



4

S. Gomes

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Proc.º n.º 349/11.7TYLSB.L1

Acordam, em conferência, na 9ª Secção (Criminal) do Tribunal da Relação de Lisboa:

I – Relatório

1. A ANEPE – Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento, com sede na Rua de São José, nº 35 D, 1150-321 Lisboa, interpôs recurso de impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência, datada de 31 de Dezembro de 2010, pela qual foi condenada pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos arts. 43.º e 4.º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, na coima de €1.971.397,17, na sanção acessória de publicação, pela arguida, de extrato da decisão na II Série do Diário da República, bem como da sua parte decisória num jornal de expansão nacional, e no pagamento das custas do processo.

A decisão da Autoridade da Concorrência (doravante designada AdC) fundamenta-se, resumidamente, no facto da Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento (doravante designada ANEPE) ter desenvolvido uma estratégia de reação coletiva à entrada em vigor do regime de determinação de preços pela utilização de parques de estacionamento, previsto no Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril, e no



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

âmbito dessa estratégia, ter recomendado o aumento dos preços praticados e a fixação de preços nos parques de estacionamento geridos ou explorados pelas suas empresas associadas, designadamente propondo a fixação de um “preço de ingresso” ou o aumento dos preços aplicáveis em 15%, eliminando dessa forma a pressão concorrencial na negociação das alterações de preços entre as empresas concessionárias e as entidades concedentes, cometendo dessa forma uma infração ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que proíbe as decisões de associações de empresas que tenham como objeto ou efeito, impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência no mercado nacional.

Tal recurso de impugnação foi apreciado no 4º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa (doravante designado TCL), no âmbito do processo n.º 349/11.7TYLSB, e, por sentença proferida em 29 de Maio de 2012, julgado parcialmente procedente, sendo a arguida ANEPE condenada, pela prática de uma contraordenação p. e p. pelos arts. 4.º, n.º 1 e 43.º n.ºs 1 al. a) e 2 da Lei 18/2003, de 11 de Junho, em coima cujo valor foi reduzido para um pouco menos de metade: €969.000,00 (novecentos e sessenta e nove mil euros) em vez de €1.971.397,17, mais se mantendo a sanção acessória de publicação.

2. Ainda assim, a arguida ANEPE, continuando inconformada, interpôs recurso para este tribunal superior extraíndo da sua motivação as seguintes conclusões (transcrição):



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

1. Vem o presente recurso interposto da decisão do Tribunal do Comércio de Lisboa que condenou a ANEPE "(...) *pela prática de uma contra-ordenação p.p. pelos arts. 4 n.º 1 e 43 n.º 1 al. a) e n.º 2 da Lei 18/2003 de 11 de Junho na coima de € 969.000,00*" e na sanção de publicação, a expensas suas, no Diário da República, II Série, de um extrato da decisão ("Sentença" ou "Sentença Recorrida").

2. No presente recurso, estão em causa, no essencial, os seguintes factos:

(i) a ANEPE é uma associação de empresas que, à data dos factos, tinha 21 associados, entre empresas que exploravam parques de estacionamento (13 operadores) e empresas que forneciam bens e serviços necessários à exploração de parques de estacionamento (8 instaladores) e uma Sécetária-Geral;

(ii) à Direção da ANEPE cabe prosseguir o fim estatutário, dar cumprimento às deliberações dos órgãos sociais, gerir as atividades da associação e representá-la em juízo e fora dele e à SG cabe organizar administrativa e financeiramente a associação, e representá-la junto de organismos oficiais e de quaisquer entidades com as quais a ANEPE se relacione;

(iii) em 16.12.2005, altura em que a Direção era composta apenas por operadores – SPEL, EMPARQUE e SIENT –, o Governo, através da SECSDC, pediu à ANEPE "parecer urgente" sobre um projeto de diploma relativo ao regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento;

(iv) a SG remeteu o pedido de parecer aos membros da Direção e a um dos associados – a CPE – com indicação de que se tratava de matéria muito grave, sendo a gravidade evidente e tendo sido explicada ao Tribunal: ao passo que os contratos de exploração dos parques de estacionamento previam, em regra, tarifas horárias, e haviam sido concluídos nesse pressuposto, o novo diploma propunha que as tarifas passassem a ser fixadas para frações de tempo não superiores ao minuto - se, por hipótese, quem estacionasse 30 minutos pagasse metade da hora, e não 60 minutos, a receita cairia para metade, quem estacionasse uma hora e trinta minutos pagaria 3/4 do que pagava antes;



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

(v) em 22.12.2005, depois de recolhidos e circulados pela SG os comentários de vários associados, a Direção da ANEPE, através do seu Presidente, transmitiu ao Governo a posição da associação sobre o projeto de diploma e, em especial, sobre os inconvenientes da fixação das tarifas ao minuto - para a ANEPE, no essencial, a nova regra, para além das dificuldades práticas de implementação (os equipamentos não estavam preparados, por exemplo, para aceitar e devolver 1 e 2 cêntimos de euro), alteraria de forma sensível os pressupostos do equilíbrio financeiro em que se tinham baseado as concessões e os contratos de exploração em vigor;

(vi) em 8.3.2006, o Governo aprovou o DL 81/2006, o qual foi publicado em 20.4.2006 para entrar em vigor em 21.7.2006, resultando desse diploma que o preço a pagar pelos utilizadores de parques de estacionamento deveria passar a ser fracionado, no máximo, em períodos de 15 minutos;

(vii) o problema identificado no parecer enviado ao Governo em 22.12.2005 subsistia: a mera divisão das tarifas anteriores por 4 que, aliás, a lei não determinava, acarretaria obviamente perdas de receita na primeira, na segunda e na terceira frações da primeira hora, e na primeira, segunda e terceira frações das horas subsequentes, indo o impacto diminuindo à medida que aumentava o tempo de permanência no parque;

(viii) a SG pediu, por isso, e de imediato, um parecer jurídico sobre as implicações da nova legislação e informou os associados por ocasião da AG de 21.3.2006 que elegeu os novos órgãos sociais, incluindo a nova Direção que passou a integrar a BAER (BRISA), a SPEL e a EMPARQUE;

(ix) na Assembleia Geral seguinte, que teve lugar em 20.4.2006, convocada para discussão do plano de atividades e do orçamento, ficou decidido que se prepararia, com o apoio de assessoria jurídica externa, uma carta/circular, crítica e interpretativa, para ser enviada aos associados, ao Governo e à Associação Nacional de Municípios Portugueses (ANMP);

(x) em 24.4.2006, a SG da ANEPE enviou aos associados EMPARQUE, BAER, SPEL, CPE e SIENT, para comentário, um primeiro projeto da referida carta/circular que



Segurança

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

ela própria tomou a iniciativa de preparar, no qual eram referidos os resultados de uma simulação entretanto efetuada em 22 parques que apontava para uma quebra de receitas de 15% caso a nova tarifa se traduzisse na mera divisão por 4 da tarifa horária anteriormente praticada, situação que surgia ilustrada graficamente;

(xi) o projeto de carta/circular preparado pela SG foi comentado pela EMPARQUE, tendo sido enviadas pelo secretariado da SG à BAER, à SPEL, à CPE, à SIENT e à EMEL;

(xii) em 27.4.2006, a CPE concordou em geral com o teor da carta/circular e informou que deixava à SG e à EMPARQUE o afinamento da carta/circular a enviar à ANMP;

(xiii) em 2.5.2006, a SG da ANEPE enviou às associadas EMPARQUE, BAER, SPEL, CPE, SIENT e EMEL uma nova versão revista do projeto de carta/circular cujo objetivo era, uma vez mais, o de recolher os comentários dos associados;

(xiv) o texto proposto pela SG continuava a fazer referência a uma quebra de receita próxima dos 15%, "recomendava" a instituição de um preço de ingresso que poderia atingir 35% - já que o preço do primeiro quarto de hora decorrente da divisão da tarifa horária por quatro poderia não bastar para cobrir esse custo - e considerava "imprescindível" a revisão das tarifas e "recomendável" a aplicação de um preço de ingresso e de um aumento das tarifas de cerca de 2,5%;

