ainda assim, possível a *um/a declaratório/a normal* e adequadamente diligente, especialmente levando em consideração o vetusto mas perene princípio consagrado através do brocardo latino «favorabilia amplianda odiosa restringida», concluir que essas obrigações que impendiam sobre essas litigantes foram cumpridas *de modo suficiente*, razão pela qual tem de ser admitida a impugnação desse segmento da sentença recorrida, havendo, portanto, que proceder à reapreciação da prova [documental e testemunhal] produzida no presente processo.

De facto e em suma [*e não sendo este o momento em que este Tribunal Superior tem de tomar posição acerca do mérito ou demérito dessa pretensão - ou até do alcance prático da mesma para o destino do pleito -, limitando-se esta Relação a constata-la*] o que as recorrentes pretendem que seja declarado como *provado* é o seguinte (v. conclusões 58, 88, 111, 129 e 130):

- o que consta dos números 33 a 35, 37 a 44, 49, 50, 61, 64 a 65, 69 a 74, 81, 82, 90, 92, 95 a 98, 108, 109, 112 a 117, 125 a 127, 169, 170, 178, 180 a 183, 198 e 199, 256 a 258, 261, 264 e 267, 272, 276 e 277, 279 e 280, 285, 290, 291 e 295, 300, 310 a 315, 334 e 335, 336, 338 a 340, 344 a 345 da petição inicial [tendo necessariamente que entender-se que a referência é feita relativamente ao articulado aperfeiçoado de fls. 2179 a 2254 (7º volume) e não ao de fls. 2 a 144 (1º volume), inicialmente apresentado pelas demandantes *uma vez que, em termos ontológicos e legais e face à junção dessa petição inicial aperfeiçoada, a primeira junta no início da acção se tem conceptualmente como substituído por esta que o foi em segundo lugar, a única que neste momento pode ser tida como válida e operante*];

- que, para as quinze carreiras que atravessavam a Ponte 25 de abril, não existiam paragens das TST no raio de 1 km das estações de comboios, não havendo, conseqüentemente, sobreposição em termos de origem/destino nos dois meios de transporte;

- que, no que respeita aos transportes colectivos rodoviários, todas as carreiras, incluindo o seu tarifário, são submetidas à prévia autorização do regulador;

- que foram oferecidas soluções de compromisso para obstar a uma decisão de proibição da operação projectada pelas Autoras a que a presente acção se reporta [fls. 5881 e 5882 do processo administrativo apenso - volume 21];

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOAL^s

- que, através das cartas que constituem fls. 5885, 5985 e 5996 do volume 21 do processo administrativo apenso, as Autoras pediram à Ré, por várias vezes, a marcação de reuniões para discussão do pedido por elas apresentado.

E tanto basta para justificar este decretamento respeitante a um tão fundamental segmento do litígio submetido à apreciação desta Relação, sendo dispensável, por tal ser inútil, impertinente e dilatatório, a apresentação de uma mais extensa argumentação fundamentadora dessa conclusão tão evidente e tão simples de formular, valendo aqui, uma vez mais, integralmente o que antes se deixou escrito acerca do “Princípio da Parcimónia”.

4.2.2. Contudo, antes de iniciar esse escrutínio dos abundantes elementos probatórios que constam do processo (o que, também nesta 2ª instância e tal como aconteceu no Tribunal recorrido, será feito em estrita obediência do disposto nos n.ºs 4 e 5 do art.º 607º do CPC 2013), entende-se ser útil relembrar que, quando está em causa apurar a verificação de certos factos ou reconstituir a vontade dos intervenientes numa dada relação material controvertida ou lide que os levou a agir nos termos em que o fizeram [ou mais exactamente, tanto quanto esses actos ou comportamentos resultaram provados no processo], face ao conteúdo das regras definidas pelo Legislador nos art.ºs 342º e 346º do Código Civil [e nomeadamente neste último normativo, no qual se estabelece que *à prova que for produzida pela parte sobre quem recai o ónus probatório pode a parte contrária opor contraprova a respeito dos mesmos factos destinada torná-los duvidosos*], a prova dos factos alegados por cada uma das partes tem de ser feita, no que a cada uma delas respeita, *para além de qualquer dúvida razoável* (cabendo esclarecer que [tendo o filósofo e matemático alemão Gottfried Wilhelm Leibniz, que viveu entre 1646 e 1716, demonstrado inequivocamente que não existem *certezas absolutas* mas tão só *certezas probabilísticas*], por evidentes razões ontológicas, o grau de *certeza probabilística* exigível nos processos de natureza cível não atinge o mais elevado patamar de consolidação que é típico da jurisdição penal).

Tudo isto, claro, sem prejuízo, por um lado, das limitações impostas pelos art.ºs 364º a 387º e 393º a 395º do Código Civil e, por outro (e em sentido ontologicamente inverso), das **presunções** estabelecidas nos Códigos e/ou em outros diplomas legais aplicáveis, e sendo essa *razoabilidade adequada* aferida tendo **sempre** por base *raciocínios de experiência comum* e de *bom senso* conformes ou referenciáveis à *normal diligência de um/a bom pai/boa mãe de família*, instituto jurídico que constitui a corporização ficcionada dos Valores ou Princípios Éticos estruturantes e conformadores da Comunidade inscritos nos art.ºs 334º e 335º do Código Civil.

Para usar uma síntese feliz de Manuel de Andrade (*in* Noções Elementares de Processo Civil, página 191), “*A prova não é certeza lógica, mas tão só um alto grau de probabilidade suficiente para as necessidades práticas da vida*”.

Mas, para além disso, aqueles que têm como função (e querem) buscar e administrar a Justiça nos casos concretos, têm/devem ter sempre em conta a *natureza de certas coisas* (v. Pedro Pais de

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Vasconcelos in “Última lição: A Natureza das Coisas” - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 16 de maio de 2016), porquanto “*a realidade das coisas*” (ou seja, *a realidade material da vida quotidiana tal como ela verdadeiramente é*), não pode ser ignorada ou desprezada já que, tal como um rio que ultrapassa sempre os obstáculos e os diques colocados na sua passagem, essa materialidade objectiva se impõe a todos, mesmo àqueles que fingem que ela não existe, e também porque, quando uma tal descuidada e desadequada visão/representação dos factos prevalece ou se torna preponderante, é a *tutela da certeza e da segurança jurídicas* que é posta em perigo e, no final, é a protecção dos direitos de todos aqueles que interagem no comércio jurídico que está a ser desconsiderada.

Em último lugar, *dados os exactos contornos do litígio que a este Tribunal Superior cabe julgar nesta concreta instância recursiva*, entende-se ser útil lembrar igualmente que quando está em causa apurar a exigibilidade das condutas dos intervenientes numa dada relação material controvertida ou lide e bem assim tentar encontrar as razões que os levaram a agir nos termos em que o fizeram [ou mais exactamente, tanto quanto esses actos ou comportamentos resultaram provados no processo], é indispensável que o Julgador a quem cabe dirimir o litígio pondere e aprecie todas as provas que lhe são apresentadas no processo usando uma *razoabilidade adequada* operada sempre tendo por base *raciocínios de experiência comum* e de *bom senso* conformes ou referenciáveis à *normal diligência de um/a bom pai/boa mãe de família*, instituto jurídico que constitui a corporização ficcionada dos Valores ou Princípios Éticos estruturantes e conformadores da Comunidade inscritos nos artºs 334º e 335º do Código Civil.

Ou seja, exige-se ao concreto Julgador que escarpelize muito cuidadosamente essa prova e, em geral, as várias condutas em causa nos autos e que faça tudo isso (para usar um conceito originário da cultura jurídica francesa) *sem paixão, ódio ou rancor* e também (para usar uma expressão muito querida da cultura jurídica anglo-saxónica) *sem preconceitos* ou *ideias pré-concebidas*.

4.2.3. Clarificados estes pressupostos, mostra-se útil recordar qual a *motivação* apresentada pelo Mmo Juiz *a quo* para justificar a parte do seu julgamento que neste momento se syndica [excluindo-se, portanto, a referência à apreciação da matéria respeitante à boa ou má-fé da litigância das partes, em especial das Autoras], a qual é a seguinte:

“A convicção do Tribunal quanto aos factos descritos nos pontos 1) a 44) fundou-se, desde logo, pelo efeito cominatório e admissão expressa decorrentes do exercício de contraditório pelas partes processuais, tendo sido consignados como matéria probatória assente por acordo e mediante mera consulta da certidão do processo de controlo de concentrações.

Por outro lado, estão igualmente sustentados e corroborados pelos documentos juntos aos autos, designadamente:

- *Organigrama da Autora Barraqueiro, SGPS, S.A. de fls. 149;*
- *Organigrama da Autora Arriva Investimentos SGPS, S.A. de fls. 150;*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- Notificação prévia à AdC da constituição de Joint-venture de fls. 151 a 211;
- Organigrama da constituição de Joint-venture de fls. 212;
- Protocolo da celebração de consórcio entre as Autoras de fls. 214 a 221;
- Relação de ligações rodoviárias TST de fls. 222 a 236;
- Decisão da AdC de fls. 1044 a 1144;
- Relatório de Mobilidade e Transportes na Área Metropolitana de Lisboa, e Anexos, de fls. 1145 a 1454;
- Minuta de Contrato de Concessão para a exploração do Serviço de Transporte Suburbano de passageiros do Eixo Ferroviário Norte-Sul de fls. 1455 a 1518 e de fls. 1557 a 1560;
- Anexo 7 (Tarifário) à Minuta de Contrato sobre de fls. 1525 a 1556;
- Anexo 14 (Penalidades) à Minuta de Contrato de fls. 1519 a 1524;
- Pedido de informações à DGGT de fls. 1596 e 1597 e de fls. 1599 e 1600;
- Resposta do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações de fls. 1605 (DGGT) e 1607 1612 (DGGTF);
- Orientações para a apreciação das concentrações horizontais n.º 2004/C 31/03 de fls. 1613 a 1626;
- Comunicação da Comissão Europeia n.º 2001/C 68/03 de fls. 1627 a 1626 a 1635;
- Pedido de informações de fls. 1648 a 1650;
- Decisão da AdC de fls. 1651 a 1708 para início de investigação sobre operação de concentração identificada no requerimento de notificação prévia;
- Notificação da decisão da AdC de fls. 1709 e 1710;
- Parecer Técnico de fls. 1712 a 1750;
- Parecer Económico de fls. 2518 a 2643;
- Certidão Permanente da Autora Barraqueiro, SGPS, S.A. de fls. 2280 a 2287;
- Certidão Permanente da Autora Arriva Investimentos SGPS, S.A. de fls. 2287 a 2289.

Tais documentos não mereceram qualquer impugnação por parte das partes processuais nos autos, nem a sua autenticidade foi posta em crise, pelo que os factos aí narrados foram dados como provados.

Posto este desiderato, a motivação da matéria de facto deve, frontalmente, enunciar as contingências associadas à produção de prova na sequência da tramitação definida pelo despacho saneador e respectivas decisões sobre as questões prévias.

Em primeiro lugar, os factos a conhecer dizem respeito a determinados pressupostos fácticos de uma realidade - objecto de pronúncia na decisão de proibição - ocorrida há mais de 10 (dez) anos, o que, na normalidade do devir económico, financeiro e até social da actividade de transporte colectivo de passageiros, demanda cautelas e actos de contrição pela manifesta falta de actualidade desta decisão.

É certo que a protelamento dos autos não é, de todo, imputável às partes e decorre, transparente, da mera observação da tramitação assegurada pelos Tribunais competentes para o conhecimento do processo.

Em segundo lugar, afastada que foi a questão sobre a inutilidade superveniente da lide e respectiva extinção da instância, a tramitação subsequente do processo procurou assegurar, no que respeita à actividade

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de prova e instrução dos autos, expedientes de segurança, certeza e solidez dos meios de prova, nomeadamente através da assessoria técnica, depurando a prova de contornos menos subjectivos e mais isentos.

Em terceiro lugar, a direcção do processo e da produção de prova subsequente ao despacho saneador estava vinculada ao objecto e aos temas de prova definidos naquele despacho, havendo que lhes dar sequência nesta motivação da matéria de facto.

Quer isto dizer que, percebendo que o presente processo trata de uma factualidade de natureza complexa, eminentemente técnica e dedutiva, os temas de prova reflectem, de certa forma, um enquadramento argumentativo e algo derivativo sobre a decisão que gera evidentes dificuldades no tratamento factual dos respectivos factos demonstrativos.

Em quarto lugar, é admissível a leitura de que alguns dos temas de prova não se reconduzam, propriamente ou tout court, a factos demonstráveis mas antes a argumentos de índole jusconcorrencial sobre a proficiência da decisão impugnada.

Em quinto lugar, também não é descabido considerar que a factualidade inerente aos temas de prova é, de certo modo, tratada na decisão de proibição e decorre do procedimento de controlo de concentrações, carecendo apenas de um juízo de subsunção ao Direito aplicável.

Em sexto lugar, tendo o processo continuado para a fase de julgamento, tivemos oportunidade de nos pronunciarmos sobre a utilidade na produção de prova testemunhal.

Este entendimento deve ser, de novo, trazido para esta decisão.

Efectivamente, a prova testemunhal deve incidir sobre realidades, factos e ocorrências fenomenologicamente apreensíveis, distintas de um juízo opinativo e de valoração discursiva sobre essas mesmas realidades, factos e ocorrências.

A prova testemunhal pode definir-se, então, como a declaração de ciência de um terceiro que não é parte na lide, sobre determinados factos que percebeu sensorialmente, carreando-os, através da reconstrução memorial, para a presença judicial (cfr. neste sentido LUIS FILIPE DE SOUSA, Prova testemunhal, Almedina, 2014, pág. 173 e 174).

Esta definição conceptual é primacial para a distinção com outros meios de prova e de valoração probatória separada: "A função característica da testemunha é narrar o facto; a função característica do perito é avaliar ou valorar o facto (emitir, quando a ele, juízo de valor, utilizando a sua cultura e experiência especializada) (...) O verdadeiro papel do perito é captar e recolher o facto para o apreciar como técnico, para emitir sobre ele o juízo de valor que a sua cultura especial e experiência qualificada lhe ditarem." (ALBERTO DOS REIS, Código de Processo Civil Anotado, Vol. IV, Coimbra Editora, 1987, pág. 171).