(xv) a CPE concordou por e-mail com o teor da proposta da SG e, que se saiba, a EMEL apenas a comentou internamente não circulando observações;

(xvi) em 10.5.2006, a SG ANEPE divulgou aos associados, ao Governo e à ANMP a carta/circular assinada pelo Presidente da Direção e datada de 9.5.2006;

(xvii) na versão definitiva e final da referida carta/circular, constatava-se, no que se refere à matéria dos autos, que o tema do fracionamento nunca tinha sido antes regulado por lei; que, na generalidade dos casos, os contratos de concessão de exploração dos parques tinham sido concluídos de acordo com o pressuposto do escalonamento horário dos tarifários; que o fracionamento máximo em 15 minutos comprometeria o equilíbrio



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

financeiro das explorações; que uma “simulação” efetuada em 22 parques, e espelhada em gráfico anexo, sugeria que a mera divisão das tarifas horárias praticadas por 4 implicaria uma quebra de receita próxima de 15%. A ANEPE concluía que à luz das novas regras era possível autonomizar o custo fixo de ingresso estimado num máximo de 35 cêntimos; e que os ajustamentos que viessem a ser resultado da nova lei não prejudicavam a revisão das tarifas em vigor;

(xviii) em 12.7.2006, a SG da ANEPE lembrou aos associados a entrada em vigor do diploma em 21.7.2006 pedindo-lhes informações sobre o estado da sua implementação e das negociações com os municípios sendo que apenas a CPE respondeu informando que tinha proposto um aumento de 15%;

(xix) a CPE foi a única associada que utilizou a representação gráfica de impacto médio inserida na carta/circular para explicar e justificar os ajustamentos destinados a manter o nível de receitas de cada parque;

(xx) cada parque é um parque com características próprias e cada associada da ANEPE gere e/ou explora parques com características diferentes entre eles.

3. Partindo destes factos, o Tribunal *a quo* manteve a decisão da AdC de condenação da ANEPE pela alegada violação do disposto no artigo 4.º n.º 1 da LdC.

4. É dessa decisão que se recorre porquanto, desde logo, o Tribunal *a quo* não enquadrou corretamente o problema jusconcorrencial, tendo interpretado e aplicado incorretamente o mencionado preceito legal.

5. A Sentença é nula, nos termos do disposto no artigo 379.º n.º 1 alínea b) do CPP, e deve ser revogada por errónea interpretação e aplicação do disposto nos artigos 358.º e 359.º do CPP aplicáveis *ex vi* artigo 41.º n.º 1 do RGCO, por violação do artigo 32.º n.ºs 5 e 10 da CRP, dado que nela o Tribunal *a quo* extravasou claramente os poderes que lhe são legalmente cometidos em relação à apreciação da decisão da AdC.

6. Com efeito, os poderes do Tribunal de primeira instância na apreciação da decisão administrativa estão limitados aos vícios enunciados na petição de recurso de



Sgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

impugnação, naturalmente sem prejuízo daqueles que sejam de conhecimento oficioso e aos factos que constem da decisão administrativa, verificando se a decisão sobre os mesmos foi corretamente tomada por esta autoridade.

7. A decisão administrativa vale como acusação do Ministério Público a partir do momento em que a mesma é por este apresentada, nos termos do artigo 62.º do RGCO, devendo ser comprovada em sede de julgamento, prova que compete ao Ministério Público, nos termos do artigo 72.º do RGCO.

8. O Tribunal *a quo* não podia ter acrescentado os pontos 86 e 87 da Sentença Recorrida, porquanto tais factos não constavam da Decisão Condenatória da AdC.

9. A correção de eventuais lacunas quanto aos factos pelo Tribunal *a quo*, através da introdução de factos para preenchimento do elemento subjetivo do tipo contraordenacional em causa equivale à possibilidade de o Tribunal alterar os factos da acusação.

10. Tal alteração corresponde a uma alteração substancial dos factos, nos termos e para os efeitos do artigo 359.º do CPP, não podendo tais factos ser considerados na Sentença Recorrida.

11. Mesmo que se entendesse que tal alteração equivaleria a uma alteração não substancial dos factos, para efeitos do disposto no artigo 358.º do CPP, sempre se diria que a mesma não foi previamente notificada à Arguida, sendo, como tal, inadmissível.

12. A Sentença incorreu num erro de julgamento e deve ser revogada, por errónea interpretação e aplicação do disposto nos artigos 50.º do RGCO e 32.º n.ºs 2 e 10 da CRP, por violação dos direitos fundamentais da Arguida no plano dos factos, dado que o processo é nulo desde a Nota de Ilícitude e deve ser anulado, nos termos do artigo 119.º n.º 1 alínea c) do CPP *ex vi* artigo 41.º n.º 1 do RGCO.

13. Com efeito, a AdC na Nota de Ilícitude e na Decisão Impugnada preencheu o elemento subjetivo do tipo contraordenacional com meras conclusões e presunções, não constando do elenco dos factos relevantes quaisquer factos que pudessem sustentar a sua acusação.



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

14. O erro do Tribunal *a quo* resultado do facto de ter considerado que valiam como imputações a título de factos na Nota de Ilícitude as meras conclusões apresentadas pela Autoridade, sem margem para tanto nos factos.

15. O preenchimento do elemento subjetivo do tipo não pode ser apenas inferido por dedução dos factos, tem de ser ele próprio composto e preenchido com recurso a factos que constem da factualidade imputada à Arguida, sob pena de nulidade por violação do direito de defesa e do princípio da presunção de inocência.

16. Na Sentença Recorrida o Tribunal *a quo* inseriu (*ex novo* e indevidamente) no capítulo dos factos provados dois pontos para preenchimento do elemento subjetivo do tipo que constituem conclusões e interpretações do próprio Tribunal sem base nos factos, o que acarreta a nulidade da Sentença, porquanto constitui violação do direito de defesa da Arguida, previsto no artigo 32.º n.º 10, e do princípio da presunção de inocência, insito no artigo 32.º n.º 2, ambos da CRP.

17. **A Sentença incorreu num erro de julgamento e deve ser revogada, por errónea interpretação e aplicação do disposto nos artigos 50.º do RGCO e 32.º n.ºs 2 e 10 da CRP, por violação dos direitos fundamentais da Arguida no plano das provas, por utilização de prova proibida, nos termos do artigo 126.º n.º 3 do CPP.**

18. Com efeito, as declarações de Pedro Mendes Leal, na qualidade de legal representante da ANEPE, recolhidas pela AdC em momento em que a ANEPE estava já a ser investigada, sem previamente informar da qualidade de arguida na ANEPE no processo acarretam a sua nulidade, por compressão inadmissível do princípio da não auto-incriminação.

19. A utilização na Decisão Impugnada da AdC dessas mesmas declarações recolhidas de forma ilegítima, porquanto não tendo sido informado da qualidade de arguida da ANEPE, o seu legal representante não pôde invocar o seu direito ao silêncio, acarreta a nulidade da Decisão da AdC, por utilização de prova proibida.



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

20. A inquirição de legal representante de Arguido sem prévia informação dessa qualidade constitui a recolha de prova com recurso a meio enganoso e perturbador da liberdade, acarretando a nulidade da prova, nos termos do artigo 126.º n.º 3 do CPP.

21. É inconstitucional a interpretação normativa que resulta da conjugação dos artigos 17.º n.º 1 alínea a), 18.º e 43.º n.º 3 da LdC, no sentido de que, no âmbito de um processo de contraordenação, a AdC pode inquirir o legal representante da Arguida, sem previamente o informar da sua qualidade, e utilizar como prova as suas declarações para efeitos da comprovação da infração, por violação do direito de defesa, do princípio da não auto-incriminação, da dignidade da pessoa humana e do direito a um processo equitativo, ínsitos nos artigos 32.º, 1.º e 20.º da CRP.

22. **A Sentença é nula, nos termos do artigo 379.º n.º 1 alínea a) do CPP, ex vi artigo 41.º n.º 1 e 74.º n.º 4 do RGCO, por violação do artigo 374.º n.º 2 do CPP, e deve ser revogada, porque não se encontra devidamente fundamentada.**

23. Com efeito, o Tribunal *a quo* julgou improcedente a nulidade invocada pela Arguida, por violação do seu direito de defesa, previsto no artigo 32.º n.º 10 da CRP, decorrente do facto de não lhe terem sido disponibilizados determinados documentos no processo por terem sido classificados como confidenciais, porquanto concluiu que resultaria claro da leitura da descrição que consta da listagem o carácter confidencial de tais documentos, o que dispensaria mais fundamentação.

24. O Tribunal *a quo* deveria ter verificado a correta classificação dos documentos como confidenciais

25. e, nesse caso, deveria ter deixados explícitos na Sentença os motivos que o levaram a preferir e a conferir preponderância, no caso concreto, ao segredo de negócio das associadas da ANEPE em detrimento do direito de defesa da ANEPE, na qualidade de Arguida.

26. O Tribunal *a quo*, muito embora tenha enunciado os critérios de determinação da medida da coima, não fundamentou os fundamentos que presidiram à escolha e à medida da sanção aplicada, não sendo possível compreender o raciocínio



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

subjacente ao facto de o Tribunal *a quo* ter considerado adequada a aplicação à Arguida de uma coima de € 969.000,00, e não de qualquer outro montante.

27. Além do mais, o Tribunal *a quo* limitou-se a constatar que “*a decisão da ANEPE é suscetível, por si só, pela sua natureza, de restringir de forma sensível a concorrência no mercado relevante, tal como definido supra, da prestação de serviços de gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos*”, o que corresponde também a meras conclusões sem suporte factual e, na verdade, desprovidas de fundamento.

28. A Sentença é nula, nos termos do artigo 379.º n.º 1 alínea a) do CPP, *ex vi* artigo 41.º n.º 1 e 74.º n.º 4 do RGCO, por violação do artigo 374.º n.º 2 do CPP, e deve ser revogada, porque não foi realizada a indicação e o exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal.

29. Com efeito, para fundamentar a decisão quanto aos factos o Tribunal *a quo* faz apenas uma referência sumária e não específica à prova que terá tomado em consideração.

30. Em processo contraordenacional onde a prova não é gravada, impõe-se ao Tribunal que, sem sede da decisão da matéria de facto, fundamente especificamente e com referência, tanto quanto possível, às declarações proferidas pelas testemunhas, os factos que as mesmas provaram e de que forma as suas declarações serviram para poderem tais factos ter sido dado como provados ou não provados.

31. Não pode admitir-se a indicação das provas dos factos que constam da Sentença por remissão para as fls. mencionadas na Decisão Impugnada.

32. O Tribunal não explica qual a prova a que concretamente recorreu (com indicação da testemunha que depôs nesse sentido ou das fls. dos autos onde constaria determinado documento que poderia servir de prova de tal facto) para dar como provados os factos por si indicados nos pontos 1 a 11, 32, 35 a 65, 85 e 88 da Sentença Recorrida.

33. Não é feita posteriormente (com ressalva do ponto 12 da Sentença) a conexão entre os pontos de facto provados e a testemunha que depôs sobre os mesmos.



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

34. O Tribunal *a quo* não se pronuncia sobre o seu entendimento e sobre a sua convicção no que respeita à credibilidade das testemunhas e não faz qualquer apreciação crítica no que concerne a tal credibilidade e à convicção que resultou para o Tribunal dos seus depoimentos, especialmente que pudessem informar as declarações que na Sentença Recorrida o Tribunal admite que proferiram, tendo, porém, julgado o contrário.

35. O Tribunal *a quo* não deixou expressa na Sentença a apreciação que terá feito quanto à credibilidade e à aptidão probatória dos documentos e do depoimento de cada testemunha que constituem prova de cada facto.

36. Assim, o Tribunal *a quo* violou o disposto no n.º 2 do artigo 374.º do CPP, o que acarreta a nulidade da Sentença nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 379.º do CPP.

37. A norma constante do artigo 379.º n.º 1 alínea a) do CPP, conjugado com o n.º 2 do artigo 374.º e com os artigos 410.º n.º 2 alíneas b) e c) do mesmo é Código é inconstitucional, no sentido em que admita a dispensa de indicação dos elementos que conduziram a que a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência, por violação do dever de fundamentação das decisões dos tribunais, previsto no artigo 205.º da CRP e do direito ao recurso, previsto no artigo 32.º n.º 1 da CRP.

38. A Sentença é nula, nos termos dos artigos 379.º do CPP e 75.º do RGCO, por violação do princípio da presunção de inocência e do direito de defesa da Arguida, previstos no artigo 32.º n.ºs 2 e 10 da CRP, e ainda do princípio da não auto-incriminação, aplicável aos processos contraordenacionais, porquanto o Tribunal *a quo* deu erradamente como provados os factos constantes dos pontos 1 a 11, 32 a 65, 85 e 88 da Sentença, por não terem sido impugnados pela ANEPE ou por terem sido admitidos por acordo entre as partes.

39. Com efeito, o Tribunal *a quo* considerou que em processo contraordenacional os factos que o Arguido não contestar são admitidos por acordo não tendo em fase de julgamento de ser comprovados.



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal/Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

40. Nessa medida, considerou provados os factos constantes dos pontos 1 a 11, 32 a 65, 85 e 88 da Sentença, por não terem sido impugnados pela ANEPE ou por terem sido admitidos por acordo entre as partes.

41. Tal entendimento do Tribunal *a quo* viola o princípio da presunção de inocência e o direito de defesa do arguido, insitos no artigo 32.ºs 2 e 10 da CRP e ainda o princípio da não auto-incriminação.

42. Valendo a decisão da Autoridade apresentada pelo Ministério Público ao juiz como acusação, a mesma tem de ser comprovada em juízo, tendo os factos que da mesma constam de ser alvo de prova pelo Ministério Público.

43. A não produção de prova sobre determinados factos, ainda que nada sobre os mesmos tivesse sido dito no recurso de impugnação, terá necessariamente como consequência o acionamento do princípio *in dubio pro reo*.

44. Os factos constantes dos pontos 1 a 11, 32 a 65, 85 e 88 da Sentença foram comprovadamente impugnados pela ANEPE, dado que no ponto 549 da petição de recurso da ANEPE, esta impugnou toda a factualidade constante da Decisão da AdC que não fosse por si expressamente aceite.

45. Mesmo que não tivessem sido, em processo contraordenacional não vale o entendimento de qualquer aceitação dos factos pela respetiva não impugnação, pelo que deve a Sentença Recorrida ser anulada e devolvido o processo ao Tribunal *a quo* para reapreciação dos factos acima identificados, os quais devem ser dados como não provados, por força do princípio *in dubio pro reo*.

46. A Sentença é nula e deve ser revogada nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 39.º n.º 1 alínea c) do CPP *ex vi* artigo 41.º n.º 1 do RGCO por falta de fundamentação, dado que o Tribunal *a quo* não se pronunciou sobre a questão que foi perante si suscitada na sessão de julgamento de 5 de março de 2012, de preterição do direito de defesa da Arguida em virtude de a AdC ter consigo elementos exculpatórios e/ou relevantes para a apreciação da situação *sub judice* e não os ter junto aos autos.



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

47. Nesta circunstância está, desde logo, o documento n.º 4 que a Arguida juntou na dita sessão de julgamento, o qual contém as conclusões do estudo realizado pela EMPARQUE de modo a verificar o impacto possível do Decreto-Lei 81/2006 aos parques por si geridos e explorados de modo a poder tomar a opção mais adequada para cada parque. documento que foi apresentado pela EMPARQUE à AdC durante a fase de investigação e que constituirá o “estudo” em que – tão só!- se terá baseado a carta de 9 de maio de 2006, sendo, por isso, um elemento fundamental, que foi levado ao conhecimento da AdC, mas que esta não juntou, tendo apenas sido junto pela Arguida em julgamento.

48. Quantos mais documentos a AdC não terá junto não se sabe, mas o certo é que tal documento e também comunicações trocadas com a AdC sobre o processo (cfr. documento n.º 5 junto na mesma sessão de julgamento de 5 de março de 2012) não se encontravam nos autos até a Arguida os ter detetado e junto.