Correndo o risco da repetição para tentar o prémio da clareza, a utilidade, interesse ou pertinência na inquirição das testemunhas em função dos temas de prova e do aproveitamento probatório da prova testemunhal nada pode aproveitar aos seguintes artigos da petição inicial elencados no requerimento probatório:

- 12 - Mera identificação das sociedades participantes na operação de concentração;
- 13 - Mera definição conceptual de operação de concentração;
- 14 a 18 - Apresentação de dados acerca do volume de negócios das sociedades envolvidas;
- 19 - Alegação conclusiva quanto à tipificação da operação de concentração;

27

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

20 a 26 - Alegações descritivas, conclusivas e/ou vagas acerca das operações a efectuar para concretização da operação de concentração;

27 - Caracterização da estrutura societária das sociedades Autoras;

28 e 29 - Alegações descritivas, conclusivas e/ou vagas acerca das operações a efectuar para concretização da operação de concentração;

30 - Mera repetição do artigo 19;

33 a 35 - Alegações conclusivas sobre as vantagens para os consumidores inerentes à operação de concentração;

37 a 44 - Alegações conclusivas sobre as vantagens para a reorganização operacional e económica das sociedades Autoras;

49 - Alegações conclusivas sobre a não aceitação dos compromissos pela Autoridade de Concorrência;

50 - Alegações argumentativas a prática das autoridades de concorrência Britânicas;

58 a 60 - Mera indicação e reprodução documental;

61 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e deficiência da fundamentação da decisão da Autoridade de Concorrência quanto à definição de mercado relevante;

64 e 65 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre a decisão da Autoridade da Concorrência, nomeadamente sobre a omissão de acção fiscalizadora;

69 a 74 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mercado relevante e sobre o contexto concorrencial;

81, 82, 90, 92 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mercado relevante e sobre o contexto concorrencial definido pela decisão da Autoridade da Concorrência;

95 - Alegações conclusivas sobre a definição de mercado relevante pela Autoridade da Concorrência;

95 e 98 - Alegações repetitivas sobre a definição de mercado relevante, concordantes com a posição da Autoridade Administrativa;

100 e 101 - Alegações meramente descritivas da operação de concentração, meramente repetitivas sobre a caracterização das empresas e conclusivas sobre a definição de mercado relevante pela Autoridade da Concorrência;

108; 109, 115 e 116 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e deficiência da fundamentação da decisão da Autoridade de Concorrência quanto à definição de mercado relevante;

104 a 107; 110 e 111 - Alegações conclusivas sobre as decisões da Comissão Europeia e da Competition Commission do Reino Unido;

112 a 114 - Alegações conclusivas sobre a suficiência técnica da decisão da Autoridade da Concorrência;

117 - Alegações conclusivas sobre posição da Autoridade da Concorrência sobre a substituíbilidade entre os meios de transporte ferroviário e rodoviário;

119 e 121 - Facto instrumental documentado nos autos;

125 a 127 - Alegações conclusivas e repetitivas sobre a intermodalidade como vantagem da operação de concentração e sobre as preocupações jus-concorrencias elencadas pela Autoridade da Concorrência;

133 e 134 - Alegações repetitivas e conclusivas sobre o conteúdo textual da decisão e sobre os efeitos da pressão concorrencial do transporte individual monitorizado;

139 - Alegações conclusivas sobre a existência de mercados de produto relevantes distintos;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

- 144 - Mera reprodução documental;
- 147 e 148 - Alegações conclusivas sobre o mercados de produto/serviço de transporte rodoviário;
- 151 – Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e conteúdo técnico da decisão da Autoridade da Concorrência quanto ao controlo da oferta;
- 152 a 154; 158; 162; 163; 165 a 167; 173 e 174 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e conteúdo técnico da decisão da Autoridade da Concorrência;
- 169, 170 - Alegações conclusivas sobre a falta e deficiência de fundamentação da decisão da Autoridade da Concorrência;
- 178 - Alegações conclusivas sobre a substituíbilidade entre os meios de transporte ferroviário e rodoviário;
- 180 e 183 - Alegações conclusivas e descritivas sobre os dados do inquérito e sobre a deficiência de fundamentação da decisão da Autoridade da Concorrência;
- 189 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e conteúdo técnico da decisão da Autoridade da Concorrência;
- 190 - Mera reprodução documental e alegações conclusivas sobre a falta e deficiência de fundamentação da decisão da Autoridade da Concorrência;
- 198 e 199 - Alegações argumentativas sobre o regime de preços fixados administrativamente e sobre a dinâmica comercial e empresarial das sociedades Autoras;
- 200 - Alegações argumentativas sobre a decisão da Autoridade da Concorrência;
- 202, 204, 209 - Mera reprodução documental e alegações conclusivas sobre a falta e deficiência de fundamentação da decisão da Autoridade da Concorrência;
- 205; 210; 211 - Alegações de Direito e conclusivas sobre as autoridades reguladoras do mercado relevante;
- 229 - Facto assente quanto à falta de consulta da DGTFE e alegações conclusivas quanto ao mérito da decisão da Autoridade de Concorrência;
- 235 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mercado concorrencial;
- 236 - Alegações de Direito;
- 238 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e conteúdo técnico da decisão da Autoridade da Concorrência;
- 240 - Alegações conclusivas sobre a substituíbilidade entre os meios de transporte ferroviário e rodoviário;
- 242; 244; 245; 248; 249; 250 e 251 - Alegações argumentativas sobre liberdade de fixação dos preços e sobre o conteúdo do contrato de concessão;
- 246 e 247 - Alegações conclusivas quanto ao mérito da decisão da Autoridade de Concorrência e repetitivas sobre os compromissos apresentados;
- 255 - Alegações repetitivas e conclusivas sobre a competência da DGTFE;
- 256 e 258, 261 e 261 – Alegações conclusivas e argumentativas sobre a preocupação de diminuição da Autoridade da Concorrência quanto à qualidade de serviço;
- 259 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre a desvalorização qualitativa do modo de transporte rodoviário decorrente do congestionamento do tráfego;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

- 260; 270 - Alegações repetitivas e conclusivas sobre os compromissos assumidos;
- 264 e 267 - Alegações conclusivas quanto ao mérito da decisão da Autoridade de Concorrência e repetitivas sobre os compromissos apresentados;
- 272 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre a ruptura do sistema de passes combinados;
- 276 e 277 - Alegações conclusivas quanto ao mérito da decisão da Autoridade de Concorrência e repetitivas sobre os compromissos apresentados;
- 278 – Mera reprodução documental;
- 279 e 280 - Alegações conclusivas quanto à protecção dos interesses dos consumidores;
- 282 e 285 - Alegações conclusivas acerca da instrução e suficiência do processo;
- 283 e 284 - Alegações conclusivas quanto ao mérito da decisão da Autoridade de Concorrência e repetitivas sobre os ganhos de sinergia;
- 285, 290, 291 e 295 - Alegações conclusivas quanto ao mérito da decisão da Autoridade de Concorrência e repetitivas sobre os compromissos apresentados;
- 300 - Alegações conclusivas quanto aos parâmetros de qualidade dos compromissos, protecção dos interesses dos consumidores, preços e passes combinados;
- 303 - Alegações conclusivas sobre o processo de instrução da decisão da Autoridade de Concorrência;
- 304 - Alegações conclusivas quanto à viabilidade das actividades alienadas;
- 305 a 307 - Alegações conclusivas quanto à viabilidade económica das carreiras TST e mérito da decisão da Autoridade de Concorrência;
- 310 a 315 - Alegações conclusivas sobre a empresa Isidoro, Duarte, Lda., sobre a suficiência motivacional da decisão, meramente descritiva de dados documentais constantes dos autos e sobre o mérito da decisão da Autoridade de Concorrência;
- 320, 325, 329 a 332 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e deficiência da fundamentação da decisão da Autoridade de Concorrência;
- 321 - Alegações conclusivas sobre o processo de instrução da decisão da Autoridade de Concorrência;
- 334 e 335, 336 338 a 340 - Alegações conclusivas sobre a proposta apresentada de monitorização do cumprimento das obrigações assumidas, constante da audiência escrita, e sobre o mérito; falta e deficiência de fundamentação da decisão da Autoridade da Concorrência;
- 344 e 345 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o conteúdo e aproveitamento dos compromissos apresentados escrita e sobre o mérito da decisão da Autoridade de Concorrência;
- 366 - Alegações conclusivas sobre o processo de instrução da decisão da Autoridade de Concorrência;
- 370; 373 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e deficiência da fundamentação da decisão da Autoridade de Concorrência;
- 378 e 379 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o processo de instrução da decisão da Autoridade de Concorrência;
- 391 a 393 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o exercício de poderes e a competência da Autoridade de Concorrência;
- 395 – Alegações conclusivas sobre a preterição do dever de informação e de consulta pela Autoridade da Concorrência;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

404; 406 e 407 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o processo de instrução e sobre o mérito e deficiência da fundamentação da decisão da Autoridade de Concorrência.

Compulsado o teor destes artigos e confrontadas estas alegações com a utilidade da produção de prova testemunhal, expressamente consignámos que a inquirição das testemunhas sobre aqueles aspectos redundaria na emissão de meros juízos valorativos e técnicos, meramente decorrentes da posição especial e experiência profissional das testemunhas arroladas pelas Autoras no contexto da operação de concentração e do objecto da decisão da AdC.

Com manifesto prejuízo para o protelamento dos autos, a inquirição de testemunhas a esta matéria soçobraría em prestação de declarações técnicas que ignoram o facto e incidem sobre a consequência argumentativa do mesmo.

Pelo contrário, também se consignou que as alegações dos artigos 47 (compromissos e monitorização assumidos); 107 (percursos rodoviários); 161 (processo negocial); 179, 182 e 184 (caracterização dos utentes da FERTAGUS e TST, ligação Lisboa/Pólo); 230 (consulta de entidades); 271, 273, 274 e 275 (sistema de passes combinados); 328, 397 e 399 (diligências instrutória) e 405 (vício de numeração) assegurariam algum conteúdo passível de narração, demonstração e aquisição do facto pela via testemunhal, não devendo o Tribunal frustrar o direito das Autoras de acesso à prova, aqui entendido no vector da oportunidade de produção de prova em audiência de julgamento, permitindo-se a inquirição aos temas de prova indicados no despacho saneador, especialmente nos pontos 3 a 10.

Feitos estes prontos prévios avancemos sobre a demais motivação.

Além da prova documental e do cumprimento do ónus de impugnação, foram prestados testemunhos a Ana Cristina Fernandes Ferreira Dourado, Administradora da FERTAGUS e fazer parte do Conselho de Administração da Via Porto, exercendo funções no Grupo Barraqueiro desde 1995, e a José Manuel de Sá Guimas, trabalhador da TST há 15 anos, sendo neste momento Gestor da TST.

Resultou manifesto de ambos os depoimentos a ausência de um relato minimamente proveitoso para a demonstração de factos ou circunstâncias que pudessem aportar ao Tribunal a percepção de quaisquer factos demonstrativos sobre os temas de prova ou sobre os artigos acima indicados da petição inicial.

Os depoimentos ficaram patentemente marcados pela confusão entre uma determinada percepção profissional, funcional e pessoal - especialmente Ana Cristina Dourado - sobre a operação de concentração e os efeitos jusconcorrenciais dessa operação, e pela incapacidade de relatar circunstâncias susceptíveis de integrar os temas de prova definidos nos autos.

Ambas as testemunhas vieram ao Tribunal comunicar apenas a sua opinião sobre a absoluta falta de substituíbilidade entre os meios de transporte ferroviário e de transporte colectivo de passageiros; sobre a deslocação de pessoas entre as margens do Tejo, e sobre a intermodalidade desses meios de transporte entre si e com o transporte fluvial, através da mera enumeração de circunstâncias públicas, notórias ou assentes na decisão, como sejam a inexistência de paragens de autocarro ao lado das estações de ferrovia, ou a ligação entre as carreiras TST e FERTAGUS nas ligações na margem sul e entre as margens, por confronto com o "mapa" de fls. 1595 dos autos.

A reiterada transmissão da opinião destas testemunhas de que cada par origem/destino de transporte rodoviário representa um mercado geográfico de produto relevante, não concorrente com a ligação ferroviária, em função da serventia do transporte para cada circunscrição habitacional não acode contributo para o apuramento dos factos.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Mais depuseram, de modo confirmativo e/ou simplesmente descritivo, sobre a regulação na actividade de transportes de passageiros, sobre o procedimento regulamentar e legal de gestão, extinção e criação de carreiras e sobre a limitação na fixação dos preços e tarifas dos transportes, explicitando conclusões sobre o enquadramento jurídico dos factos e que não dependem de observação fenomenológica.

Por outro lado, a actualidade do seu depoimento conflitua com a valoração dessas declarações para a percepção de realidades com quase 10 anos de ocorrência, exponencialmente evidenciado pelo depoimento no segmento dos compromissos assumidos (o relato foi, neste aspecto, claramente ausente de espírito crítico), pelo que qualquer utilidade probatória teria de estar sustentada, corroborada e confirmada pela prova documental já enumerada.

Ora, mesmo relevando a posição natural de interesse destas testemunhas e o sincero espírito de colaboração com o Tribunal, o relato foi de pouca monta para o objecto de litígio e no que dizia respeito à legalidade do procedimento e decisão e controlo de concentrações proferido pela AdC.

Ambas as testemunhas assumiram determinadas percepções pessoais sobre conceitos jurídicos - regulador; substituíbilidade, concorrência, mercado geográfico relevante - que nunca poderia prevalecer sobre a valência da demais prova junta, mormente os pareceres dos assessores técnicos.

O conhecimento e a razão de ciência das testemunhas sobre os temas de prova são, portanto, manifestamente caracterizados por perspectivas generalistas, do ponto de vista do utente e do profissional, visto que não participaram no procedimento de concentrações e dele tomaram conhecimento meramente precário (Ana Cristina Dourado interveio apenas no contexto da realização do inquérito realizado aos utentes e referido na decisão).

Quanto ao Ponto 1 dos temas da prova, respeitante ao alegado não cumprimento de uma formalidade do artigo 39.º da Lei da Concorrência, a intervenção da DGTTF e do IGOP encontra-se amplamente demonstrada nos pontos 323 a 329 da decisão, ela qual se faz referência ao parecer do INTF (Instituto de Transporte Ferroviário) e nos pontos 342 a 357 da decisão, na qual a AdC justifica a não solicitação de parecer à DGTT enquanto entidade reguladora e para os efeitos do art.º 39.º da referida Lei, sendo o demais inscrito matéria de Direito sobre a obrigatoriedade de audição e preterição de formalidade essencial, pelo que se optou pela aposição dos factos demonstrativos na matéria de facto não provada.

Quanto ao Ponto 2 dos temas da prova, respeitante à alegada violação dos princípios da boa-fé, igualdade e proporcionalidade, considerando que a descrição da marcha do procedimento descrita nos pontos 477 a 487 da decisão não foi impugnada ou posta em crise, nenhuma outra prova se fez ou resulta dos autos sobre as circunstâncias relativas à tramitação do procedimento, sendo o demais inscrito matéria de Direito sobre as consequências de preterição de direito de audição, pelo que se optou pela aposição dos factos demonstrativos na matéria de facto não provada.

Quanto ao Ponto 3 dos temas da prova, respeitante à análise económica e jusconcorrencial dos requisitos não taxativos do artigo 12.º da Lei da Concorrência, afigura-se-nos que tratam de realidades conceptuais e técnicas - intermodalidade substituíbilidade entre transportes; estrutura dos mercados; interesse dos consumidores; direitos exclusivos; elasticidade de preços; critérios de casuísticos de definição de mercado geográfico relevante sendo o demais inscrito matéria de Direito sobre a inexistência de concorrência, pelo que optou pela aposição dos factos demonstrativos na matéria de facto não provada.

Quanto aos Pontos 4, 8 e 9 dos temas da prova, respeitante à análise económica e jusconcorrencial dos compromissos apresentados pelas Autoras para afastar os problemas concorrenciais da operação de concentração,

4

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

verifica-se que a questão se encontra amplamente tratada nos pontos 392 a 456 e 541 a 547 da decisão, sendo o demais inscrito matéria de Direito sobre o erro manifesto de apreciação destes compromissos, pelo que optou pela aposição dos factos demonstrativos na matéria de facto não provada.

Quanto aos Pontos 5 e 6 dos temas da prova, respeitantes à alegada violação dos princípios da boa-fé, igualdade e proporcionalidade, na análise económica e jusconcorrencial dos compromissos (compromissos estruturais), verifica-se que a questão se encontra amplamente tratada nos pontos 392 a 456 e 541 a 569 da decisão, sendo o demais inscrito matéria de Direito sobre o erro manifesto de apreciação do compromisso de desinvestimento, pelo que optou pela aposição dos factos demonstrativos na matéria de facto não provada.

Quanto ao demais inscrito nos Pontos 7 a 9 dos temas da prova configura matéria de Direito sobre o erro manifesto de apreciação da análise económica e jusconcorrencial, pelo que optou pela aposição dos factos demonstrativos na matéria de facto não provada.

Em seguida, tendo sido determinada a elaboração de parecer pelos assessores nomeados pelo Tribunal com a finalidade probatória de análise da conformidade técnica da decisão da Autoridade da Concorrência, atendendo à especial complexidade do presente caso, considerando as garantias processuais da isenção decorrentes do compromisso prestado e das valências curriculares e reputacionais, relevando a proficiência e clareza das repostas apresentadas por confronto com o objecto definido após contraditório, os pareceres apresentados revelam-se de assertiva e exemplar corroboração da conformidade da análise técnica da decisão da AdC em sede de avaliação económica jusconcorrencial de concentrações, pelo que os mesmos foram valorados para efeitos do juízo probatório negativo acima enunciado.

O parecer do Dr. Fernando Branco, constante de fls. 2980 a 2986, é apodíctico quando refere que a análise sobre os critérios de definição do mercado relevante, nomeadamente quanto à desnecessidade de um estudo econométrico ou da apreciação de direitos exclusivos para o suporte da decisão final; quando refere que a decisão procede a uma correcta identificação concorrencial do mercado relevante e dos mercados distintos/conexos; quando refere que, em atenção ao grau de confiança habitual e apesar da incerteza dos efeitos, a operação pode não servir os interesses dos consumidores e o seu contributo seria negativo para a economia nacional; quando refere que foram correctamente analisados os entraves significativos à concorrência efectiva decorrente de uma posição dominante (nas várias vertentes assinaladas; e quando sinaliza os efeitos dos compromissos assumidos pelas Autoras sobre aqueles entraves, concluindo que a decisão da AdC foi a que melhor serviu o bem estar da economia nacional.

Os apontamentos a cada resposta evidenciam um espírito de colaboração equidistante, sem qualquer raciocínio derivativo, argumentativo ou conceptualmente denso.

A utilidade deste parecer resulta, também, da perspectiva pedagógica e crítica que fez incidir sobre a decisão da AdC, notando a existência de vantagens não consideradas pela AdC, a relevância de estudos sobre o impacto da actual situação concorrencial e a susceptibilidade dos compromissos referidos e do desenvolvimento das carreiras TST evitarem a criação de entraves, o que faz sobressair o seu valor probatório.