49. Ora, esta situação configura, para além da invocada falta de fundamentação, a preterição do direito fundamental de defesa, ínsito no artigo 32.º n.º 10 da CRP, o que torna a **Sentença nula nos termos do artigo 119.º n.º 1 alínea c) do CPP, aplicável ex vi artigo 41.º n.º 1 do RGCO**, nulidade que por esta via se invoca, requerendo-se a anulação de todo o processado desde o momento em que tal documento deveria ter sido (e não foi) junto aos autos ou, pelo menos, desde a notificação da Nota de Ilícitude à Arguida neste processo.

50. A **Sentença deve igualmente ser revogada porquanto a matéria considerada provada pelo Tribunal a quo não é suficiente, nem apta para que dela se retire a prática do ilícito decorrente da violação do disposto no artigo 4.º da LdC.**

51. Com efeito:

- da matéria de facto provada (cf. p. 44 a p. 82 da sentença recorrida, pontos 1 a 88) apenas se conclui que a ANEPE é uma associação de empresas e que ANEPE tomou duas decisões (cartas), uma em 22.12.2005 e outra em 9.5.2006 e as comunicou aos seus membros, ao Governo e à ANMP, publicando-a em seguida no seu próprio boletim;



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

- a matéria de facto provada não consta qualquer facto, nem mesmo conclusivo, que permita identificar o mercado de produto e geográfico alegadamente afetado pelas decisões da ANEPE;
- da matéria de facto não consta qualquer ponto que permita delimitar o mercado em causa, nomeadamente a respetiva dimensão, âmbito geográfico e tipos de parques abrangidos;
- não há um único facto na matéria dada como provada que confirme que a carta de 9.5.2006 contivesse qualquer recomendação que pudesse ser seguida, para além obviamente da constatação, já expressa na carta parecer transmitida ao Governo em 22.12.2005, de que o fracionamento da tarifa horária implicava ajustamentos destinados a assegurar o equilíbrio financeiro das concessões;
- também não ficou provado que os preços dos parques foram ajustados pelos associados da ANEPE em conformidade com a recomendação alegadamente subentendida na carta que a associação enviou ao Governo;
- não ficou provado que os preços aumentaram;
- acresce que não há prova de qual o mercado em causa, nem de que a decisão da ANEPE tivesse sido adequada a restringir a concorrência, nem de que tivesse estado ou pudesse ter estado na origem de um alinhamento dos ajustamentos efetuados nos tarifários dos parques de estacionamento dos associados, nem de que a intervenção da ANEPE foi aproveitada por alguns associados para facilitar a compreensão da natureza do problema e da necessidade de se fazer alguma coisa para o resolver, pelo que não há, na verdade, qualquer facto provado sobre a alegada restrição sensível da concorrência e a intenção de a atingir.

52. A Sentença deve ser revogada nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 410.º n.º 2 alínea c) do CPP *ex vi* artigo 41.º n.º 1 do RGCO aplicável por remissão do artigo 22.º da LdC por nela se encontrarem diversos erros na apreciação da prova e a violação de regras de direito probatório.



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

53. Com efeito, o Tribunal *a quo* entendeu dar como provado que *“ao enviar o escrito datado de 9.05.2006, constante do ponto 61 supra, a arguida bem sabia que ele iria ser interpretado pelos respetivos destinatários como uma recomendação de aumento de preços, na medida da perda de receitas que assinalava, e ainda assim quis enviá-lo e que ele assim fosse entendido. Quis agir da forma porque o fez, bem sabendo ser a sua conduta punida pelas normas que regulam a concorrência”*, apesar de o texto final da carta não conter qualquer recomendação e de a Arguida ter explicado que a eliminação dessas expressões se deveu ao cuidado de desfazer qualquer equívoco de que tal comunicação corresponderia a uma recomendação da Associação.

54. Por outro lado, o Tribunal *a quo* deu como provados os factos constantes dos pontos 86 e 87 com base noutros factos (cuja prova não indica), cuja interpretação se adequa a outras hipóteses legais, nomeadamente as desde sempre levantadas pela Arguida de que a sua preocupação foi a de não recomendar, tendo procurado a todo o custo, e mediante diversas alterações no texto, que a versão final da carta (a versão de 9 de Maio) não contivesse qualquer expressão que pudesse induzir em erro os destinatários sobre o âmbito e propósito da comunicação.

55. De acordo com as regras da experiência comum, os factos atinentes à evolução da redação da carta tanto poderiam, em abstrato, justificar a conclusão alcançada pelo Tribunal *a quo*, como a hipótese desde sempre defendida pela Arguida quanto à sua própria convicção que, aliás, o próprio Tribunal *a quo* admite ter sido corroborada pelos depoimentos das testemunhas (cfr. p. 85 da Sentença).

56. Há, portanto, erro notório na apreciação da prova no que respeita aos pontos 86 e 87 da matéria de facto que, pelo presente recurso, se requer seja declarado, devendo, em consequência, a Sentença ser revogada, nos termos do disposto nos artigos 410.º n.º 2 alínea c) do CPP *ex vi* artigo 41.º n.º 1 do RGCO aplicável por remissão do artigo 22.º da LdC, e ser promovida a alteração da matéria de facto provada relativamente aos factos acima identificados, conforme o disposto no artigo 431.º do CPP *ex vi* artigo 41.º n.º 1 do RGCO.



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

57. Acresce que o Tribunal *a quo* fundamentou a sua decisão no que concerne à prova dos factos constantes dos pontos 1 a 11, 32, 35 a 65, 85 e 88 da Sentença Recorrida na circunstância de a Arguida não os ter contestado, o que bule diretamente com o n.º 2 do artigo 32.º da CRP e com o artigo 72.º do RGCO.

58. Atendendo a esses preceitos, conclui-se que, não podendo o Tribunal *a quo* indicar, por inexistir, prova para os factos indicados nos pontos 1 a 11, 32 a 65, 85 e 88 da Sentença Recorrida, sempre o princípio *in dubio pro reo* determinaria a sua não prova.

59. Não o tendo feito, e como acima se enunciou, deve a Sentença Recorrida ser revogada, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 410.º n.º 2 alínea c) do CPP *ex vi* artigo 41.º n.º 1 do RGCO aplicável por remissão do artigo 22.º da LdC, por nela se encontrarem erros notórios na apreciação da prova, cujo reconhecimento deverá determinar a alteração da matéria de facto provada relativamente aos factos acima identificados, conforme o disposto no artigo 431.º do CPP *ex vi* artigo 41.º n.º 1 do RGCO.

60. A Sentença deve ser revogada, porquanto o Tribunal *a quo* interpretou erradamente o disposto no artigo 4.º da LdC, sob pena de violação do princípio da tipicidade, consagrado no artigo 29.º da CRP.

61. Com efeito, são elementos do tipo objetivo previsto no artigo 4.º da LdC: (i) a existência de uma decisão de associação de empresas; (ii) que tenha por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência; (iii) sendo a restrição da concorrência sensível.

62. Os factos dados como provados na Sentença Recorrida não preenchem os diversos elementos que compõem o tipo objetivo da infração prevista no artigo 4.º da LdC, devendo a Sentença Recorrida ser revogada, porquanto interpretou erradamente tal normativo, sob pena de sair violado o princípio da tipicidade, consagrado no artigo 29.º da CRP.

63. Com efeito, apesar de não se discutir que a ANEPE seja uma associação de empresas e que como tal esteja sujeita ao regime da LdC, discute-se a decisão relevante



Scama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

para efeitos jusconcorrenciais, sendo que o TCL concluiu que a decisão relevante seria a carta de 9 de maio de 2006.

64. Ora, a carta de 9 de maio de 2006 não recomenda absolutamente nada, nem dela decorre uma só vez qualquer “recomendação”, qualquer “conselho” ou qualquer “sugestão”, limitando-se a divulgar as conclusões quanto à quebra de receita estimada com base numa “simulação” feita num universo de 106.590 transações em 22 parques. E mais informa que o custo de ingresso “que pode atingir 35 cêntimos” e que face à nova lei “pode ser” autonomizado.

65. O propósito da carta não era recomendar o que quer que fosse mas apenas alertar todos os interessados para as implicações previsíveis da entrada em vigor da lei.

66. Estimar o impacto de uma lei e dizer o que se pode ou não fazer em face da sua publicação é uma competência natural de qualquer associação empresarial e não é o mesmo que sugerir ou recomendar o concreto comportamento comercial dos associados.

67. O TCL sugere uma leitura da carta de 9 de maio de 2006 condizente da “génese” da dita carta (cf. p. 92 e 93) embora esqueça que tudo se inicia com o pedido de parecer do Governo.

68. A “reunião extraordinária” de 20.4.2006 não foi destinada a debater o DL 81/2006, decorrendo dos factos dados como provados que a dita “reunião extraordinária” foi na realidade uma Assembleia Geral extraordinária, que já havia sido convocada na anterior, de 21.3.2006 com o objetivo de discutir o plano de atividades e o orçamento.

69. Foi nessa Assembleia Geral que ficou decidido que se prepararia, com o apoio de assessoria jurídica externa, uma carta/circular, crítica e interpretativa, para ser enviada aos associados, ao Governo e à ANMP.

70. É normal que uma associação promova estas iniciativas e nada há de novo relativamente ao que já fora feito para elaboração do parecer que o Governo pedira em 13.12.2005.

71. No dia 24.4.2006 a SG da ANEPE não enviou aos associados qualquer “posição pública da Associação”, apenas tendo enviado à EMPARQUE, BAER, SPEL,



Scgania

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

CPE e SIENT, para comentário, um primeiro projeto da referida carta/circular que ela própria tomou a iniciativa de preparar.

72. Em 27.4.2006, a ANEPE não enviou aos associados qualquer nova versão do dito projeto, tendo-se a SG da ANEPE limitado a circular os comentários da EMPARQUE.

73. Foi a mesma SG da ANEPE que remeteu aos associados um novo projeto de carta em 2.5.2006 único documento no qual constavam “recomendações”.

74. Como o TCL reconhece, a referência a recomendações não passou para a versão definitiva, sendo certo que, pela natureza do documento - um projeto - trata-se de um documento interno, não tendo sido exteriorizado nem do conhecimento dos destinatários.

75. O TCL não pode concluir que a ANEPE “recomendou”, “orientou” e “preconizou” só porque essa ideia poderá ter passado pela cabeça de alguns associados menos esclarecidos e dos serviços.

76. A ANEPE apenas defendeu a necessidade e a inevitabilidade do restabelecimento do equilíbrio financeiro das concessões, o que qualquer associação de empresas deve fazer e não significa recomendar o que quer que seja.

77. Em conclusão, a ANEPE tomou apenas duas decisões através dos seus órgãos competentes para o efeito: (i) a decisão de enviar ao Governo em 22.12.2005 o parecer que este lhe havia solicitado sobre o projeto de diploma, decisão que parece não estar em causa; (ii) e a decisão de enviar aos associados, ao Governo e à ANMP a carta/circular de 9.5.2005 alertando para o previsível impacto da nova lei e para o que determinava, permitia e não permitia:

78. Ambas as decisões tinham o mesmo propósito legítimo de dar a conhecer as críticas da associação, os impactos previsíveis das medidas adotadas e as suas consequências.

79. A carta de 9 de maio de 2006 deve ser enquadrada nos termos acima expostos, não configurando uma decisão da ANEPE para efeitos do artigo 4.º da LdC.



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

80. Acresce que, para que a uma decisão de associação de empresas seja incompatível com o artigo 4.º da LdC necessário é que tenha por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, o que não sucede *in casu*.

81. É verdade que as decisões das associações de empresas, tal como acontece com os acordos entre empresas, podem ser restritivos por objeto, o que torna desnecessário verificar se produziram ou não efeitos.

82. A categoria das infracções por objeto não é porém típica e estanque, pelo que nenhuma prática de um agente económico deve ser automaticamente considerada como anticoncorrencial, como o fez o Tribunal *a quo* no presente caso.

83. Na verdade, como vimos, é indispensável ter em consideração um conjunto de factores na avaliação do seu possível objecto anticoncorrencial, designadamente o **contexto legal e económico em que é aplicado**, bem como o **comportamento das partes** no mercado.

84. Em suma, subjacente à previsão deste tipo de ilícito está a proteção do bem jurídico “concorrência” face a uma conduta que seja *apta* ou *adequada* a provocar-lhe uma lesão.

85. A infracção consagrada no artigo 4.º, n.º 1, da LdC, na sua modalidade de restrição por objeto, é portanto uma contraordenação de perigo – por contraposição a uma contraordenação de dano (como é o caso da restrição por efeito) –, pelo que a qualificação de uma prática como restrição por objeto exige que a mesma seja pelo menos *adequada* a impedir, falsear ou restringir a concorrência.

86. Se o bem jurídico “concorrência” não for colocado em perigo, não se verificará assim uma restrição por objecto, subsumível à proibição consagrada no art. 4.º da LdC, tendo tudo isto sido desconsiderado pelo Tribunal *a quo*.

87. O contexto económico em que a prática imputada à Arguida foi adotada – obrigatoriamente enquadrado nos condicionalismos existentes no mercado relevante – foi totalmente ignorado apesar de resultar explícito dos factos provados (*vide* pontos 33, 34, 39, 41 e 61, págs. 54 a 57, 66 e 67 da sentença recorrida).



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunaais.org.pt

88. Também o contexto legal foi ignorado, não obstante resultar dos factos provados (*vide* pontos 33, 44, 45 e 61, págs. 54, 57, 66 e 67 da sentença recorrida).

89. De igual modo, o comportamento das associadas foi desatendido, pese embora a sua inserção no elenco de factos provados (*vide* pontos 67, 69, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81 e 82, págs. 70 a 77 da sentença recorrida).

90. Tivesse o Tribunal *a quo* considerado o contexto económico e legal em que a prática imputada à Arguida foi adotada no concreto mercado em causa nos presentes autos, bem como o comportamento das suas associadas, e teria necessariamente concluído pela impossibilidade de qualificar a referida prática como uma restrição por objecto!

91. Com efeito, num mercado que, como vimos, é caracterizado por uma concorrência apenas ao nível da concessão, concretamente no contexto da abertura dos concursos públicos para a adjudicação da concepção, construção e/ou gestão e exploração dos parques de estacionamento ("*competition for the market*"), não existindo concorrência fora desses concursos, a alegada conduta ilícita da Arguida, tal como descrita na sentença recorrida, nunca seria susceptível de afectar a concorrência na sua dimensão relevante!

92. Ainda que a Arguida tivesse assumido o comportamento que lhe vem imputado – o que não se reconhece –, nunca um eventual objectivo restritivo da concorrência se poderia produzir no relacionamento entre os operadores dos parques de estacionamento e as entidades concedentes, uma vez que não existe pressão concorrencial (ou seja, as empresas não competem entre si) na definição de alterações das tarifas no âmbito dos contratos de concessão em vigor, mas apenas para ganhar os concursos e posteriormente para conquistar os utilizadores dos parques de estacionamento.

93. Na perspetiva dos concedentes as tarifas importam bem menos do que as rendas que são contrapartida da concessão de exploração e, no limite, os concedentes têm interesse no ajustamento tarifário que torne possível manter o equilíbrio financeiro da concessão e a manutenção das rendas, caso contrário terão de aceitar a redução das rendas ou o prolongamento da concessão.



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

94. A circunstância de todas as associadas da Arguida proporem uma subida dos tarifários aplicáveis a cada parque não tem qualquer impacto na concorrência nesse “mercado”. É relativamente evidente que os termos da relação entre o concedente e o concessionário tornam improvável que uma suposta estratégia colectiva pudesse influenciar a decisão do concedente de aprovar ou rejeitar o ajustamento tarifário.

95. Deste modo, a prática que vem imputada à Arguida na sentença recorrida não tem por objeto – nem nunca poderia ter – uma restrição sensível da concorrência, em especial no mercado da gestão de parques de estacionamento que tenha do lado da procura concedentes e do lado da oferta concessionários.

96. Quanto muito estar-se-ia perante uma restrição por objeto impossível, a qual está naturalmente afastada do tipo objetivo de ilícito previsto no artigo 4.º, n.º 1 da LdC, como se verificou.

97. A prática imputada à Arguida era também inadequada a produzir efeitos restritivos da concorrência na dimensão retalhista do mercado relevante que designamos como sendo a da exploração dos parques de estacionamento.