O parecer do Dr. Nuno Alexandre Cavaco, constante de fls. 2990 a 2994, é igualmente coerente, pertinente e valoroso nas afirmações que apresenta sobre a correcta identificação dos meios de transporte colectivo na margem sul do Tejo; sobre a falta de substituíbilidade destes com o transporte individual motorizado, sobre a alternatividade e conexão do transporte fluvial; sobre a falta de expressão significativa da Carris no mercado geográfico

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

M'

relevante; sobre a substituíbilidade entre os modos de transporte rodoviário e ferroviário nos pares origem/destino do percurso intermédio, e por inferência, da totalidade dos percursos; sobre a intermodalidade entre transporte fluvial e transporte colectivo de passageiros.

Especialmente incisiva é a sua análise sobre a precariedade ou a fragilidade na utilização singular do critério único da abordagem lugar de origem/destino para identificar mercados geográficos relevantes e sobre a interoperabilidade dos meios de transporte que operavam no eixo Lisboa/Setúbal via travessia da Ponte 25 de Abril.

Os apontamentos a cada resposta evidenciam, também, um espírito de colaboração equidistante, sem qualquer raciocínio derivativo, argumentativo ou conceptualmente denso.

Com o louvor da análise sintética, este parecer não deixa de aportar aos autos uma opinião técnica de imediato proveito pela sua clareza de exposição, auxílio no depuramento dos conceitos académicos (veja-se o conceito de transferência modal), permitindo uma evidente percepção da resposta, sem qualquer tergiversação ou obscuridade.

A oposição das Autoras ao aproveitamento probatório destes pareceres é absolutamente contraditória com a colaboração que o Tribunal promoveu na definição do objecto destes pareceres e marcadamente falaciosa na imputação redutora de que tais pareceres se limitaram a juízos de probabilidade meramente opinativos. As conclusões das Autoras reflectem igualmente uma posição de reserva sobre a indicição confirmativa dos pareceres quanto à conformidade da decisão da AdC, ao ponto de tergiversarem sobre o conteúdo dos pareceres de modo não respectivo do que ali é respondido em função do que é perguntado, especialmente quanto ao primeiro parecer.

Em acordo com o que vai dito, não subsiste qualquer obscuridade, deficiência ou contradição interna nas respostas dos pareceres, nem tão pouco reflectem uma leitura acrítica da decisão da AdC.

Em sentido contrário, e utilizando argumentos diametrais, desvaloriza-se, probatoriamente, os pareceres juntos pelas Autoras a fls. 237 a 393 (doravante parecer de 1303-2006); a fls. 886 a 1043 (doravante parecer PLMJ e os estudos juntos com o requerimento de 17-09-2015 (ref.^a: 18105), denominados **Barraqueiro - Arriva concentration: Economic Report** ("Concentração Barraqueiro - Arriva: Relatório Económico") de 7 de Março de 2007, fls. 2518 a 2587, e **Barraqueiro - Arriva concentration: Progress report and preliminar results** (Concentração Arriva-Barraqueiro: Relatório de progresso e conclusões preliminares) de 2 de agosto de 2012, pelas razões que a seguir se elencam:

- Os pareceres reflectem alegações jurídicas e técnicas de oposição à decisão de proibição, destituídos de isenção e equidistância científica;
- As conclusões dos pareceres juntos pelas Autoras contrariam, frontalmente, as conclusões dos pareceres solicitados pelo Tribunal, nomeadamente quanto à correcção da análise económica e jusconcorrencial e quanto à definição técnica de intermodalidade, substituíbilidade e mercado geográfico relevante da decisão em função de pares origem/destino;
- Os pareceres juntos pelas Autoras não partem do mesmo quadro factual e acervo de dados subjacente à análise económica e jusconcorrencial da decisão impugnada;
- Os pareceres juntos não partem do mesmo quadro factual de análise económica e jusconcorrencial da decisão impugnada, sendo argumentativos quanto ao mérito e conclusivos quanto à legalidade da decisão;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- O parecer de 13-03-2006, no que respeita aos mercados conexos com o mercado relevante e à crítica sobre a não inclusão do transporte fluvial, surge contrariado pelas respostas do parecer do Dr. Nuno Alexandre Cavaco e pelos elementos tratados na decisão sobre as características intrínsecas deste transporte e referidos nos pontos 54 a 57 da decisão, nomeadamente a informação aí referida e prestada pelo regulador sectorial ferroviário – o Instituto nacional do Transporte Ferroviário (INTF);

- O parecer de 13-03-2006 utiliza critérios para a definição de mercado ou mercados relevantes com base na análise de frequência e oferta que não se adequam à escolha racional do consumidor, como seja o n.º total de atravessamentos ou a capacidade do transporte;

- As divergências assinaladas no parecer de 13 de Março de 2006 quanto ao n.º total de travessias estão esteiradas na valoração de "não-respostas" nos Censos, na "não-contagem" dos casos de 2 deslocações diárias a Lisboa, conferindo-se preferência a um estudo da DGTT, sem que tal opção surja devidamente justificada no que respeite ao desmerecimento dos dados estatísticos do INE referidos pela decisão;

- O parecer de 13-03-2006 desconsidera, na definição de mercado relevante - "*serviços unimodais ou intermodais de transporte público de passageiros no corredor Lisboa-Almada-Setúbal, por via fluvial ou pela ponte 25 de Abril*", a circunstância de o serviço de transporte fluvial da Transtejo depende da existência de serviços de transporte rodoviário que façam o rebatimento aos cais de embarque/desembarque, nomeadamente do transporte rodoviário de passageiros, oferecidos pelos TST, na margem sul do Tejo; e sem considerar a totalidade da cadeia de transporte para efeitos de análise quantitativa;

- O parecer de 13-03-2006 desconsidera, para efeitos de substituíbilidade, que a migração de passageiros do transporte fluvial para o transporte ferroviário representa um fenómeno de escolha do consumidor tendencialmente definitiva e que não implica mera alternatividade ou fungibilidade, atentas as características do transporte ferroviário;

- Esta circunstância consta do parecer do INTF referido na decisão da AdC, sem prejuízo do transporte fluvial ser considerado um mercado conexo;

- O parecer de 13-03-2006 desconsidera, para efeitos de definição de mercado geográfico relevante, o eixo Lisboa-Setúbal quando inclui o transporte fluvial que apenas assegura o percurso intermédio do atravessamento do rio;

- O parecer de 13-03-2006 desconsidera, para efeitos de definição de mercado relevante, as diferentes características do transporte individual motorizado, apesar de o definir como mercado conexo e o incluir no cálculo de quotas de mercado;

- O parecer de 13-03-2006 desconsidera que a decisão de proibição em nunca põe em causa o modelo tarifário em causa, analisando apenas a possibilidade de (graus de liberdade para) alterar os preços, sem deixar a possibilidade de escolha (entre modos rodoviário e ferroviário) ao consumidor;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

- O parecer de 13-03-2006 é contraditório com a posição das Autoras sobre a efectiva existência de concorrência entre o transporte colectivo de passageiros rodoviário e ferroviário, desaproveitando a argumentação sobre o erro de apreciação e legalidade da decisão trazido a estes autos;

- O parecer de 13-03-2006 é meramente adversativo da decisão de proibição sobre os efeitos da natureza regulada no mercado quanto à criação de entraves à concorrência;

- Os estudos juntos pelas Autoras datados, respectivamente, de 7 de Março de 2007 e 2 de Agosto de 2012, foram elaborados fora do período da análise técnico-económica jus concorrencial (de prognose) feita pela AdC, no âmbito da operação de concentração notificada em 2004 e decidida em 2005, carecendo de qualquer utilidade para a aferição da legalidade da decisão em causa;

- Os estudos estão directa e imediatamente contrariados pelos pareceres dos assessores nomeados pelo Tribunal quanto à definição de mercado relevante e quanto à substituíbilidade e intermodalidade dos meios de transporte existentes no mercado geográfico, sem que o processo dispusesse de controlo sobre o objecto e elementos de análise relevantes para a elaboração desses estudos;

- O Parecer PLMJ, solicitado à Sociedade de Advogados A.M. Pereira, Sáragga Leal, Oliveira Martins, Júdice e Associados, secunda, apenas, a petição inicial na discordância quanto ao mérito da decisão de proibição e quanto à procedência dos argumentos jurídicos ali trazidos, sem que aporte aos autos elementos técnicos ou de índole científica susceptíveis de configurar causa de revisão ou sindicância dos juízos discricionários sobre a avaliação económica e jusconcorrencial da decisão de proibição.

Em conclusão, nenhum dos pareceres e estudos técnicos, jurídicos ou económicos juntos pelas Autoras, seja pelo desmerecimento dos seus argumentos seja pela minoração em relação aos meios de prova de fonte processual e judicial, é susceptível de infirmar a valoração concedida aos pareceres elaborados pelos assessores nomeados no processo.

As Autoras procederam, ainda, à junção de outros elementos documentais os escritos.

Todavia, por configurarem elementos desgarrados de relevância para a presente decisão de fundamentação de factos ou por configurarem elementos normativos, doutrinários e jurisprudências sem proximidade ao contexto factual tratado na decisão de proibição (designadamente quanto à actividade económica e/ou área geográfica), foram desconsiderados os seguintes documentos juntos pelas Autoras:

- Ac. TJUE de 15-02-2005 de fls. 394 a 408, decisão que confirmou acórdão do Tribunal de 1.ª Instância de anulação de decisão da comissão que declarou uma operação de concentração (embalagens de produtos alimentares) incompatível com o mercado comum e com Acordo EEE;

- Ac. TPI de 21-09-2005 de fls. 409 a 426, decisão que anulou decisão da comissão de proibição de concentração, com fundamento por erro de Direito na definição de mercados de gás natural em Portugal;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

- Cópia de decisão da AdC (incompleta) em processo sancionatório contra a 2.^a Autora, remetida ao proc. 930/04.0TYLSB;
- Cópia de decisão da autoridade da concorrência do Reino Unido de fls. 436 a 480 sobre operação de aquisição de empresa de transporte ferroviário colectivo de passageiros;
- Cópia de decisão da autoridade da concorrência do Reino Unido de fls. 481 a 501 sobre operação de aquisição de empresa de transporte ferroviário colectivo de passageiros;
- Cópia de decisão da Comissão Europeia de fls. 502 a 504 sobre operação de aquisição de empresa de transporte rodoviário e ferroviário colectivo de passageiros, com remessa do processo para aferição da conformidade com a lei nacional;
- Cópia de decisão da Comissão Europeia de fls. 505 e 507 sobre operação de aquisição de empresa de transporte ferroviário colectivo de passageiros, com remessa do processo para aferição da conformidade com a lei nacional;
- Cópia de decisão da autoridade da Comissão Europeia de fls. 505 e 507 sobre operação de aquisição de empresa de transporte ferroviário colectivo de passageiros, com remessa do processo para aferição da conformidade com a lei nacional;
- Cópia de decisão da Comissão Europeia de fls. 508 de não oposição à operação de concentração (fusão) da Portugalia com a SPdH, por via de trespasse;
- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 509 a 517 de não oposição a operação de concentração (aquisição) da Hillenbrand pela Drager (actividade de termoterapia neonatal);
- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 518 a 527 de não oposição a operação de alienação da participação da RTP na empresa Sport Tv e subsequente aquisição pelas empresas PPTV e Pt Conteúdos;
- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 528 a 541 de não oposição a operação de aquisição de controlo exclusivo das empresas Ocasião e Anuncipress pela Lusomundo;
- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 542 a 552 de não oposição a operação de aquisição de controlo exclusivo da empresa Triunfo pela United Biscuits Iberia SL;
- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 553 a 560 de não oposição a operação de criação de uma empresa comum entre as empresas CTT IMO, S.A. e Visabeira, SGPS, S.A.;
- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 561 a 573 de não oposição a operação de aquisição da empresa NQuintas, S.A. que detém controlo conjunto da sociedade Portgás, pela EDP, S.A. à CGD;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

G'

- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 574 a 578 de não oposição a operação de aquisição de quatro empresas com actividade na área dos seguros integradas no BCP, pela caixa Seguros SGPS, S.A.;
- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 579 a 583 de não oposição a operação de aquisição da totalidade do capital social da empresa Bolores e Eneraltius e promessa de aquisição de outras empresas, pela Enernova;
- Cópia de livro sobre Regulamento dos Transportes em Automóveis, Anotado em Comentado, de fls. 584 a 652;
- Cópia de Despacho n.º 19 626-A/2004 (r série) de aprovação de preços para carreiras rodoviárias em percursos inferiores a 50 km, de fls. 653 a 655;
- Cópia de programa do XIV Governo Constitucional, de fls. 656 a 660, do XV Governo Constitucional, de fls. 661 a 664, do XVI Governo Constitucional de fls. 665 a 668, do XVII Governo Constitucional de fls. 669 a 678;
- Artigo doutrinário sobre Direito da Concorrência de fls. 866 a 878;
- Artigo doutrinário sobre autoridades da concorrência e reguladores sectoriais de fls. 879 a 885;

Na mesma toada, por configurarem elementos meramente acessórios e remotamente instrumentais dos factos demonstrativos concretizados nos temas de prova, ou por se referirem à tramitação do processo ou a dados económicos sobre os elementos económicos tratados na decisão de proibição, os seguintes documentos, juntos pelas Autoras, não lograram qualquer contributo para a motivação probatória dos autos:

- Pronúncia do INTF no proc.º Ccent. N.º 37/2004 de fls. 679 a 683;
- Lista de todos os percursos origem-destino nas aéreas de actividades da FERTAGUS e TST entre a margem sul do tejo e Lisboa, de fls. 684;
- Horários TST de fls. 685 a 689;
- Lista das Carreiras da TST que servem o terminal de Cacilhas da Transtejo de fls. 690; - Lista das Carreiras TST que servem o terminal da Soflusa no Montijo de fls. 691 e mapa de rede de fls. 692;
- Mapa de rede FERTAGUS de fls. 694;
- Mapa de rede Carris de fls. 695;
- Estudo de satisfação e de perfil de cliente FERTAGUS – Junho 2004 de fls. 696 a 716; - Estudo de satisfação e de perfil do cliente FERTAGUS – Junho 2003 de fls. 717 a 737 - Cópia de informação prestada pela Transtejo, S.A. à AdC no proc. Ccent. 37/2004 sobre percursos de travessia fluvial efectuados entre Cacilhas e Lisboa de fls. 859 a 861;
- Print de informação da Câmara Municipal do Barreiro sobre serviços municipalizados de transporte colectivo, de fls. 862 e 863;
- Horários de carreiras Carris de fls. 864 e 865;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

- Cópia de notificações à empresa TST de despachos/decisões proferidas em processo de contra-ordenação da DGTT de fls. 738 a 745 e de fls. 744 a 749;
- Cópia de Fax enviado pela DGTT à empresa TST sobre o tarifário do ano 2003, de fls. 750 a 773;
- Cópia de resposta enviada pela DGTT à empresa TST sobre reformulação de proposta de actualização tarifária de 2004, de fls. 774 a 789;
- Cópia de resposta enviada pela DGTT à empresa TST sobre reformulação de proposta de actualização tarifária de Novembro de 2005, de fls. 790;
- Relatório de auditoria do Tribunal de Contas sobre *follow up* da concessão FERTAGUS, de fls. 791 a 844;
- Relatório de gestão e contas consolidadas de 2004 da Transtejo de fls. 845 a 858.

...

Nestes termos, os temas de prova definidos no despacho saneador não auferiram de qualquer representação fáctica susceptível de promover a formação de convicção judicial bastante." (sic).

E é a bondade deste *minucioso e assaz detalhado* fio de raciocínio que importa aquilatar, cabendo recordar que a decisão de fls. 3019 (10º volume) se mostra transitada em julgado, com todas as incontornáveis consequências que legalmente decorrem desse facto inelutável - o que se acentua com a devida **intensidade** dada a sua **muito substancial relevância** para o julgamento do pleito, mais não seja porque não é mais possível voltar a ouvir as testemunhas inquiridas na audiência ou outras das que foram atempadamente arroladas, ou sequer, tomar declarações, para prestação de esclarecimentos, aos assessores oficiosamente nomeados pelo Mmo Juiz *a quo*.

4.2.4. Em cumprimento do desiderato agora enunciado, foram ouvidos os depoimentos prestados na *audiência final* de que a acta de fls. 2867 a 2871 dá fé pelas duas únicas testemunhas aí ouvidas e lidos os extensos e abundantes documentos que estão juntos aos autos e também aos **22 grossos volumes** que constituem o processo administrativo apenso, sendo, de igual modo, lidos os prolixos articulados apresentados pelas partes na correspondente fase (ou seja, antes de ter sido o proferido o despacho saneador de fls. 2291 e o "Despacho de condensação" de fls. 2313 a 2321).