98. Do ponto de vista dos utilizadores as tarifas são públicas e o seu conhecimento antecipado, ou seja a diminuição da incerteza (cf. sentença p. 97 *in fine*), pouco ou nada interfere na sua fixação relativamente a cada parque.

99. Dada a dimensão geográfica do mercado, as tarifas concretamente praticadas são pouco ou nada determinantes da escolha do utilizador. Como se discutiu no processo, infelizmente sem qualquer resultado, em termos gerais, de acordo com diversos estudos que se debruçam sobre o mercado do estacionamento, os factores que influenciam a política de preços são: (i) a localização concreta do estacionamento, (ii) a capacidade do parque e dos parques concorrentes, (iii) a oferta de estacionamento na zona, (iv) as alternativas ao transporte individual, (v) as políticas locais ou regionais de mobilidade, e (vi) o perfil predominante da procura.

100. Por conseguinte, face às características do mercado, a prática que vem imputada à Arguida não era também apta a produzir um efeito sensivelmente restritivo ao



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

nível da oferta de serviços de estacionamento pelas associadas da ANEPE que os exploram, pelo que não poderia nunca constituir uma infracção por objecto.

101. Acresce que, a referida prática não produziu quaisquer efeitos sensíveis uma vez que, sendo a concorrência entre as associadas marginal e sendo os ajustamentos escrutinados pelos concedentes, cada empresa do sector, associada ou não da Arguida, ajustou os tarifários em função do perfil de cada parque e da necessidade de manter o equilíbrio económico e financeiro de cada exploração e não em função de qualquer outra consideração, nomeadamente aproveitando a hipotética – e praticamente impossível – redução da incerteza relativamente às medidas que seriam adoptadas pelas demais empresas do sector.

102. Importa ainda ter presente que não estamos perante um caso de fixação de preços ou de condições de transação propriamente dito mas sim, textualmente, perante a mera indicação de uma estimativa de perdas de receita expressamente retiradas de uma simulação que portanto não pode em regra ser seguida tal qual. É este apenas o objeto da decisão em causa.

103. Importa pois reconhecer que nem a AdC nem o TCL provam e demonstram minimamente que a conduta da ANEPE tivesse por objeto restringir a concorrência, ou seja, que fosse apta a produzir esse efeito.

104. Embora o Tribunal *a quo* tenha, salvo o devido respeito, erradamente qualificado a prática imputada à Arguida como uma restrição por objeto, não se absteve de tecer algumas considerações quanto aos efeitos.

105. Contudo, para o preenchimento do tipo previsto no artigo 4.º da LdC, não releva a produção de quaisquer efeitos, mas apenas a produção de **efeitos restritivos da concorrência**, os quais não resultam dos factos provados.

106. Se uma associação efetuar um estudo demonstrativo de impacto de uma medida legislativa ou o encomendar a uma consultora nacional ou internacional com o propósito de ajudar os associados a explicar as consequências da medida e a razão dos



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

ajustamentos que achem necessário fazer junto de quem entenderem conveniente isso não é restringir a concorrência.

107. Em suma, não foi feita qualquer prova de qual o mercado relevante do produto e que tivesse dimensão geográfica nacional, em seguida não foi feita prova de que a correção das perdas estimadas na carta da ANEPE fosse apta a manter as receitas de exploração dos parques dos associados, por último, também não foi feita prova de que a generalidade dos municípios concedentes desconhecia as consequências do fracionamento do tarifário.

108. Aliás, o tema do mercado relevante, que já vimos ser essencial na aplicação do artigo 4º da LdC e do artigo 101º do TFUE não foi corretamente tratado na Sentença Recorrida, importando clarificar este conceito.

109. Assim, o mercado da gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos pode ser visto como um *two sided market*, isto é, um mercado que conhece dois níveis distintos de procura e de oferta¹.

110. A procura no **mercado da gestão** de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos é constituída pelas entidades públicas ou privadas que recorrem aos serviços das empresas gestoras de parques de estacionamento para disponibilizar lugares de estacionamento, em instalações construídas ou adaptadas para o efeito, ou na via pública, sendo a oferta constituída pelas empresas que gerem e exploram tais parques e zonas de estacionamento.

111. Nesta dimensão do mercado relevante do produto, as entidades gestoras dos lugares de estacionamento públicos são remuneradas pela gestão desses espaços pelas entidades públicas ou privadas que os disponibilizam, em conformidade com os respetivos contratos de concessão ou de constituição de direito de superfície.

112. No que respeita à procura no **mercado da exploração** de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos, esta é constituída pelos utilizadores dos parques e

¹ No mesmo sentido, vide Decisão da Comissão Europeia de 20.04.2007, *Eurazeo S.A. / Apcoa Parking Holdings GmbH*. (processo COMP/M.4613).



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

zonas de estacionamento, enquanto a oferta continua a ser feita pelas empresas que gerem e exploram tais parques e zonas de estacionamento público.

113. Neste caso, as empresas que gerem e exploram parques e zonas de estacionamento público são remuneradas pelos utilizadores desses locais, através do pagamento de tarifas.

114. Esta dupla dimensão do mercado relevante do produto é sugerida claramente da matéria de facto provada (*vide*, designadamente, pontos 32 a 34 da sentença recorrida, págs. 54 e 55), pelo que o Tribunal *a quo* não tinha como a ignorar.

115. Por outro lado, também na determinação do mercado relevante geográfico se verifica um manifesto erro na sentença recorrida, dado que o Tribunal *a quo* aferiu o mercado relevante, na vertente do produto, com recurso aparente à substituíbilidade da procura na ótica do utilizador/cliente/consumidor e, na vertente geográfica, atendeu ao alegado âmbito ou impacto da decisão da Arguida, o que não faz sentido.

116. Na vertente geográfica do mercado relevante, verifica-se que a dimensão retalhista do mercado relevante – o mercado da exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos, no qual são aplicadas as tarifas – não tem um âmbito geográfico nacional, uma vez que, para os consumidores, os parques de estacionamento de curta duração só se afiguram como alternativas viáveis se estiverem geograficamente muito próximos.

117. A dimensão do mercado de gestão de parques também o não tem, a nosso ver, posto que a interação concorrencial entre concedentes e potenciais concessionários da gestão e exploração de parques de estacionamento se desenvolve a nível local, de acordo com a área de influência de cada município.

118. Em suma, “a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas” coincide com a área de influência de cada parque, tratando-se, portanto, de um mercado local com



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

perímetros da ordem das centenas de metros nos casos de parques de curta duração, como é o caso.

119. Do ponto de vista da **procura**, a escolha de um determinado local de estacionamento depende do custo total associado a essa escolha, ou seja, da eventual tarifa cobrada (preço e duração do período de estacionamento), do custo resultante da procura do lugar de estacionamento (capacidade instalada e disponibilidade) e do custo de deslocação a pé até ao destino final (conveniência da localização)

120. Em primeiro lugar, a localização do parque ou zona de estacionamento é fundamental, visto que a tolerância dos condutores a deslocações a pé desde o local do estacionamento até ao destino (e o percurso inverso) é limitada, de acordo com o tempo da deslocação, a distância e a topologia da zona.

121. Caso exista mais do que uma oferta de estacionamento nas imediações do destino, em princípio, os consumidores escolherão aquela alternativa que implique a menor deslocação a pé, a menos que o preço cobrado torne alternativas mais distantes mais atrativas em termos de custos totais.

122. Por outro lado, são esses custos que determinam a escolha entre recorrer a um parque de estacionamento – onde é sempre paga uma tarifa pelo tempo de estacionamento mas, em princípio, não é difícil encontrar um lugar para estacionar – ou estacionar à superfície em zonas de estacionamento pagas ou não pagas, legal ou ilegalmente – onde a fiscalização é mais inconstante, mas o nível de saturação é geralmente mais intenso e, portanto, pode ser mais demorado estacionar.

123. Em qualquer caso, do ponto de vista da procura, os parques ou zonas de estacionamento só se afiguram como alternativas viáveis dentro de uma determinada circunscrição territorial bastante limitada de escassas centenas de metros.