E, realizada toda essa morosa actividade, não pode deixar de ser reconhecido que o Mmo Juiz *a quo* tem razão em muitos dos comentários que formula acerca do que consta dos artigos que compõem a petição inicial.

O que, obviamente, **não** significa que esteja vedada a possibilidade de serem introduzidas algumas alterações nesse segmento da sentença criticado pelas Autoras *fembora não todas as alterações por estas peticionadas*] e sendo certo que as consequências jurídicas dessas modificações, a existirem, só serão apuradas mais adiante, pois nunca poderá ser esquecido que, o que cura neste momento apurar é qual é a *verdade formal do processo* - ou seja, aquela que, sublinha-se uma vez mais, é a única que LX PROC Nº 223/06.9TYLRS.L1 (acção administrativa especial - lei da concorrência)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

pode servir de fundamento ao sentenciamento do objecto da causa submetida ao julgamento do Tribunal.

Na verdade e começando pelas questões mais simples, face à documentação junta pelas Autoras (na presente acção e no processo administrativo apenso, sendo que, relativamente à data da apresentação do documento de fls. 5881 e 5882 do apenso 21, vale a *declaração confessoria* manuscrita a fls. 5881), nomeadamente a referenciada nas conclusões 19, 40, 52, 87, 88 e 130, e bem assim e sobremaneira, perante os depoimentos prestados pelas testemunhas **Ana Cristina Fernandes Ferreira Dourado** e **José Manuel de Sá Guimas** (especialmente pela primeira), que foram claros, precisos, coerentes, isentos e que, por tudo isso e pela inequívoca razão de ciência que demonstraram possuir [*fruto do saber adquirido durante os anos e anos de trabalho por esses depoentes desenvolvido no sector em causa*], se mostram fiáveis e credíveis - e não merecedores de serem desqualificados apenas porque têm fortes ligações a empresas do Grupo económico cujos direitos estão aqui a ser escrutinados -, é perfeitamente possível declarar que neste processo está provado *para além de qualquer dúvida razoável* que:

a) para as quinze carreiras que, à data da petição inicial, atravessavam a Ponte 25 de abril, não existiam paragens das TST no raio de 1 km das estações de comboios, não havendo, consequentemente, sobreposição em termos de origem/destino nos dois meios de transporte;

b) no que respeita aos transportes colectivos rodoviários, todas as carreiras, incluindo o seu tarifário, são submetidas à prévia autorização do regulador;

c) foram oferecidas, em 24/08/2005, pelas Autoras as soluções de compromisso que constam de fls. 5881 e 5882 do processo administrativo apenso - volume 21 -, documento que aqui se dá por reproduzido, com a intenção de obstar a uma decisão de proibição da operação projectada por essas sociedades a que a presente acção se reporta;

d) através das cartas que constituem fls. 5885, 5985 e 5996 do volume 21 do processo administrativo apenso, as Autoras pediram à Ré, por várias vezes, a marcação de reuniões para discussão do pedido por elas apresentado.

O que aqui se declara, sem que, por tudo o que se referiu no ponto 4.1.1. supra acerca do “*Princípio da Parcimónia*” - e porque a *simplicidade* é mesmo uma enorme virtude -, haja necessidade de apresentar qualquer outra fundamentação para além daquela agora exposta.

E assim sendo, resta, então, escarpelizar os artigos/números 33 a 35, 37 a 44, 49, 50, 61, 64 a 65, 69 a 74, 81, 82, 90, 92, 95 a 98, 108, 109, 112 a 117, 125 a 127, 169, 170, 178, 180 a 183, 198 e 199, 256 a 258, 261, 264 e 267, 272, 276 e 277, 279 e 280, 285, 290, 291 e 295, 300, 310 a 315, 334 e 335, 336, 338 a 340, 344 a 345 da petição inicial das Autoras.

4.2.5. Todavia, antes de proceder a essa análise, é indispensável tomar posição acerca dos vários “*pareceres*” que constam dos autos, quer os juntos pelas Autoras (que são cinco) quer os apresentados pelos assessores officiosamente nomeados pelo Tribunal de 1ª instância (que são dois), sendo certo que, LX PROC Nº 223/06.9TYLRS.L1 (acção administrativa especial - lei da concorrência) 53

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

relativamente a estes últimos, apesar de, acerca deles, valer sobremaneira o que está previsto no n.º 1 do art.º 601º desse mesmo Código [a saber: «Quando a matéria de facto suscite dificuldades de natureza técnica cuja solução dependa de conhecimentos especiais que o tribunal não possua, pode o juiz designar pessoa competente que assista à audiência final e aí preste os esclarecimentos necessários, bem como, em qualquer estado da causa, requisitar os pareceres técnicos indispensáveis ao apuramento da verdade dos factos.»] - o que significa que esses documentos não são relatórios periciais -, nunca por nunca poderá ser olvidado o que se encontra estatuído no art.º 489º do CPC 2013 («A segunda perícia não invalida a primeira, sendo uma e outra livremente apreciadas pelo tribunal.»).

Ou seja, mesmo esses esclarecimentos são [*terão de ser*] sempre livremente apreciáveis pelo concreto Juiz ou Juíza do processo.

Já no que tange aos primeiros, também os mesmos não podem ser considerados relatórios periciais (v. art.ºs 467º a 489º do CPC 2013), antes devendo, tão só, ser atendidos nos termos definidos no art.º 426º do supra aludido Código de Processo e, como tal, também livremente apreciados pelo Tribunal (*idem*, art.º 607º n.º 5).

E, nessa apreciação, convirá ter em conta (este Tribunal Superior tê-lo-á seguramente) que nenhum dos autores desses documentos escritos (logo também *o valor intrínseco desses escritos quando à credibilidade ou capacidade de convencimento que os mesmos podem/devem merecer perante terceiros, nomeadamente o Juiz - ou Juízes - da causa*) foi submetido àquela que é, passe o termo, a *prova de fogo* do contraditório e que consiste na submissão dos mesmos ao crivo do contra-interrogatório pela parte contrária realizado em audiência de discussão e julgamento.

De facto, tendo os Juízes a função de “*administrar a justiça em nome do povo*” (art.º 202º n.º 1 da Constituição da República), não lhes é, porém, exigível que sejam omniscientes.

Daí que caiba às partes *convencer* esses Julgadores da bondade dos seus argumentos, valendo para o julgamento da causa, quando essa convicção não consegue ser criada nos termos exigidos no art.º 346º do Código Civil (ou seja, *para além de qualquer dúvida razoável*), as regras estabelecidas para a repartição do ónus de prova - isto porque os Tribunais têm sempre que encontrar uma solução para os litígios submetidos à sua apreciação, não podendo, em caso algum, refugiar-se num *non liquet*, ou numa assunção das (submissão às) opiniões de um qualquer técnico - sendo tudo ainda pior quando isso acontece de forma acrítica -, por maiores que sejam as competências profissionais e/ou académicas do mesmo e por mais intrincada que seja a complexidade técnica do caso.

Efectivamente, a responsabilidade ético-social e institucional de decidir (em nome do Povo) que está atribuída aos Juízes é, a todas as luzes, por estes, completamente indelegável.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

Nessa conformidade, para este Tribunal Superior a não submissão de todas essas opiniões técnicas ao crivo do contra-interrogatório pela parte contrária não pode deixar de ter como resultado uma diminuição da credibilidade dos escritos em questão.

De todas, insiste-se, porque não existem elementos nos autos que permitam concluir que umas são mais idóneas, isentas e imparciais do que as outras, não sendo suficientemente forte para estabelecer qualquer diferenciação positiva ou negativa a esse propósito o facto de umas serem directamente pagas pelas Autoras e de os autores dos pareceres terem sido directamente escolhidos por essas litigantes e as outras resultarem de uma escolha operada por outras entidades que o Mmo Juiz *a quo* acolheu.

Ou seja, essas opiniões técnicas valerão sobremaneira pela capacidade que cada um dos argumentos expostos - isto é, pela sua coerência e clareza e pela fundamentação/motivação do enunciado - terá de criar no Julgador (singular ou colectivo) uma convicção de adesão ao/aprovação do argumentário justificativo das afirmações e/ou conclusões que constam do parecer.

E não tanto das habilitações literárias (muito semelhantes) dos autores desses documentos ou, insiste-se, da sua maior ou menor (conhecida) ligação às partes envolvidas no conflito.

A concluir, impõe-se salientar que os pareceres que constam de fls. 237 a 885, com os respectivos anexos (volumes 1 a 3) - este datado de fevereiro de 2006 e emitido pela sociedade de Advogados MLGT&S - e de fls. 886 a 1043 (volume 3) - o qual está datado de 22/02/2005 e tendo sido emitido pela sociedade de Advogados PLMJ -, são de natureza jurídica, logo são muito pouco (ou quase nada) relevantes para o escrutínio da impugnação da matéria de facto que neste momento processual está a ser feito.

Isto ao invés do que acontece com o parecer elaborado pelo Professor Catedrático do IST José Manuel Viegas, perito na área dos transportes, que ocupa fls. 1712 a 1749 (volume 6) - datado de 13/03/2006 -, e com os de natureza claramente de análise económica que se estendem, nas versões em inglês, um de fls. 2341 a 2412 (datado de 2007) e o outro de fls. 2413 a 2469 (datado de 2011/2012) - e 2516 a 2588 e 2589 a 2644, nas versões em português -, ambos elaborados pela empresa "NERA - Economic Consulting", mas também com as opiniões apresentadas a fls. 2980 a 2986 pelo Professor Catedrático Fernando Branco, "*pessoa idónea com conhecimentos na área da economia*" (com data de 21/04/2016), e a fls. 2995 a 2999 pelo Engenheiro Nuno Martins Cavaco, "*pessoa idónea com conhecimentos na área de gestão de transportes rodoviários e ferroviários*" (com data de 12/05/2016) - sendo que estes últimos se limitaram a responder às perguntas formuladas pelo Mmo Juiz *a quo* a fls. 2934 a 2940 (na sequência de reparos feitos pela Ré a umas outras que foram inicialmente elaboradas por esse Julgador após a elaboração do despacho saneador da acção).

9

4.2.6. E, mercê da **análise crítica** de todos esses **factores susceptíveis de criar convencimento** (isto é, os elementos de prova e os pareceres que foram apresentados no processo) operada nos termos descritos no ponto 4.2.2. do presente acórdão, e usando, para uma mais clara e concreta aferição do que está alegado em cada um dos artigos/números da petição inicial (aperfeiçoada) apresentada pelas Autoras e que estas pretendem ver declarado provado, a metodologia de que se serviu o Mmo Juiz *a quo*, pode este Tribunal Superior, a propósito dos mesmos, referir o seguinte:

- 33 - trata-se de alegação conclusiva;
- 34 - trata-se de alegação conclusiva;
- 35 - a matéria factual descrita é irrelevante para o destino da causa;
- 37 - trata-se de uma manifestação de intenções que são irrelevantes para o destino da causa;
- 38 - trata-se de alegação conclusiva;
- 39 - trata-se de alegação conclusiva;
- 40 - trata-se de alegação conclusiva;
- 41 - a considerar-se que está a ser descrita matéria factual, a mesma é irrelevante para o destino da causa;
- 42 - trata-se de uma manifestação de intenções que são irrelevantes para o destino da causa;
- 43 - a matéria factual descrita é irrelevante para o destino da causa;
- 44 - a matéria factual descrita é irrelevante para o destino da causa;
- 49 - com os fundamentos invocados nos pontos 4.2.2., 4.2.4. e 4.2.5. supra, está provado que *«As Autoras mostraram-se totalmente receptivas para aceitar a forma de monotirização que a AdC considerasse ser a mais adequada e conveniente e também a discutir, aprofundar e adoptar compromissos que permitissem a concretização da operação de concentração que propuseram»;*
- 50 - a matéria factual descrita é irrelevante para o destino da causa;
- 61 - trata-se de alegação conclusiva;
- 64 - trata-se de alegação conclusiva;
- 65 - trata-se de alegação conclusiva e a que não é constitui alegação em matéria de Direito (parte final);
- 69 - trata-se de alegação conclusiva e a que não é constitui alegação em matéria de Direito;
- 70 - trata-se de alegação conclusiva;
- 71 - trata-se da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;
- 72 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC (parte final);

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

73 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC (parte final);

74 - trata-se de alegação em matéria de Direito e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

81 - com os fundamentos invocados nos pontos 4.2.2., 4.2.4. e 4.2.5. supra, está provado que «A Autoridade da Concorrência, para efeitos de apreciação da operação de concentração proposta pelas Autoras, definiu o mercado (de produto e geográfico) relevante como o correspondente ao transporte público rodoviário e ferroviário de passageiros, compreendendo todos os percursos realizados no eixo Setúbal/Lisboa, via travessia da Ponte 25 de Abril»;

82 - no que respeita à matéria de facto alegada (2º parágrafo, constituindo o que está escrito no 1º parágrafo uma alegação conclusiva e em matéria de Direito) e com os fundamentos invocados nos pontos 4.2.2., 4.2.4. e 4.2.5. supra, está provado que «O mercado relevante definido pela Autoridade da Concorrência abrange apenas a travessia da Ponte 25 de Abril e 70.400 deslocações diárias»;

90 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC (parte final);

92 - com os fundamentos invocados nos pontos 4.2.2., 4.2.4. e 4.2.5. supra, apenas pode dar-se por provado o que consta do parágrafo 444 da “Decisão” da Autoridade da Concorrência datada de 25 de novembro de 2005 e cuja cópia certificada constitui fls. 6279 a 6379 do processo administrativo apenso (volume 22), e existindo uma cópia simples, idêntica àquela, a fls. 1044 a 1144 do presente processo (volume 4); todavia, não é despendendo integrar o conteúdo total dessa “Decisão” no elenco da factualidade dada por provada nesta acção, razão pela qual se dá aqui se por integralmente reproduzido todo esse documento, destacando-se no mesmo aquele parágrafo 444;

95 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

96 - a afirmação essencial que consta deste número (a saber: «O mercado geográfico relevante para a apreciação da pretensão apresentada pelas Autoras é o correspondente à Grande Área Metropolitana de Lisboa») manifesta uma das conclusões que este Tribunal Superior terá que retirar (ou não) após aplicação do silogismo judicial à matéria de facto que for considerada provada na acção, daí que não possa ser configurada, em si, como um facto a declarar provado ou não provado;

97 e 98 - com os fundamentos invocados nos pontos 4.2.2., 4.2.4. e 4.2.5. supra, pode e interessa dar-se aqui por reproduzida a “Decisão” da Autoridade da Concorrência datada de 03 de junho de 2004 e cuja cópia constitui fls. 1578 a 1594 do presente processo (volume 5);

108 - com os fundamentos invocados nos pontos 4.2.2., 4.2.4. e 4.2.5. supra, pode e interessa dar-se aqui por reproduzido o “Guia de Transportes Públicos/ Lisboa – Margem Sul do Tejo”, não datado,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

apresentado pelas Autoras à Autoridade da Concorrência e que constitui fls. 1595 do presente processo (volume 5);

109 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

112 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

113 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

114 - provado apenas o que consta da alínea a) da factualidade declarada provada no ponto 4.2.4. supra;

115 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

116 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC e de inferências que as Autoras retiram dessa deliberação dessa entidade reguladora;

117 - trata-se de matéria de facto irrelevante para o destino do pleito (inquérito aos utentes realizado a posteriori da definição do mercado relevante operada pela AdC);

125 - trata-se de alegação conclusiva;

126 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

127 - com os fundamentos invocados nos pontos 4.2.2., 4.2.4. e 4.2.5. supra, está provado que *«Quando consultada pela Autoridade da Concorrência, para efeitos de apreciação da operação de concentração proposta pelas Autoras, a TRANSTEJO defendeu como preocupação jusconcorrencial a eliminação da concorrência na Ponte 25 de Abril e o rebatimento, pelo modo rodoviário, aos modos pesados de transporte colectivo de passageiros, o ferroviário e o rodoviário»;*

169 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

170 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

178 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

180 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

181 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9,

182 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

183 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

198 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

199 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

256 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC e, na parte final, de uma alegação em matéria de Direito;

257 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

258 - com os fundamentos invocados nos pontos 4.2.2., 4.2.4. e 4.2.5.supra, está provado que *«As apreciações feitas no número 215 da “Decisão” da AdC de 25 de novembro de 2005 a propósito da qualidade do serviço dos TST, respeitam a relatórios publicados antes da aquisição dos TST pela Arriva ao grupo Barraqueiro, sendo neles referido que, nesses anos, a qualidade registou uma melhoria sustentada com um acréscimo embora moderado em termos de satisfação mediana.»*;

261 - com os fundamentos invocados nos pontos 4.2.2., 4.2.4. e 4.2.5.supra, apenas é possível declarar provado o que consta do parágrafo 233 da “Decisão” da Autoridade da Concorrência datada de 25 de novembro de 2005 e cuja cópia certificada constitui fls. 6279 a 6379 do processo administrativo apenso (volume 22), e existindo uma cópia simples, idêntica àquela, a fls. 1044 a 1144 do presente processo (volume 4), e, nomeadamente, que no mesmo está escrito, no que respeita à sociedade “Fertagus”, na altura gerida pelo grupo Barraqueiro, que, relativamente à evolução nos anos de 2002 a 2004 do “Índice global de satisfação (dos clientes)”, esse índice se manteve “num nível bastante elevado do máximo possível da escala de satisfação”.

264 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC (sendo muito estranha e quiçá incompreensível a afirmação proferida pelas apelantes neste artigo 264 uma vez que no parágrafo 245 da “Decisão” da Autoridade da Concorrência datada de 25 de novembro de 2005 está expressamente escrito que *«será o Estado a adquirir o material circulante adicional, o qual será dado em “leasing” à FERTAGUS»*);

267 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

272 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

276 - dá-se aqui por reproduzido o teor do anexo do contrato de concessão cuja cópia constitui fls.;

277 - trata-se de uma mera descrição do conteúdo de dois dos números da “Decisão”;

279 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

280 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

285, 290 e 291 - provado apenas o que consta das alíneas c) e d) da factualidade declarada provada no ponto 4.2.4. supra;

295 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

300 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

310 a 313 - com os fundamentos invocados nos pontos 4.2.2., 4.2.4. e 4.2.5. supra, podem e interessa serem aqui dados por reproduzidos os documentos de fls. 1636 a 1638 e 1639 a 1645 do presente processo (n.ºs 23 e 24 juntos com a pi - volume 5) respeitantes à sociedade “Isidoro Duarte, L.da”;

314 - trata-se de alegação conclusiva;

315 - trata-se de alegação conclusiva;

334 a 336 - provado apenas o que consta das alíneas c) e d) da factualidade declarada provada no ponto 4.2.4. supra;

338 - provado apenas o que consta das alíneas c) e d) da factualidade declarada provada no ponto 4.2.4. supra;

339 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

340 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC e, na parte final, de uma alegação em matéria de Direito;

344 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC;

345 - trata-se de alegação conclusiva e da manifestação de uma opinião (avaliação) de um acto realizado pela AdC.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

O que é suficiente para permitir a este Tribunal Superior considerar parcialmente procedente esta pretensão formulada pelas recorrentes (valendo também aqui e sempre, o que antes se deixou escrito acerca do *Princípio da Parcimónia*).

4.2.7. Deste modo e em conclusão, com os fundamentos agora expostos, julgam-se apenas parcialmente procedentes as conclusões 3 a 5, 12, 18 a 21, 23 a 26, 39, 40, 44 a 54, 56 a 60, 81 a 88, 90, 91, 93 a 99, 105, 106, 110 a 118, 120 e 128 a 131 das alegações de recurso das apelantes e, em consequência, *aditam-se* os seguintes factos ao segmento da sentença recorrida através do qual se fixou o elenco de factos considerados provados na acção:

38A - Para as quinze carreiras que, à data da petição inicial, atravessavam a Ponte 25 de abril, não existiam paragens das TST no raio de 1 km das estações de comboios, não havendo, consequentemente, sobreposição em termos de origem/ destino nos dois meios de transporte;

38B - No que respeita aos transportes colectivos rodoviários, todas as carreiras, incluindo o seu tarifário, são submetidas à prévia autorização do regulador;

38C - Foram oferecidas, em 24/08/2005, pelas Autoras as soluções de compromisso que constam de fls. 5881 e 5882 do processo administrativo apenso - volume 21 -, documento que aqui se dá por reproduzido, com a intenção de obstar a uma decisão de proibição da operação projectada por essas sociedades a que a presente acção se reporta;

38D - Através das cartas que constituem fls. 5885, 5985 e 5996 do volume 21 do processo administrativo apenso, as Autoras pediram à Ré, por várias vezes, a marcação de reuniões para discussão do pedido por elas apresentado;

38E - A Autoridade da Concorrência, para efeitos de apreciação da operação de concentração proposta pelas Autoras, definiu o mercado (de produto e geográfico) relevante como o correspondente ao transporte público rodoviário e ferroviário de passageiros, compreendendo todos os percursos realizados no eixo Setúbal/Lisboa, via travessia da Ponte 25 de Abril.

38F - As Autoras mostraram-se totalmente receptivas para aceitar a forma de monotirização que a AdC considerasse ser a mais adequada e conveniente e também a discutir, aprofundar e adoptar compromissos que permitissem a concretização da operação de concentração que propuseram.

38G - A Autoridade da Concorrência, para efeitos de apreciação da operação de concentração proposta pelas Autoras, definiu o mercado (de produto e geográfico) relevante como o correspondente ao transporte público rodoviário e ferroviário de passageiros, compreendendo todos os percursos realizados no eixo Setúbal/Lisboa, via travessia da Ponte 25 de Abril.

38H - O mercado relevante definido pela Autoridade da Concorrência abrange apenas a travessia da Ponte 25 de Abril e 70.400 deslocações diárias.

38I - Dá-se aqui por reproduzida a "Decisão" da Autoridade da Concorrência datada de 03 de junho de 2004 e cuja cópia constitui fls. 1578 a 1594 do presente processo (volume 5).

38J - Dá-se aqui por reproduzida a "Decisão" da Autoridade da Concorrência datada de 25 de novembro de 2005 e cuja cópia certificada constitui fls. 6279 a 6379 do processo administrativo

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9.

apenso (volume 22) e cuja cópia simples, idêntica àquela, constitui fls. 1044 a 1144 do presente processo (volume 4), destacando-se na mesma, em particular, o que consta dos parágrafos 233 e 444 dessa "Decisão", sendo que, nos anos 2002 a 2004, a sociedade "FERTAGUS" era gerida pelo grupo Barraqueiro.

38K - Dá-se aqui por reproduzido o "Guia de Transportes Públicos/ Lisboa - Margem Sul do Tejo", não datado, apresentado pelas Autoras à Autoridade da Concorrência e que constitui fls. 1595 do presente processo (volume 5).

38L - Quando consultada pela Autoridade da Concorrência, para efeitos de apreciação da operação de concentração proposta pelas Autoras, a sociedade "TRANSTEJO" defendeu como preocupação jusconcorrencial a eliminação da concorrência na Ponte 25 de Abril e o rebatimento, pelo modo rodoviário, aos modos pesados de transporte colectivo de passageiros, o ferroviário e o rodoviário.

38M - As apreciações feitas no número 215 da "Decisão" da AdC de 25 de novembro de 2005 a propósito da qualidade do serviço dos TST, respeitam a relatórios publicados antes da aquisição dos TST pela Arriva ao grupo Barraqueiro, sendo neles referido que, nesses anos, a qualidade registou uma melhoria sustentada com um acréscimo embora moderado em termos de satisfação mediana.

38N - Dão-se aqui por reproduzidos os documentos que constituem fls. 1636 a 1638 e 1639 a 1645 do presente processo (nºs 23 e 24 juntos com a pi - volume 5) respeitantes à sociedade "ISIDORO DUARTE, LDA".

O que, sem que se mostre necessária a apresentação de qualquer outra argumentação lógica justificativa, aqui se declara e decreta.

4.3. Face ao que pode ser considerado provado no processo, existe ou não fundamento justificativo para decretar a anulação da decisão da Autoridade da Concorrência de proibição da operação de concentração notificada pelas Autoras, ou da operação tal qual a mesma resultou tendo em conta as alterações introduzidas por essas autoras da notificação, e condenar essa Autoridade da Concorrência a adoptar os actos e operações necessárias à reconstituição da situação que existiria se o acto anulado não tivesse sido praticado e a dar cumprimento aos deveres que a mesma não cumpriu com fundamento nessa decisão proibitiva?

4.3.1. Com o decretamento consubstanciado no ponto 4.2. desta deliberação colegial, mostra-se definitivamente estabilizada a matéria de facto que pode servir de fundamento à apreciação do mérito ou demérito do recurso deduzido nos autos pelas apelantes.

E porque assim é, importa, então, enunciar os princípios que, como habitualmente e também neste caso, irão nortear o julgamento deste Tribunal Superior no que tange ao exame do mérito do segmento da apelação interposta respeitante à discussão do fundo material da causa, não sem antes

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

G,

reafirmar, em linha com o que foi feito pelo Tribunal de 1ª instância, que a Lei da Concorrência (LdC) aplicável - e que regerá a construção da solução para o conflito submetido ao escrutínio desta Relação - é a aprovada pela Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, e que nesse julgamento terão de ser (e serão) tomadas em consideração as disposições legais que compõem o Código de Procedimento Administrativo (CPA) em vigor à data dos factos.

Na prossecução daquele objectivo antes enunciado, cabe recordar em primeiro lugar que, como é sabido (ou melhor, *não pode ser ignorado* - art.º 6º do Código Civil), a interpretação de uma qualquer norma jurídica, seja ela de natureza substantiva ou adjectiva, tem forçosamente que obedecer aos critérios consubstanciados nos três números do art.º 9º do Código Civil, considerados na sua globalidade, aos quais acrescem, para a construção do conceito "*solução mais acertada*" - de facto e mais exactamente, a solução ética e socialmente mais acertada -, as exigências inscritas nos art.ºs 335º (*proporcionalidade assente na posição que o valor ético que valida a norma e a torna em verdadeiro Direito ocupa na Hierarquia de Valores que enforma e dá consistência ao tecido social comunitário*) e 334º do mesmo Código, destacando-se neste último e sem prejuízo de haver de atender também às *finalidades económicas e sociais* dos direitos em causa, a atenção que é dada, em primeira linha, à *boa-fé* e aos *bons costumes* (isto é, novamente e sempre, aos valores éticos que constituem os pilares estruturantes da Comunidade, que validam as normas legais produzidas pela forma prevista na Constituição e que servem de padrão aferidor quando está em causa apreciar a adequação das condutas individuais aos padrões comportamentais reputados exigíveis à vivência em Sociedade).

Tudo isto porque, efectivamente, se impõe que a interpretação manifestada nas decisões (ou deliberações) judiciais seja aquela que não só traduz a essa solução ético-socialmente mais acertada mas também aquela da qual melhor resulta a salvaguarda da *segurança* e a *confiança jurídicas* (*legal certainty*), as quais constituem igualmente Valores ético-sociais da maior relevância, pois a segurança e a confiança são condições indispensáveis ao normal funcionamento do comércio jurídico e, mais do que isso, da própria vida em sociedade.

E, de certa forma, mas agora por referência a parâmetros e a um (outro) objecto de julgamento bem distintos, continua a valer, também aqui, o supra enunciado acerca da obrigatoriedade de atender à *natureza das coisas*, à absoluta necessidade de assegurar a *tutela da certeza e da segurança jurídicas* e, obviamente, à total indispensabilidade de julgar *sem paixão, ódio ou rancor* e também *sem preconceitos* ou *ideias pré-concebidas*, e sempre considerando sobretudo o texto dos comandos normativos legais reguladores da situação material controvertida a sindicar [e, se algo mais, devendo sobremaneira atender à **jurisprudência** (ou jurisprudências) produzida(s) quanto *aos casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito* - art.º 8º n.º 3 do Código Civil - e, sem contudo as ignorar, não tanto às *opiniões doutrinárias* que sobre a matéria possam

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ter sido emitidas e que apenas podem servir para ajudar o trabalho hermenêutico que ao Juiz e só a ele, compete realizar].

4.3.3. Já no que tange às partes, o que vincadamente se sublinha, é indispensável que as mesmas estejam bem cientes que litigar em Juízo constitui uma actividade com um elevado conteúdo ético e, ao mesmo tempo, de uma enorme responsabilidade social, não podendo, por isso, ser conduzida de ânimo leve ou com leviandade e ligeireza.

Daí que, quando agem perante o Tribunal, as partes estejam inelutavelmente vinculadas aos deveres de boa-fé processual e de recíproca correcção e bem assim ao princípio da cooperação (respectivamente, artºs 8º, 9º e 7º do CPC 2013).

E porque assim é teria sido bem mais útil [e até **bem mais eficaz**, no que respeita à defesa dos direitos e interesses legítimos (ou seja, merecedores da tutela do Direito) das apelantes] que as alegações de recurso por estas apresentadas e, muito em particular, as conclusões que as culminam, fossem lineares, escorreitas, não repetitivas e estivessem logicamente estruturadas de *forma sequencial*, em vez de dispensas e desorganizadas - repare-se que, quanto à questão das invocadas nulidades, as conclusões que a elas aludem são as 2, 14 a 17, 22, 55, 64 a 72, 74, 92 e 100 a 104, as que abordam a impugnação da matéria de facto são as 3 a 5, 12, 18 a 21, 23 a 26, 39, 40, 44 a 54, 56 a 60, 81 a 88, 90, 91, 93 a 99, 105, 106, 110 a 118, 120 e 128 a 131, e, finalmente, as que respeitam às críticas expressas relativamente ao julgamento em matéria de Direito são as 6 a 11, 13, 27 a 38, 41 a 43, 61 a 63, 73, 75 a 80, 89, 107 a 109, 119, 121 a 127 e 132 a 138.

De igual modo, também quanto ao que neste momento se discute se aplicam perfeitamente os ensinamentos que podem ser retirados da já antes mencionada “Navalha de Occam (Ockham)”, sendo que, sem margem para qualquer dúvida, a *simplicidade* bem estruturada é mesmo, tanto ética como socialmente, uma grande e muito valiosa *virtude* - para *complexa* já basta a situação jurídica sobre a qual este Tribunal Superior terá que exercer a sua pronúncia.

Efectivamente, é sempre inadequado seguir uma estratégia processual de esmagamento do Tribunal com sucessivas “vagas” de informação dita de carácter técnico pois, como deveria ser evidente para todos os que interagem no comércio jurídico, perante um argumentário que complexiza os problemas, a resposta mais fácil, mais simples e mais imediata, é o **não** (v. art.º 346º do Código Civil).

E, feita que está a enunciação dos parâmetros ontológicos que guiam a actividade julgadora desta Relação, cabe, finalmente, proceder à concreta apreciação quer da bondade dos argumentos expostos pelo Mmo Juiz *a quo* para justificar o seu decreto judicial criticado pelas apelantes quer do acerto das objecções que contra essa motivação estão a ser esgrimidas por estas recorrentes.

4.3.4. Nessa conformidade, importa começar por assinalar que na petição inicial introduzida em Juízo são **nove** essas objecções que as Autoras esgrimem contra a “Decisão” da apelada datada de 25 de novembro de 2005 e cuja cópia certificada constitui fls. 6279 a 6379 do processo administrativo LX PROC Nº 223/06.9TYLRS.L1 (acção administrativa especial - lei da concorrência)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

97

apenso (volume 22) e cuja cópia simples, idêntica àquela, constitui fls. 1044 a 1144 do presente processo (volume 4)., as quais são as seguintes (*pela ordem pela qual estas estão expostas naquele articulado*):

- a) desconsideração ilícita do carácter regulado do sector dos transportes e, de acordo com o entendimento consolidado da jurisprudência europeia, da impossibilidade de restrição da concorrência;
- b) ausência de demonstração de *"entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste"*, nos termos previstos no n.º 4 do art.º 12º da Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de junho - entretanto revogada);
- c) definição ilegal do mercado relevante e omissão e errada avaliação dos elementos de definição do mercado relevante;
- d) deturpação do inquérito;
- e) desconsideração das autoridades reguladoras - preterição de formalidade essencial de audição prévia de duas delas antes da formulação da "Decisão";
- f) ilegal avaliação jus-concorrencial no que tange às seguintes questões:
 - quota de mercado pós-concentração e poder de mercado limitado,
 - possibilidade de as empresas poderem proceder a aumentos de preços,
 - qualidade do serviço (prestado aos consumidores),
 - ruptura com o sistema de passes combinados,
 - barreiras à entrada, e
 - ganhos de eficiência e sinergias;
- g) desconsideração ilícita dos compromissos oferecidos e da existência de compromissos efectivos,
- h) violação por parte da apelada dos princípios da legalidade, da confiança, da boa fé e da proporcionalidade, e
- i) violação do dever de informação e consulta do processo administrativo (art.º 18º da Lei da Concorrência - Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, entretanto revogada).