124. Na perspetiva da **oferta**, é possível observar que o investimento em parques de estacionamento é disperso no espaço, estando as infraestruturas dispostas em núcleos (ou *lumps*) e não de uma forma contínua no território. Diversos estudos realçam que essa



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Létta G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

dispersão resultaria das economias de escala que caracterizam a exploração de parques de estacionamento, bem como da escala mínima de viabilidade do investimento.

125. As considerações precedentes não procuram comprovar que a ora Recorrente tem razão quanto à forma como caracterizou os dois mercados que presumivelmente poderiam ter sido afectados pela carta de 9.5.2006.

126. O único ponto que convém fazer é que nem a AdC nem, em especial, o Tribunal a quo fundaram a sua conclusão quanto à questão essencial da delimitação do mercado relevante do produto geográfico em qualquer matéria de facto dada como provada.

127. O carácter sensível da restrição da concorrência não foi tratado nem fundamentado autonomamente pelo Tribunal *a quo* e, na parte em que o referido Tribunal abordou esta matéria, fê-lo incorretamente.

128. A omissão em que incorreu o Tribunal *a quo*, porque violadora dos princípios da tipicidade e da presunção de inocência, bem como do dever de fundamentação que impedia sobre o mesmo, seria, só por si, suficiente para que a decisão recorrida fosse alterada e substituída por outra que absolvesse a Arguida, dada a ausência de um elemento objetivo do tipo contraordenacional previsto no artigo 4.º, n.º 1, da LdC, o que desde já se requer a V. Exas.

129. Sem prejuízo, cautelarmente, sublinha-se que, como se viu, nunca a prática que vem imputada à Arguida era apta a restringir de forma sensível a concorrência, ou efetivamente a restringiu.

130. Com efeito, atendendo ao que ficou dito relativamente à inexistência de aptidão para restringir a concorrência na relação concedente/concessionário, o carácter sensível da alegada restrição fica manifestamente prejudicado nesta dimensão do mercado.

131. Por outro lado, na medida em que a concorrência no mercado retalhista da oferta de lugares de estacionamento – que constitui, recorde-se, o mercado relevante neste processo – reveste um carácter local, é inexistente ou marginal será um paradoxo considerar-se que a mesma possa sequer ser afetada pela implementação de uma qualquer prática.



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

132. Acresce que a prática que vem imputada à Arguida também não produziu quaisquer efeitos em qualquer dimensão dos mercados em causa.

133. Ao nível do mercado retalhista da oferta de lugares de estacionamento – o real mercado relevante neste processo, repita-se – tal evidência é corroborada pela matéria de facto provada, de que resulta, precisamente, a inexistência de quaisquer efeitos na concorrência no mercado relevante ora em análise.

134. Não sendo a prática imputada à Arguida apta a produzir efeitos restritivos da concorrência, nem tendo ficado demonstrado que a mesma tenha produzido esses efeitos (nem podia!), não se verificou igualmente qualquer restrição sensível da concorrência.

135. Por conseguinte, também este elemento do tipo objetivo de ilícito não está preenchido, o que determina a absolvição da Arguida, que assim novamente se requer a V. Exas.

136. O Tribunal *a quo* errou ao concluir que a Arguida agiu “*com dolo directo*”.

137. De acordo com o disposto no artigo 1.º do RGCO, constitui contra-ordenação o facto que, preenchendo um tipo legal no qual se comine uma coima, seja ilícito e censurável.

138. Decorre desse conceito de contra-ordenação que, para condenar a Arguida teria de ter ficado demonstrado – sendo que não ficou, como vimos, – que o comportamento da Arguida se enquadra no tipo objectivo do ilícito em causa – no presente caso o tipo revelado pelo artigo 4.º da LdC – bem como que a Arguida teria agido culposamente e sem qualquer justificação para o efeito.

139. Na sentença recorrida, a prática imputada à Arguida é qualificada – erradamente, como também já vimos – como uma infracção por objecto.

140. Em matéria de culpa esta qualificação da infracção implica que, para haver uma condenação é necessário demonstrar, com factos, que o comportamento do agente é doloso, mas o Tribunal *a quo* ateve-se exclusivamente para o efeito a conclusões, constantes dos pontos 86 e 87 da matéria de facto provada.



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

141. Contrariamente ao que seria expectável e ao que determinam as regras da experiência comum, considerou o Tribunal *a quo* que a eliminação das expressões “*recomendação*” ou “*solução preconizada*” confirmaria que a Arguida pretendia efectivamente emitir uma recomendação, atenta “*a génese da carta de 9 de Maio de 2006*” (!) (*vide* sentença recorrida, págs. 91 a 94).

142. Acresce que o comportamento das empresas associadas era inevitável face ao tipo de custos decorrentes das alterações legislativas e que as conclusões divulgadas pela Arguida sobre a análise do DL 81/2006 eram, também elas, inevitáveis, o que não pode deixar de ter relevância para a apreciação da imputação subjectiva.

143. A divulgação da posição da Arguida deve assim ser enquadrada, apenas, no exercício das funções da referida Associação, nas quais se inclui a exposição de posições a um nível colectivo.

144. Não resultou, portanto, demonstrado que a atuação da Arguida tenha tido qualquer propósito de restringir a concorrência entre os seus associados, se é que esse resultado alguma vez esteve ao seu alcance.

145. A Arguida, enquanto associação empresarial, limitou-se a esclarecer os seus associados dos direitos que tinham, designadamente o de garantirem o equilíbrio económica e financeiro das concessões, e procurou avaliar tão objectivamente quanto possível os impactos do novo regime de fraccionamento tarifário – uma medida legislativa com sensível impacto negativo – e por isso mesmo gravosa – nas condições de exploração dos seus associados.

146. O facto de várias empresas terem feito alterações nos tarifários dos parques, conforme ficou demonstrado, deve-se apenas à absoluta necessidade de tais alterações terem lugar, em virtude da nova legislação e não a uma qualquer reacção concertada para o efeito.

147. Tratou-se, portanto, de um comportamento heterodeterminado e consequente, provocado por alterações legislativas que cumpria analisar pela associação do sector.



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

148. Também este aspecto cai no plano da liberdade de associação: se os associados da Arguida não pudessem discutir interna e abertamente os seus receios e os seus interesses, não fazia sentido fazerem parte de uma associação, cujo cerne é exatamente servir de fórum de discussão dos associados.

149. Ora, essa discussão manteve-se dentro do respeito pelo direito da concorrência uma vez que não deu lugar a qualquer coordenação do respectivo comportamento.

150. Do mesmo modo, se a própria associação não puder pronunciar-se sobre alterações legislativas, divulgar essa pronúncia e verificar se a lei estava a ser cumprida, ficaria esvaziada de funções.

151. Ciente do exposto, a Arguida estava longe de sequer ter a consciência de que poderia estar a atuar contra as regras da concorrência, na medida em que regeu o seu comportamento pelos princípios de atuação associativos e sempre tendo em consideração a sua essência e função enquanto promotora dos interesses dos associados.

152. Em suma, não ficou demonstrado que a Arguida tenha alguma vez representado que a sua conduta pudesse enquadrar-se de algum modo no disposto no artigo 4.º da LdC, ou sequer considerado os seus comportamentos idóneos para o efeito e que tenha pretendido violar aquele preceito legal.

153. Pelos motivos expostos, o entendimento do Tribunal *a quo* quanto ao elemento subjectivo não pode ser aceite, visto que viola frontalmente o princípio *nulla poena sine culpa*, consagrado nos artigos 1.º e 2.º do RGCO, bem como os princípios constantes do artigo 8.º do mesmo Regime Geral.

154. Não estando verificado o tipo subjetivo de ilícito consagrado no artigo 4.º da LdC, não pode a Arguida ser condenada nos moldes em que o foi pelo Tribunal *a quo*.

155. A Sentença deve revogada por conter uma errónea interpretação e aplicação do disposto no artigo 43.º n.º 1 da LdC.

156. O artigo 43.º n.º 1 da LdC é inconstitucional por violação dos artigos 18.º n.º 2 e 46.º da CRP, quando interpretado segundo o entendimento de que as discussões



Segurança

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal-Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

meramente internas em fóruns associativos sobre matéria relacionada com os fins da própria associação poderão ser valoradas como restrições ao direito da concorrência, na medida em que tal entendimento constitui uma restrição inadmissível da liberdade de associação e da liberdade de expressão dentro da mesma associação.