Infelizmente, essa clareza (e linearidade sequencial) de exposição não foi mantida nas conclusões das alegações de recurso, tendo essas apelantes nas conclusões 12 e 13 dessa peça processual imputado à "Decisão" da Ré que neste momento indirectamente se syndica tão só as seguintes deficiências:

"12. Com efeito, ficou testemunhal e documentalmente provado que a AdC não realizou a análise que devia ter realizado nos termos do artigo 12º, 2 da LdC, desconsiderando, dolosamente, o *"interesse dos consumidores finais"*, a *"estrutura dos mercados relevantes e a existência ou não de concorrência de empresas estabelecidas nesses*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4.

mercados ou em mercados distintos", "a existência de direitos exclusivos conferidos por lei" e finalmente "o contributo da concentração para a competitividade internacional da economia nacional" dado que:

- a) Chegou a uma incorreta definição dos mercados relevantes;
- b) Não considerou a existência de regulação setorial, que, nomeadamente:
 - (i) impedia as partes de aumentarem as tarifas sem o acordo das autoridades reguladoras setoriais;
 - (ii) impedia que as partes diminuíssem a qualidade do serviço prestado, com o objetivo de transferir passageiros da TST para a Fertagus e que condicionassem, suprimissem ou alterassem horários de carreiras;
 - (iii) impedia que as partes denunciasses acordos relativos a passes combinados de que são partes - ou seja, a regulação sectorial limitava as partes na definição dos principais parâmetros de concorrência;
- c) Não teve em conta o objetivo da política de transportes e, deste modo, os interesses dos consumidores;
- d) Não teve em conta o contributo da operação para a economia nacional; e
- e) Não aceitou os compromissos propostos pelas partes.

13. A AdC também não cumpriu todas as formalidades a que estava adstrita por força da lei ..." (sic).

Não obstante, porque é ontologicamente possível a *um/a normal e diligente declaratório/a* colocado na posição de Juiz deste processo configurar que na peça processual que ocupa fls. 3256 verso a 3411 verso deste processo **não** ocorreu uma redução/limitação da compreensão/extensão lógica das críticas que foram inicialmente formuladas pelas peticionantes, serão essas referidas em primeiro lugar as questões que nesta apelação irão ser escrutinadas por esta Relação, sendo a esse propósito imprescindível recordar (e para estabelecer **devidamente a ordem lógica e ontológica** pela qual essas objecções terão de ser apreciadas) o que está escrito nos dois números do art.º 608º do CPC 2013 (que antes estava previsto no art.º 660º do CPC 1961), cuja epígrafe é «**Questões a resolver - Ordem do julgamento**», a saber:

1 - Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 278.º, a sentença conhece, em primeiro lugar, das questões processuais que possam determinar a absolvição da instância, segundo a ordem imposta pela sua precedência lógica.

2 - O juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, excetuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras; não pode ocupar-se senão das questões suscitadas pelas partes, salvo se a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento oficioso de outras.

Isto é, o julgamento deverá iniciar-se pela apreciação das questões de natureza formal e só depois prosseguir com a análise das que respeitam ao fundo material da causa, e, em todos os casos, havendo apenas que *resolver as questões cuja decisão não esteja prejudicada pela solução dada a outras.*

E porque assim é, as primeiras críticas a escrutinar serão as que respeitam ao cumprimento do ritual processual formal previsto na Lei da Concorrência aplicável à data dos factos (a aprovada pela Lei n.º 18/2003, de 11 de junho) e só depois as que se reportam à apreciação jurídica (substantiva) da LX PROC Nº 223/06.9TYLRS.L1 (acção administrativa especial - lei da concorrência)

operação de concentração apresentada pelas apelantes, e em concreto, começar-se-á pela indicada na alínea e) supra, à qual aludem as conclusões 13, 27 i), 64 a 71 e 74 das alegações de recurso.

Ou seja, irá ser verificado em primeiro lugar se existem ou não vícios de forma na “Decisão” da Autoridade da Concorrência, mais exactamente, os imputados pelas apelantes (e, concomitantemente, no julgamento que a esse propósito foi feito no Tribunal de 1ª instância), e só depois, caso se verifique que essas irregularidades formais não existem, se aquilatará da validade das restantes matérias apreciadas nessa “Decisão” que foram postas em causa por essas recorrentes (e, uma vez mais, dos correspondentes segmentos da sentença recorrida).

4.3.5. Passando, então, a esse escrutínio, cumpre começar por referir que, ao pronunciar-se acerca da questão da *«desconsideração das autoridades reguladoras - preterição de formalidade essencial de audição prévia de duas delas antes da formulação da “Decisão” da AdC»*, e também da *«violação do dever de informação e consulta do processo administrativo»*, o Mmo Juiz *a quo* escreveu o seguinte:

“Analisada a decisão da AdC e enquadrada a operação de concentração, afigura-se-nos manifesta a improcedência da pretensão das Autoras quanto à anulação da decisão da AdC por vícios de forma e vícios procedimentais, conduzindo à inexistência de qualquer vício ou invalidade com este fundamento, e pelas seguintes razões:

(1) *Como decorre dos pontos 323 e 330 da decisão, foram pedidos pareceres à Entidade Reguladora do Transporte Ferroviário (INTF); à Autoridade Metropolitana de Transportes de Lisboa (ATML), ao abrigo do art.º 39.º da LdC;*

(2) *O INTF consignou que a operação poderá configurar um significativo aumento de poder no mercado rodoviário pela concentração de seis empresas de prestação de transporte rodoviário regular antes divididas por dois grupos empresariais, consubstanciando efeitos adversos em termos de concorrência intermodal e em termos de matérias sociais, sendo que o efeito combinado de três meios de transporte poderá gerar economias de escala e dimensão dificilmente replicáveis por outros concorrentes;*

(3) *A ATML, no parecer emitido, pronunciou-se sobre a formação e fixação dos preços relativos aos “bilhetes simples”, concluindo que se tratam de direitos dos operadores, com observância de normas tarifárias de determinação e aprovação dos preços fixados pelo Governo, e sobre os “passes de empresa” concluiu que o sistema tarifário integrado corresponde a um sistema voluntário, mais informando que os operadores rodoviários de transporte público de passageiros (incluindo as Autoras) denunciaram os acordos que mantinham com os operadores públicos de transporte da ATML;*

(4) *A ATML também informou que a atribuição das concessões, nos termos do Regulamento dos Transportes, são atribuídas de acordo com as regras de preferência ao maior operador da área em referência, com prorrogação e renovação automática;*

(5) *O cumprimento do art.º 39.º da LdC no âmbito do proc. Coent. 37/2004 está em linha com a lista meramente indicativa de autoridades reguladoras, para o sector relevante, do art.º 6.º, n.º 4 dos Estatutos*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4'

da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, da qual não consta da DGTTF nem o IÇOP;

(6) A exigência do art.º 39.º, n.º 1 da LdC quanto à respectiva autoridade reguladora nos processos de controlo de concentrações pode ser interpretada no sentido em que aquela formalidade apenas deverá ser cumprida em relação a autoridades reguladoras independentes (cfr. doutrina citada pelas Autoras e RE), sobre a qual não impenda nenhum controlo funcional ou hierárquico do poder executivo e com exclusão de entidades que integrem a administração directa do Estado;

(7) O art.º 2.º Lei n.º 4/2004, de 15 de Janeiro, que estabelece os princípios e normas a que deve obedecer a organização da administração directa do Estado, conjugado com o Decreto-Lei n.º 296/94, de 17 de Novembro, com a redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 287/97, de 22 de Outubro, o qual institui e regula a DGTTF, e o Decreto-Lei n.º 409/87, de 31 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 124/91, de 21 de Março, o qual institui a IÇOP, permitem excluir aquelas entidades do conceito administrativo de autoridades reguladoras independentes e descaracterizá-las como autoridades reguladoras sectoriais;

(8) A autonomia administrativa conferida à DGTTF pelo Decreto-Lei n.º 296/94, de 17 de Novembro, não é susceptível de retirar a integração dogmática desta entidade na administração directa do Estado, atentos os poderes de controlo, fiscalização e de direcção atribuídos ao Ministério de tutela;

(9) A contraposição entre as atribuições e estrutura da DGTTF e do INTF, cujos Estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 299-B/98, de 29 de Setembro, permitem atribuir a esta última entidade uma evidente e preclara função de regulação, supervisão e fiscalização do sector ferroviário;

(10) A consulta do INTF ao abrigo do art.º 39.º da LdC, atenta as suas atribuições, cumpre, de modo clarividente, a formalidade de audição da autoridade relevante no sector do transporte ferroviário, garantindo-se, por outro lado, a instrução do processo com um parecer de uma entidade dotada de independência e autonomia do poder executivo;

(11) Não se vislumbra atendimento à concepção de que o art.º 39.º da LdC só estará cumprido em conformidade quando a AdC proceder e promover a audição de todas as entidades com competências regulatórias do sector relevante;

(12) O documento n.º 30 referenciado pelas Autoras na sua petição inicial e indicado na motivação da matéria de facto compreende uma determinada interpretação autêntica do próprio DGTTF sobre a regulação do sector ferroviário que, não sendo vinculativa, está aberta a tergiversões sobre a ali assinalada tendência actual para um novo desenho da regulação económica com características de independência face ao Estado, e sobre a (in)coerência do 'parecer' com a integração da DGTTF na administração directa do Estado, sob dependência da tutela executiva dos Transportes e Comunicações;

(13) O mesmo entendimento vale para o IÇOP;

(14) Depois, importa considerar que, mesmo se reputasse a audição prévia da DGTTF e do IÇOP como diligência obrigatória nos termos do art.º 39.º, n.º 1 da LdC, não se afigura de que modo ou por que meio aquelas respostas pudessem contribuir, modificar ou delimitar os fundamentos da análise económica e jusconcorrencial constantes da decisão de proibição, relevando que a AdC teve presente todo

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

41

o enquadramento jurídico dos sectores regulados e relevantes para a apreciação da operação de concentração previstos no art.º 12.º, n.º 2 da LdC, pelo que pensamos que a omissão nunca configuraria uma preterição de formalidade essencial;

(15) Sobre o incumprimento/cumprimento deficiente do direito de consulta e acesso a documentos, remetendo-se para os pontos 477 a 487 da decisão, cujos factos não foram sindicados pela causa de pedir das Autoras, e bem assim as alegações do artigo 39.º da contestação, cuja defesa por impugnação não resulta contrariada pela posição das Autoras, importa consignar que os argumentos das Autoras são desprovidos de substância ou concretização;

(16) Sobre a expurgação e recusa de acesso a informação confidencial que as Autoras procuravam consultar, as alegações da petição inicial são manifestamente genéricas e vazias de conteúdo que permita firmar chão sobre o incumprimento dos princípios de concordância prática entre o dever de proteger dados sigilosos, previsto nos artigos 62.º n.º 1 do CPA e 5.º a 8.º e 15.º da Lei de acesso aos documentos da Administração, aprovada pela Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto (aplicável à data dos factos e revogada pela Lei n.º 26/2016, de 22 de Agosto), e o direito ao acesso ao processo para exercício de direito de defesa previsto nos artigos 65.º e 100.º do CPA.

(17) Das alegações das Autoras nada se diz sobre a disponibilização de versões não confidenciais e nada se esclarece sobre a efectiva motivação da recusa do acesso, sendo que a AdC veio invocar que a confidencialidade de partes de alguns documentos não foi sequer determinada por aquela autoridade, correspondendo tal conduta da Autoridade à ponderação das razões expressas pelo INTF no seu ofício n.º 00733, de 11/04/2005, o qual classificou tais elementos como confidenciais e requereu, expressamente, à AdC que os mesmos não fossem facultados às notificantes, ora Autoras, porquanto constituíam "parte integrante de um processo de renegociação contratual, em curso entre o Estado Português e uma empresa privada" - cfr. artigo 346.º da contestação.

(18) É a mesma Ré que esclarece que foi ponderada a classificação como confidenciais dos elementos fornecidos pela sociedade Scotturb - Transportes Urbanos, Lda. em resposta ao inquérito formulado pela AdC a diversas empresas do sector em apreço.

(19) Por outro lado, a AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito do interessado à consulta, não pode abdicar da protecção de informação confidencial assim caracterizada por outras entidades e autoridades de regulação, pelo que aqui se consigna o entendimento de que o dever de protecção de informação confidencial deve configurar um interesse de conformação obrigatório ainda que não prevalente, pelo que o seu afastamento deverá estar devidamente fundamentado, o que não acontece no presente caso;

(20) AdC encontra-se, pois, acometida de uma função garantística de protecção de informação de carácter confidencial, mesmo nos processos de controlo de concentrações, em que deve acautelar o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação de informação sigilosa, havendo que proceder a um exercício de concordância prática entre esse interesse legítimo e os direitos de interessados na consulta de documentos com essa natureza. As eventuais circunstâncias de derrogação daquela função garantística devem respeitar, antes de mais, princípios de actuação

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

administrativos de subsidiariedade, de intervenção mínima e de proibição do excesso perante valores transversais da actuação administrativa;

(21) Enquadrando o vício procedimental invocado mediante a falta de elementos necessários ao exercício do direito de audiência prévia das notificantes, a invalidade deve ser apreciada em função da correlação entre o sentido provável da decisão e o direito de defesa a exercer perante as razões avançadas para a eventual proibição da concentração;

(22) Assim, tais documentos, referenciados como documentação atinente à consulta das entidades reguladoras, nem sequer são enunciados na decisão de proibição como fundamentos de análise económica e jusconcorrencial ou como elementos de suporte probatório das conclusões apresentadas, relevando, quando muito, como circunstâncias atinentes ao cumprimento de audição de interessados.

(23) Neste seguimento, carece de explicação como a recusa de consulta destes documentos implicou uma restrição ou um comprometimento inadmissível do direito de resposta e pronúncia das Autoras como interessadas e principais afectadas pela decisão de proibição;

(24) O sentido provável do acto administrativo (que contextualizou o pedido de acesso) não serve para legitimar uma instância recursiva autêntica da decisão final, mas (apenas) para que o interessado possa exercer um amplo direito de defesa perante uma prognose de indeferimento da sua pretensão, sob pena de protelamento meramente formal e artificial da decisão final;

(25) A alegação de que ausência de registo ou de numeração dos documentos constantes do processo administrativo consubstanciou uma perfeita violação do direito das partes à consulta do processo e dos princípios da publicidade, da transparência, da igualdade, da justiça e da imparcialidade, integrando o princípio da administração aberta, é notoriamente excessiva, derivativa, e despicienda na medida em que não alcança o significado, importância ou relevância daqueles elementos para a observância e respeito destes princípios, e muito menos para a proficiente informação das Autoras na qualidade de notificantes e destinatárias da decisão de proibição;

(26) Neste sentido, não merece acolhimento o nexo etiológico (sem substrato atendível) que as denunciantes fazem entre o exercício do direito de defesa e o acesso integral ao processo, na medida em que representa uma concordância desproporcional entre a mencionada função garantística da AdC de protecção de informação confidencial e a essencialidade da consulta para conhecimento dos motivos apresentados para proibição da operação de concentração.

Sublinhando a tramitação do processo e as diligências de audição e consulta das Autoras, e relevando as sucessivas prorrogações dos prazos de pronúncia na sequência dessa, entendemos que a falta dos elementos indicados no art.º 59.º da petição inicial não consubstancia qualquer preterição de formalidade essencial ou qualquer violação a princípios legais que atinjam a validade do cumprimento do art.º 8.º, n.º 2 do NRJC nos exactos termos em que foi efectuada pela AdC.

Como tal, reiterando-se a ordem de fundamentos e razões para o arquivamento liminar avançadas na informação do sentido provável da decisão por desconsideração de outra factualidade relevante que não tenha sido tratada nos PRCs 04/07 e 08/10, afastando-se a conclusão por uma absoluta omissão de pronúncia e salvaguardado o espaço de discricionariedade na realização de diligências complementares,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

entendemos que a omissão de audição da DGTTF e a IGOP, enquanto entidades reguladoras, ao abrigo do art.º 39.º da LdC, e os incumprimentos/cumprimentos deficientes do direito de consulta e acesso a documentos alegados pelas Autoras não consubstanciam qualquer preterição de formalidade essencial que atinja a validade de proibição proferida no processo Ccent_37/2004, sendo que a tramitação da fase administrativa do processo não implicou qualquer compressão, afectação ou diminuição dos direitos de defesa dos interessados, susceptível de comprometer a validade daquela decisão." (*sic*).

Ora, perante o cotejo desse encadeado de argumentos com o conteúdo das alegações de recurso das apelantes, forçoso se torna concluir que o argumentário apresentado por estes litigantes na sua peça processual de fls. 3256 verso a 3411 verso põe efectivamente em causa a solidez do fio de raciocínio que o Mmo Juiz *a quo* desenvolveu na decisão recorrida.

4.3.6. Na verdade, como muito bem se afirmava no vetusto (por várias vezes milenar) mas perene brocardo que nos foi legado pelo Direito Romano "*ubi lex non distinguit nec interpretis distinguere potest*" - onde o Legislador não distingue, não pode (ou, no mínimo, não deve) o intérprete fazê-lo.

Ora, estando estatuído no n.º 1 do art.º 39º da LdC que «*Sempre que uma operação de concentração de empresas tenha incidência num mercado objecto de regulação sectorial, a Autoridade da Concorrência, antes de tomar uma decisão ao abrigo do n.º 1 do artigo 35.º ou do n.º 1 do artigo 37.º, consoante os casos, solicita que a respectiva autoridade reguladora se pronuncie, num prazo razoável fixado pela Autoridade*» e, por sua vez, no n.º 4 do art.º 6º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, que cria a Autoridade da Concorrência, que «*Para efeitos do disposto neste artigo, constituem entidades reguladoras sectoriais, entre outras, as seguintes:*

- a) Banco de Portugal (BP);
- b) Instituto de Seguros de Portugal (ISP);
- c) Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM);
- d) Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE);
- e) ICP - Autoridade Nacional de Comunicações (ICP - ANACOM);
- f) Instituto Regulador das Águas e Resíduos (IRAR);
- g) Instituto Nacional do Transporte Ferroviário (INTF);
- h) Instituto Nacional de Aviação Civil (INAC);
- i) Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI)» (sublinhado que não consta do texto legal, entretanto revogado pelo DL n.º 125/2014, de 18 de agosto, mas que é o aplicável à resolução do presente litígio), não pode este Tribunal Superior, à luz das regras e dos princípios interpretativos *supra* expostos (no ponto 4.3.1. mas também o referenciado neste ponto 4.3.6.), aceitar a interpretação *restritiva* destes comandos normativos feita pelo Mmo Juiz *a quo* na sentença recorrida, da qual resulta uma totalmente imprópria e injustificada *degradação* da essencial função institucional de regulação social (e económica) da DGTTF e da IGOP e que chega ao ponto de as *descaracterizar* (desconsiderar) como autoridades

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4.

reguladoras sectoriais, permitindo-se esse Julgador de 1ª instância excluir essas entidades do conceito administrativo de *autoridades reguladoras independentes* (mas sendo certo que, o que aparentemente foi esquecido, que a expressão/conceito que consta do n.º 1 do art.º 39º da LdC aplicável é *autoridades reguladoras sectoriais*).

Mais uma vez - e sempre - "*ubi lex non distinguit nec interpretis distinguere potest*".

Aliás, é claramente impróprio (e constitui até um exemplo de atrevimento divinatório pouco sensato), afirmar tão peremptoriamente que «*não se afigura de que modo ou por que meio aquelas respostas pudessem contribuir, modificar ou delimitar os fundamentos da análise económica e jusconcorrencial constantes da decisão de proibição, relevando que a AdC teve presente todo o enquadramento jurídico dos sectores regulados e relevantes para a apreciação da operação de concentração previstos no art.º 12.º, n.º 2 da LdC*» sem sequer dar à DGTTF a oportunidade de emitir uma opinião acerca de uma matéria tão crucial.

Como poderiam, primeiro a AdC e depois o Mmo Juiz *a quo*, saber antecipadamente qual iria ser o parecer daquela Direcção Geral?

Passe a ironia, este Tribunal Superior é muito céptico no que respeita a considerar que a *adivinhação*, em qualquer das suas muitas formas, é um meio de prova aproveitável num qualquer processo judicial.

E, em boa verdade (e é isso que verdadeiramente interessa à luz do apuramento das *finalidades económicas e sociais* que deram origem e justificam a criação, neste caso, das obrigações que, por via desse normativo, a agora apelada tem o dever de cumprir), tal como resulta inegavelmente do disposto, por um lado, no Decreto-Lei n.º 296/94, de 17 de novembro, com a redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 287/97, de 22 de outubro, o qual institui e regula a DGTTF (v., nomeadamente, o art.º 2º desse diploma), e, por outro, no Decreto-Lei n.º 409/87, de 31 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 124/91, de 21 de março, que institui a IGOP (v., nomeadamente, o art.º 2º desse diploma), os actos de natureza regulamentar emitidas pela DGTTF, mas já não no que tange à actividade desenvolvida pela IGOP - o que vivamente se assinala - , são tão vinculativas e obrigatórias para aqueles que operam nesse segmento do mercado como as instituídas pelas entidades reguladoras ouvidas pela Ré antes de proferir a "Decisão" de 25 de novembro de 2005 posta em crise pelas apeladas.

E, por isso, a audição prévia da **primeira dessas duas entidades** (mas só desta) era tão obrigatória como a das que foram ouvidas antes de essa "Decisão" de 25 de novembro de 2005 ter sido proferida.

E, conseqüentemente e ao abrigo do disposto no art.º 135º do CPA aplicável e que é o aprovado pelo DL n.º 442/91, de 15 de novembro, entretanto revogado (v. art.ºs 8º e 9º do DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro, que aprovou o CPA actualmente em vigor), tem necessariamente de ser julgada procedente esta arguição de nulidade formulada pelas apelantes; por violação do estatuído no n.º 1 do art.º 39º da LdC aprovada LX PROC N.º 223/06.9TYLRS.L1 (acção administrativa especial - lei da concorrência)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

pela Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, e, concomitantemente, tem de ser revogada a sentença proferida pelo Tribunal de 1ª instância que, por errada interpretação e aplicação desses artigos, não declarou verificada essa situação que permite a *anulação* da “Deliberação” da Ré/apelada tomada no dia 25 de novembro de 2005, posta em causa por essas Autoras/recorrentes através da presente acção.

E, indubitavelmente, esta é não apenas a solução ético-socialmente mais acertada da lide mas também aquela da qual melhor resulta a salvaguarda da *segurança* e a *confiança jurídicas* (*legal certainty*), sendo isso que inegavelmente resulta de uma adequada interpretação, *operada à luz dos princípios que se encontram expostos no ponto 4.3.1. e nos últimos três parágrafos do ponto 4.2.2. supra*, da extensão/compreensão lógica e ontológica da previsão/estatuição normativa dos comandos legislativos supra transcritos.

4.3.6. A conclusão/deliberação acima expressa (porque “*O juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, excetuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras*”) é suficiente para permitir a este Tribunal Superior abster-se de apreciar as demais objecções apresentadas pelas apelantes contra a sentença recorrida.

Todavia, em coerência com o que está escrito no ponto 4.1.6. do presente acórdão a propósito do *due process of law* e de como o indeclinável dever de cumprir esse *ritual processual expressa e antecipadamente previsto na Lei que por todos tem obrigatoriamente de ser cumprido*, constitui um dos pilares fundamentais do constitucionalmente garantido *direito a um julgamento leal e não preconceituoso (fair and unbiased) e mediante processo equitativo*, não pode este Tribunal Superior deixar de se pronunciar acerca do segundo dos vícios de forma cuja ocorrência foi invocada pelas Autoras e que foi julgado improcedente pelo Tribunal de 1ª instância.

De facto, nas sociedades que se organizam segundo o modelo do Estado de Direito, organização social governada, não pelo arbítrio (ou pela opacidade), mas sim pela Soberania do Direito (*the rule of law*), pela transparência (*open government*) e pela responsabilização de todos os que exercem algum poder de Estado (*accountability*), a ponderação ética e a validade ontológica das normas adjectivas ou processuais [em suma, *os meios*] está apenas um (pequeno) patamar abaixo daquela que caracteriza as normas que atribuem ou reconhecem a existência de direitos materiais/substantivos a todos os que interagem no comércio jurídico [em síntese, *os fins*].

Isto é, os melhores fins ficam contaminados (e no mínimo prejudicados) se, para os alcançar, forem usados meios perversos, malignos ou viciosos - logo, eticamente perniciosos e inaceitáveis pela Comunidade, no seu todo.

Nesta conformidade e à luz dos princípios orientadores agora referenciados, a justificação contida nos parágrafos 477 a 487 da “Decisão” da AdC de 25 de novembro de 2005 e nas alegações

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

expostas no artigo 39º da contestação, bem como nos números (14) a (24) do argumentário do Mmo Juiz *a quo* transcrito no ponto 4.3.5. do presente acórdão.

Como podem as Autoras contraditar devidamente a (e opor-se à) fundamentação de uma decisão administrativa que as prejudica se lhes é negado o acesso a todos os elementos e informações que foram tomadas em consideração pelo Decisor para chegar às conclusões que motivam o seu julgamento?

Nesse domínio, o texto do número (17) é perfeitamente perturbador.

Como pode alguém minimamente familiarizado com os princípios gerais do Direito inscritos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, adoptada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da sua Resolução 217A (III), de 10 de Dezembro de 1948, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assinada em Roma a 4 de Novembro de 1950, e até na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Anexa ao Tratado de Lisboa (o Tribunal de 1ª instância, a AdC e até o INTF, no seu ofício n.º 00733, de 11/04/2005), conceber como lícito e ética e legalmente aceitável querer, por um lado, que a deliberação daquela Ré seja tomada tendo em conta informação respeitante a um processo negocial em curso entre o Estado português e outra entidade privada, e, ao mesmo tempo, ocultar essa informação às demandantes neste processo administrativo de tomada de decisão?

Se esse “segredo” era tão importante, então não deveria ter sido divulgado.

Na verdade só em algumas providências cautelares (muito mas mesmo muito poucas) é admissível proferir uma decisão contra alguém sem lhe dar a conhecer quais os factos que a essa pessoa estão a ser imputados (e os elementos de prova que foram apresentados para os sustentar) e sem lhe dar - ao acusado ou demandado - a hipótese de os contradizer e a possibilidade de examinar e contraditar essas provas.

E, recorda-se, mesmo essas decisões tomadas sem prévia audição da parte contrária são sempre provisórias e nunca por nunca se poderão tornar definitivas sem que esse contraditório seja devidamente exercido.

Os processos administrativos ou judiciais num Estado de Direito não podem reger-se por princípios kafquianos.

Mas não podem mesmo.

Por pouco, dir-se-ia que estavam em causa verdadeiros segredos de Estado e que estava a ser posta em perigo a segurança pública do Estado Português.

Como ensina a sabedoria popular, não é possível querer ter, ao mesmo tempo, “*Sol na eira e água no nabal*”.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9

Logo, também por esta razão (isto é, por violação do dever de informação que impedia e impede sobre a Ré e do direito de consulta do processo administrativo que assistia e assiste às Autoras), se impõe julgar procedente a arguição de *anulabilidade* formulada pelas apelantes, e, concomitantemente, a revogação da sentença proferida pelo Tribunal de 1ª instância que, por errada interpretação e aplicação dos normativos legais aplicáveis, não anulou a “Deliberação” da Ré/apelada tomada no dia 25 de novembro de 2005, posta em causa por essas Autoras/recorrentes através da presente acção.

4.3.7. Finalmente, importa tecer algumas considerações no que tange a algumas das questões cujo conhecimento ficou prejudicado pelo julgamento das matérias acerca das quais foi exercida pronúncia nos antecedentes pontos deste acórdão.

Em linha com a tradição constitucional dos países da Europa Ocidental, está definido na Constituição da República Portuguesa, como genericamente acontece nas sociedades que se organizam segundo o modelo do Estado de Direito, que os Tribunais *são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo* e que, no exercício dessa solene função institucional e social lhes *incumbe assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados*.

Não obstante essa determinação, não pode ser ignorado que no n.º 1 do artigo 111º dessa Lei Fundamental está escrito que *os Órgãos de Soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição* (sublinhado que não consta do texto normativo).

O que significa que os Tribunais não podem alhear-se do funcionamento normal da Comunidade, da dita *gestão da coisa pública*, nomeadamente no que se reporta ao desenvolvimento económico da Sociedade e da produção de riqueza inerente a esse desenvolvimento.

Em suma, os Tribunais não podem constituir um entrave, antes devem ser um instrumento de alavancagem a esse desenvolvimento e a essa produção de riqueza tão necessários para assegurar a sustentabilidade do indispensável *regular funcionamento das instituições democráticas*.

Mas o mesmo acontece com outras entidades que exercem poderes públicos de supervisão e, neste caso, a Ré.

Deste modo e por referência à questão da *definição do mercado relevante feita pela Ré e da potencial omissão e errada avaliação dos elementos a considerar nessa definição de qual é o mercado relevante para efeitos da devida ponderação do pedido formulado pelas aqui apelantes de autorização da operação de concentração por elas notificada*, embora esta apreciação não tenha qualquer tradução vinculativa no âmbito da compreensão lógica e ontológica do decreto judicial que culmina a presente deliberação, não pode este Tribunal Superior deixar

LX PROC N° 223/06.9TYLRS.L1 (acção administrativa especial - lei da concorrência) 75

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de assinalar que a AdC, mas também o Mmo Juiz *a quo*, não apenas desconsiderou /desconsideraram (mas essas opiniões técnicas são e sempre serão livremente apreciáveis pelo Juiz ou Juizes do processo, seja qual for a instância em que esse ou estes exerçam funções) o conteúdo dos vários pareceres feitos juntar pelas Autoras, cumprindo aqui destacar o apresentado pela sociedade “NERA” mas também (agora só o Mmo Juiz *a quo*) a afirmação feita pelo Prof. Doutor Fernando Branco de que a AdC *não procedeu a uma correta análise da estrutura de concorrência no mercado, pois tal análise teria de ser feita através de estudos econométricos e tal não foi devidamente ponderado pelo Tribunal.*

Esta é, pois, uma matéria que merece ser reponderada pela Ré na sua futura decisão.

E o mesmo acontece com o problema da potencial criação (e dos efeitos económico e sociais que de uma situação como essa poderiam/poderão resultar) de uma empresa nacional portuguesa com dimensão para operar (exercer a sua actividade) no mercado global dos transportes - ou, pelo menos, no mercado europeu ou no mercado interno da União Europeia.

Até porque convirá nunca olvidar que a garantia da existência (de uma forma contínua e com permanência e não só como uma situação isolada em sem consequências) de uma concorrência leal, razoável e não discriminatória, não é um *fim* em si próprio mas tão só um *meio* de garantir, no curto mas também a médio e longo prazo, uma melhor e cada vez maior e mais consistente protecção dos direitos e interesses legítimos dos consumidores.

Será que esses direitos e interesses merecedores da tutela do Direito ficarão melhor protegidos (e até minimamente assegurados) se não existirem no mercado empresas com capitais próprios portugueses, com sede e pagando os seus impostos em Portugal?

Nem que seja para eventualmente a recusar, esta argumentação (e a realidade material subjacente) não pode, de todo, ser ignorada e não discutida.

4.3.8. Uma última referência a propósito da tributação a título de custas.

Nos termos do n.º 1 do art.º 6º do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo DL n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, “*A taxa de justiça ... é fixada em função do valor e complexidade da causa ...*”; por outro lado, no n.º 5 desse mesmo normativo pode ler-se que “*O juiz pode determinar, a final, a aplicação dos valores de taxa de justiça constantes da tabela I-C, que faz parte integrante do presente Regulamento, às acções e recursos que revelem especial complexidade.*”.

Ora, indesmentivelmente, o processo que este Tribunal Superior teve de escarpelizar para poder elaborar o presente acórdão, através do qual se define qual a solução a dar ao litígio que deu causa à acção, tem não apenas um enormíssimo volume (de folhas de papel - *elemento quantitativo*) como

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

41

também se reporta a um conflito no qual se discutem matérias de elevada complexidade técnica (mercado de transporte rodoviário e ferroviário, por um lado, e, por outro, à envolvência económica e financeira desses dois mercados sectoriais) e também jurídica - *elemento qualitativo*.

E todo o trabalho necessário para proceder a esse escrutínio que permitiu concluir com a elaboração da presente deliberação, que consumiu muito tempo e substancial energia por parte dos membros do Colectivo Decisor, a começar pelo relator, tem forçosamente que ser traduzido na fixação da tributação do processo a título de custas.

E a evidência dessa incontornável e inegável verdade é tanta que, mesmo sem recurso aos ensinamentos do “*Princípio da Parcimónia*”, é patentemente desnecessária, por impertinente e inútil, a apresentação de uma fundamentação mais extensa e elaborada para essa constatação.

Nesta conformidade, justifica-se plenamente que o cálculo das custas deste processo se faça nos termos previstos na tabela I-C do Regulamento das Custas Processuais em vigor, aprovado pelo DL n.º n.º 34/2008, de 26 de fevereiro.

4.3.9. Deste modo e em conclusão, com os fundamentos agora expostos, julgam-se, no que é verdadeiramente essencial, globalmente procedentes as conclusões 1 (*apesar de esta ser sobretudo afirmativa e conclusiva*), 6 a 11, 13, 27 a 38, 41 a 43, 61 a 63, 73, 75 a 80, 89, 107 a 109, 119, 121 a 127 e 132 a 138, da apelação e, em consequência, *revoga-se* a sentença recorrida e, em sua substituição, *anula-se* a deliberação (“*Decisão*”) da Autoridade da Concorrência proferida em 25 de novembro de 2005 e cuja cópia certificada constitui fls. 6279 a 6379 do processo administrativo apenso (volume 22), através da qual “... *deliberou ... ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 37º ... [dos Estatutos dessa entidade, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro], proibir a operação de concentração, por entender que esta é susceptível de criar ou reforçar posição dominante da qual possam vir a resultar entraves significativos à concorrência no mercado do transporte público rodoviário e ferroviário de passageiros, compreendendo todos os percursos realizados no eixo Setúbal/Lisboa, via travessia da Ponte 25 de Abril*, mais se condenando a Ré a, antes de proferir nova decisão, solicitar parecer e ponderar o conteúdo do mesmo, à DGTTF (Direção Geral dos Transportes Terrestres e Fluviais) - *ou, se for o caso, à entidade (ou entidades), que, eventualmente, lhe tenha(m) sucedido no exercício das funções que à* LX PROC Nº 223/06.9TYLRS.L1 (acção administrativa especial - lei da concorrência) 77

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

mesma Direcção Geral estavam atribuídas - e, de igual modo, a facultar às Autoras o acesso ao processo administrativo em questão e a todas as informações usadas para fundamentar a deliberação tomada face à pretensão formulada por essas duas sociedades.

O que, sem que se mostre necessária a apresentação de qualquer outra argumentação lógica justificativa, aqui se declara e decreta.

5. Pelo exposto e em conclusão, com os fundamentos enunciados no ponto 4. do presente acórdão, julgam-se parcialmente procedentes as conclusões das alegações de recurso dos apelantes e, em consequência:

a) **declara-se** que a sentença recorrida **não é** nula e, ao mesmo tempo, declara-se **não escrito** o facto «*não provado*» n.º 39;

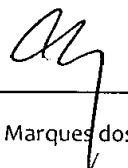
b) **aditam-se** ao segmento da sentença recorrida na qual foram elencados os factos declarados provados e não provados na acção os factos descritos no ponto 4.2.7. do presente acórdão, para o qual se remete, os quais aqui se dão por integralmente reproduzidos; e

c) **revoga-se** a sentença recorrida e, em sua substituição, **anula-se** a deliberação (“Decisão”) da Autoridade da Concorrência proferida em 25 de novembro de 2005 e cuja cópia certificada constitui fls. 6279 a 6379 do processo administrativo apenso (volume 22), através da qual “... deliberou ... ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 37º ... [dos Estatutos dessa entidade, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro], proibir a operação de concentração, por entender que esta é susceptível de criar ou reforçar posição dominante da qual possam vir a resultar entraves significativos à concorrência no mercado do transporte público rodoviário e ferroviário de passageiros, compreendendo todos os percursos realizados no eixo Setúbal/Lisboa, via travessia da Ponte 25 de Abril, mais **se condenando** a Ré a, antes de proferir nova decisão, solicitar parecer e ponderar o conteúdo do mesmo, à DGTTF (Direcção Geral dos Transportes Terrestres e Fluviais) - ou, se for o caso, à entidade (ou entidades), que, eventualmente, lhe tenha(m) sucedido no exercício das funções que à mesma Direcção Geral estavam atribuídas - e, de igual modo, a facultar às Autoras o acesso ao processo administrativo em questão e a todas as informações usadas para fundamentar a deliberação tomada face à pretensão formulada por essas duas sociedades.

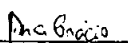
Custas pela apelada, a calcular nos termos previstos na tabela I-C do Regulamento das Custas Processuais.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

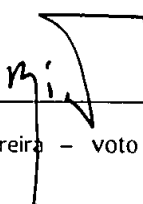
Lisboa, 12/07/2018



(Eurico José Marques dos Reis)



(Ana Maria Fernandes Grácio)



(Paulo Jorge Rijo Ferreira - voto vencido)

conforme declaração que segue junta)

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencido porquanto entendo que este colectivo, enquanto colectivo de competência genérica cível, é incompetente em razão da matéria para conhecer do presente recurso.

Com efeito:

De acordo com a Lei de Organização do Sistema Judiciário (LOSJ) - Lei n.º 62/2013, de 26AGO, já alterada por diplomas subsequentes (Lei n.º 40-A/2016, 22DEZ, Lei n.º 94/2017, 23AGO, e Lei Orgânica n.º 4/2017, 25AGO) mas mantendo-se intacta a versão originária dos seus artigos 54º (n.ºs 1 e 2, sendo irrelevante para o caso o nº 3 introduzido pela Lei Orgânica n.º 4/2017), 67º e 74º até à publicação da Lei n.º 23/2018, 5JUN (que por ora se desconsiderará, porque, segundo o seus artigos 24º e 25º, só entra em vigor a 4AGO2018 e só se aplica aos processos intentados após essa data, deixando para final a análise das suas implicações na problemática em análise), e à qual pertencem todos os artigos que vierem a ser invocados sem qualquer outra indicação - os Tribunais da Relação, que são em regra os tribunais de 2ª instância a quem compete julgar os recursos (artigos 67º, nº 1 e 73º, al. a)), funcionam sob a direcção de um presidente, em plenário e por secções (art.º 67º, nº 2).

Os Tribunais da Relação compreendem, necessariamente, secções em matéria cível e em matéria penal (art.º 67º, nº 3 e, *a contrario*, nº 4). Para além dessas, podem ainda compreender, secções em matéria social, secções em matéria de família e menores e secções em matéria de comércio, de propriedade intelectual e de concorrência, regulação e supervisão, quando instaladas por deliberação do Conselho Superior da Magistratura (art.º 67º, nº 4).

Às diversas secções compete julgar os recursos segundo a sua especialização (art.º 73º, al. a)), aplicando-se a tal respeito o regime definido para o Supremo Tribunal de Justiça, segundo o qual as secções cíveis julgam as causas que não estejam atribuídas a outras secções, as secções criminais julgam as causas de natureza penal e as secções sociais julgam as causas referidas no art.º 126º (artigos 74º, nº 1, e 54º, nº 1).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Para além dessa especialização geral - cível, criminal e social - o art.º 54º, nº 2, determina, ainda um segundo grau de especialização ao determinar que as causas referidas nos artigos 111º (da competência do Tribunal da Propriedade Intelectual), 113º (da competência do Tribunal Marítimo) e 128º (da competência dos juízos de comércio) são sempre distribuídas à mesma secção cível e as causas referidas no artº 112º (da competência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão) são sempre atribuídas à mesma secção criminal. Do que resulta que a competência para julgar os recursos nas causas referidas nesses particulares artigos não está atribuída genericamente a todas as secções cíveis ou criminais, antes estando atribuída a uma (ou algumas, numa interpretação mais lata, e que foi a seguida no STJ) específica secção de entre aquelas.

Essa regra de especialização específica das secções tem, no caso dos Tribunais da Relação, uma excepção, consagrada no nº 2 do art.º 74º: a especialização específica prevista para o STJ deixa de ser subsidiariamente aplicada no caso de no Tribunal da Relação (de Lisboa, unicamente, dada a competência alargada de âmbito nacional do Tribunal da Propriedade Intelectual e do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão) no caso de vir a ser instalada uma secção de comércio, de propriedade intelectual e de concorrência, regulação e supervisão, nos termos do nº 4 do artº 67º.

Haverá, contudo, de ter presente que a referida regra excepcional não afasta (por não prever a desagregação da competência material específica e compacta da secção de "comércio, de propriedade intelectual e de concorrência, regulação e supervisão", nem fazer qualquer referência às causas referidas no art.º 112º - da competência do Tribunal Marítimo) a aplicação da regra geral quer no que tange às causas referidas no art.º 128º da competência territorial das outras Relações (pelo que continuará a dever existir secções de competência especializada em matéria de comércio na Relação de Guimarães, na Relação do Porto, na Relação de Coimbra e na Relação de Évora) quer no que tange às causas referidas no art.º 113º (pelo que continuará a dever existir na Relação de Lisboa uma secção cível com competência específica para julgar os recursos nas causas da competência do Tribunal Marítimo).

No entanto, como até ao momento o CSM não deliberou a instalação de uma secção de comércio, de propriedade intelectual e de concorrência, regulação e supervisão, mantém-se plenamente aplicável aos Tribunais da Relação a regra de competência específica estabelecida no nº 2 do art.º 54º: **os recursos nas causas referidas nos artigos 111º, 113º e 128º são julgados na(s) secção(ões) cível(eis) com competência específica para essas causas e os recursos nas causas referidas no artigo 112º são julgados na secção criminal com competência específica para essas causas.**

Legislando sobre as regras relativas a pedidos de indemnização por infracção ao direito da concorrência o legislador veio alterar o art.º 112º da LOSJ no sentido de aumentar o âmbito das competências do tribunal da concorrência, regulação e supervisão (actualizando a lista das entidades reguladoras cujas competências sancionatória ficam sobre a alçada da jurisdição do tribunal, incluindo na competência do tribunal as acções de *private enforcement* do regime da concorrência, entre as quais as relativas a pedidos de indemnização por infracção das regras da concorrência.

Em segundo lugar, e em função daquele alargamento de competências, o mesmo legislador entendeu que se justificava proceder a uma partição na qualificação daquelas competências em função do seu âmbito sancionatório ou não e em vista da atribuição de competência específica para a sua apreciação nos tribunais superiores; ou seja, em vez de manter o entendimento resultante do disposto no art.º 54º, nº 2, de que as causas referidas no art.º 112º eram de natureza criminal (e conseqüentemente sempre distribuídas à mesma secção criminal), veio consagrar que as causas de natureza sancionatória

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

referidas no n.º 1 do art.º 112º são de natureza criminal e as causas referidas nos n.ºs 2 a 4 do mesmo artigo são de natureza cível.

Nessa conformidade alterou o referido art. 54º, retirando do seu n.º 2 a referência ao artigo 112º (limitando-se esse número a estabelecer que as causas referidas nos artigos 111º, 113 e 128º são sempre distribuídas à mesma secção cível) e introduziu um novo n.º 3 em que procede à diferenciação das causas referidas no art.º 112º, determinando que as referidas no n.º 1 sejam distribuídas à mesma secção criminal, e as causas referidas nos n.ºs 2 a 4 sejam distribuídas à mesma secção criminal.

O legislador foi mais longe procedendo também à alteração do artº 67º onde, mantendo incólume o que nesse artigo já se estatuiu, adicionou um novo n.º 5 determinando que "até à instalação da secção de concorrência, regulação e supervisão, as causas referidas no artigo 112º são sempre distribuídas à mesma secção criminal, com excepção das causas referidas nos n.ºs 2 a 4 do artigo 112º, que são sempre distribuídas à mesma secção cível".

Que sentido atribuir a tal alteração? Terá o legislador, com tal alteração, pretendido abandonar a remissão efectuada no art.º 74º no sentido de ter aplicação subsidiária o regime de competência específica estabelecido para o STJ, sem prejuízo da possibilidade de criação de uma secção específica; ou seja, a instalação da secção de comércio, propriedade intelectual, concorrência, regulação e supervisão prevista nos n.ºs 3 e 4 do art.º 67º deixou de ser uma alternativa ao regime previsto no art.º 54º, para passar a ser a regra. A criação de tal secção deixou de estar na discricionariedade do CSM pretendendo-se a efectiva criação dessa secção?

A resposta não pode deixar de ser negativa pois que a alteração legislativa efectuada deixou intocado o n.º 3 do art.º 67, que estabelece os tipos de secções de competência específica de existência facultativa, o n.º 4 do mesmo artigo, que estabelece a competência do CSM para proceder à criação/instalação dessas secções e os parâmetros da discricionariedade de tal deliberação, e o art.º 74º, que manda aplicar subsidiariamente as regras do STJ.

Terá o legislador, com tal alteração, pretendido clarificar que quando nos n.ºs 3 e 4 do art.º 67º se faz referência à secção em matéria "de comércio, de propriedade intelectual e de concorrência, regulação e supervisão" não se está a referir a uma secção única com competência relativamente àquelas três matérias, mas a três distintas secções – a secção de comércio, a secção de propriedade intelectual e a secção de concorrência, regulação e supervisão? Daí a utilização da expressão 'secção de concorrência, regulação e supervisão'.

Também aqui a resposta deve ser negativa. Em primeiro lugar porque se até ao momento tem vigorado o entendimento de que não há volume processual suficiente que justifique a criação de uma secção de comércio, propriedade intelectual e concorrência, regulação e supervisão não faria qualquer sentido estabelecer-se a possibilidade, não de uma, mas de três distintas secções. Por outro lado, a pretender-se tal clarificação haveria de, igualmente, fazer referência à secção de comércio e à secção de propriedade intelectual, em particular substituindo a expressão "em matéria de comércio, de propriedade intelectual e de concorrência, regulação e supervisão" constante do n.º 3 do art.º 67º pela expressão "em matéria de comércio, em matéria de propriedade intelectual e em matéria de concorrência, regulação e supervisão".

Entende-se, por isso que o significado da alteração legislativa em causa é meramente tautológico, pretendendo apenas o legislador (conhecedor, quiçá, da situação verificada nas Relações de

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

generalizado incumprimento da LOSJ nessa matéria) reafirmar que na ausência da criação da secção específica prevista nos n.ºs 3 e 4 do art.º 67º se aplica subsidiariamente o regime previsto no art.º 54º, mas como estava a tratar de matéria da concorrência limitou a sua posição a tal matéria.

Pelo exposto, das alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2018 resulta a mera reafirmação de que na ausência de uma secção de 'comércio, de propriedade intelectual e de concorrência, regulação e supervisão', mantém-se plenamente aplicável aos Tribunais da Relação a regra de competência específica estabelecida nos n.ºs 2 e 3 do art.º 54º: **os recursos nas causas referidas nos artigos 111º, 113º, 128º e 112º, n.ºs 2 a 4, são julgados na(s) secção(ões) cível(eis) com competência específica para essas causas e os recursos nas causas referidas no artigo 112º, n.º 1, são julgados na secção criminal com competência específica para essas causas.**

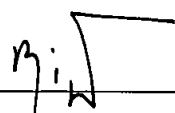
A designação da(s) secção(ões) a quem são sempre distribuídos os recursos nas causas referidas nos artigos 111º, 112º, 113º e 128º compete, nos termos dos artigos 62º, n.º 1, al. f) e 76º, n.º 1, aos Presidentes dos Tribunais.

A presente causa foi processada no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e é uma das causas referidas no art.º 112º da LOSJ, pelo que para apreciar o recurso de apelação nela interposto é competente a secção criminal (quer oela LOSJ ainda vigente quer pela que vai entrar em vigor a 04AGO, dado o disposto no art.º 24º da Lei 23/2018) à qual for atribuída competência específica para julgar os recursos das causas referidas no art.º 112º, nos apontados termos dos artigos 74º, n.º 1, e 54º, n.º 2 (e 3). Tal causa foi, no entanto, distribuída por entre todos os juizes das secções cíveis enquanto juizes de competência genérica cível e não apenas por todos os juizes que integram a secção com competência específica para julgar os recursos das causas referidas no art.º 112º.

Do que resulta que o relator (e o colectivo que ele integra) enquanto desembargador apenas de competência genérica cível carece de competência em razão da matéria para conhecer do presente recurso.

E não se diga que enquanto não for(em) designada(s) a secção(ões) com competência para julgar os recursos nas causas referidas no n.º 2 do art.º 54º haverá de vigorar a regra supletiva segundo a qual as secções cíveis (de competência genérica) julgam as causas que não estejam atribuídas a outras secções (de competência específica). É que, por um lado, a competência específica das secções estabelecida no art.º 54º, n.º 2, não tem carácter opcional ou facultativo (como o é a possibilidade de criar secções social, de família e menores e de comércio de propriedade intelectual e de concorrência, regulação e supervisão prevista no art.º 67º, n.º 4), mas sim preceptivo, de execução imediata. O art.º 54º, n.º 2, não atribui aos presidentes dos tribunais superiores qualquer discricionariedade quanto ao se ou ao *quandoda* atribuição de competência específica a determinadas secções, mas antes os constitui na estrita vinculação de actuarem diligentemente na execução do comando normativo nele contido.

Por outro lado, não se vislumbra que ainda possa ser invocada qualquer 'causa legítima de inexecução', designadamente inultrapassável obstáculo de natureza logística, organizacional ou financeira, para obstar ao escrupuloso cumprimento de um preceito legal que se encontra em vigor desde 01SET2014.



(Paulo Jorge Rijo Ferreira)