157. A ANEPE tem consciência do que o artigo 46.º n.º 2 da CRP estatui e que tal preceito constitucional terá de entender-se, obviamente, dentro da lógica global do sistema jurídico, pelo que “[n]ão existe uma imunidade ou privilégio de associação” que coloque as associações fora das proibições e limites do ordenamento jurídico globalmente considerado, mas não aceita “uma penalização associativa, ou seja, condições ou requisitos mais exigentes para as associações, só por o serem”.

158. O direito de associação constitui-se como um direito complexo, com uma vertente interna, relacionada com a autoconformação e auto-organização da associação, a que acresce uma vertente externa, relativa à livre prossecução dos seus fins e é com base neste entendimento que terá sempre de considerar-se a atuação da ANEPE, naquilo que é a formação estritamente interna do seu comportamento, e a sua expressão externa, no cumprimento dos seus fins e objetivos, i.e., no desenvolvimento da atividade legítima da associação, sob pena de violação do disposto nos artigos 17.º e 18.º da CRP e da consequente inconstitucionalidade do artigo 43.º n.º 1 da LDC também por esta via.

159. A promoção dos interesses profissionais dos associados junto das autoridades públicas através da intervenção em procedimentos legislativos, não só é considerada uma função nuclear das associações de empresas, como é amplamente encorajada pelas autoridades, incluindo pelas autoridades da concorrência, na medida em que se reconhece que as associações estão particularmente bem posicionadas para prestarem informação essencial relacionada com as implicações que quaisquer alterações ao quadro legislativo que regulamenta a atividade terão para o setor.

160. E isto, quer se trate de proactivamente persuadir as autoridades públicas a adotar uma dada medida, quer se trate de reactivamente evitar a sua aprovação.



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

161. É normal e salutar a participação das associações nos processos legislativos, mas as atividades da ANEPE que a AdC e agora o Tribunal *a quo* consideram como a prática de um ilícito traduzem o legítimo exercício de um conjunto de atividades auxiliares ou instrumentais ao fim próprio principal de uma associação de empresas que tem por objeto promover a defesa dos interesses profissionais dos associados.

162. Os factos resultantes do processo permitem concluir facilmente que, diversamente do que se sugere na NI, na DI, e agora na Sentença, a ANEPE não procurou reduzir ou limitar a autonomia dos seus membros na tomada de decisões que o direito da concorrência exige que sejam adotadas de forma independente, na prossecução individual, por cada empresa, do seu objeto social.

163. A ANEPE não convidou os associados a deixarem de apurar diretamente os seus custos, de forma a determinarem individualmente as suas tarifas' nem foi proposto, especificado, sugerido ou sequer mencionado, qualquer aspeto relativo ao nível desejável das tarifas, das receitas ou da margem de lucros dos associados' sendo que a ANEPE não identificou qualquer custo adicional, que tenha encorajado os associados a transferir para os clientes'

164. A ação da ANEPE não limitou de modo algum a possibilidade de os associados concorrerem entre si com base em qualquer parâmetro concorrencial relevante, ou sequer criou qualquer desincentivo ou pressão neste sentido.

165. As empresas conservaram total autonomia na definição dos ajustamentos que mais convinham ao perfil de cada parque que exploravam e foram elas próprias a observar à Associação que não era possível generalizar os impactos do DL 81/2006 para além do grosseiro e óbvio.

166. Nenhum elemento constante do processo permite concluir que a ANEPE pretendeu substituir a sua própria apreciação àquela que cada empresa deveria realizar. Pelo contrário, vários elementos atestam que cada empresa manteve intacta a sua total liberdade para realizar os seus próprios cálculos.



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

167. A ANEPE limitou-se, num quadro de alteração legislativa no qual foi chamada a pronunciar-se e que estava diretamente relacionado com o negócios das suas associadas, a promover a circulação de uma carta a divulgar a posição pública da Associação, dentro do âmbito da normal (e legal) liberdade de expressão e de opinião, e em que esclarecesse aos seus membros o que, dentro das limitações das novas alterações legislativas, seria permitido ou não fazer-se.

168. Em face do exposto, deveria o Tribunal *a quo* ter concluído que a ANEPE não ultrapassou a sua missão de representação dos interesses profissionais dos seus associados como o fazem as associações como regra.

169. A condenação da ANEPE pela AdC e agora pelo Tribunal *a quo* funda-se num erro sobre a conformação dos factos em causa e sobre a atuação da ANEPE, tendo a AdC e o Tribunal construído uma teoria com base na qual sancionou a normal atividade de uma Associação, sem conseguir na prática comprovar o preenchimento do tipo contraordenacional em causa.

170. Termos em que o artigo 43.º n.º 1 da LdC é inconstitucional por violação dos artigos 18.º n.º 2 e 46.º da CRP, quando interpretado segundo o entendimento da AdC nos termos do qual as discussões meramente internas em fóruns associativos e/ou a expressão pública de uma posição coletiva dos associados poderão ser valoradas como restrições ao direito da concorrência, na medida em que tal entendimento constitui uma restrição inadmissível da liberdade de associação e da liberdade de expressão como associação dentro e fora da associação.

171. A Sentença deve ser revogada, porquanto o Tribunal *a quo* interpretou erradamente o disposto no artigo 3.º n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, ao ter considerado o mercado relevante de nível nacional e não ter aplicado o artigo 4.º da LdC em simultâneo com o artigo 101.º do TFUE.

172. Tendo o Tribunal *a quo* dado como assente que o mercado afetado tem âmbito nacional, deveria ter aplicado, por força do artigo 3.º n.º 1 do Regulamento (CE) n.º



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

1/2003, não apenas o artigo 4.º da LdC, mas simultaneamente o artigo 101.º do TFUE, devendo a aplicação da LdC ser compatível com a aplicação do artigo 101.º do TFUE.

173. Não o tendo feito, tal constitui uma errada interpretação do artigo 3.º n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, devendo, em consequência a Sentença ser revogada.

174. Caso o TRL tenha dúvidas quanto à bondade deste entendimento, e posto que a sua decisão não é susceptível de recurso ordinário, deverá, nas condições previstas no artigo 267º do TFUE pedir ao TJUE que se pronuncie sobre a interpretação do artigo 101º do TFUE e do artigo 3º do Regulamento (CE) nº1/2003 sugerindo-se que o faça nos seguintes termos:

(1) Deve o artigo 101º do TFUE ser interpretado no sentido de que é pela sua natureza susceptível de afectar sensivelmente o comércio entre os Estados-membros uma decisão de uma associação de empresas que exploram parques de estacionamento em todo o território de um Estado-membro e nos termos da qual se lhes recomenda determinados ajustamentos ao tarifário praticado nos referidos parques de estacionamento?

(2) No caso de a resposta à primeira questão ser afirmativa, deve o artigo 101º do TFUE ser aplicado em simultâneo com o direito da concorrência nacional?

(3) No caso de a resposta à segunda questão ser afirmativa deve a decisão da autoridade da concorrência nacional ou do tribunal que sobre a mesma se pronuncie considerar-se viciada pela circunstância de o artigo 101º do TFUE não ter sido aplicado?

(4) No caso de a resposta à terceira questão ser afirmativa deve o tribunal nacional retirar as devidas consequências impedindo a que a decisão da autoridade da concorrência nacional ou do tribunal que sobre a mesma se pronuncie produza efeitos enquanto o referido vício não tiver sido sanado de acordo com as regras de procedimento do referido Estado-membro?

(5) Caso a resposta à quarta questão seja afirmativa, deve a decisão da autoridade da concorrência nacional ou do tribunal nacional que sobre a mesma se pronuncie verificar se, em concreto, estão preenchidos os requisitos de que depende a violação do artigo 101º do TFUE por parte de uma associação de empresas?



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Nestes termos, e sempre com o mui douto suprimento de V. Exas., deverá ser dado provimento ao presente recurso e, em consequência, **deverá ser revogada a Sentença Recorrida e a Arguida ANEPE absolvida, assim se fazendo a costumada Justiça!**" (fim de transcrição).

3. Contra-alegou a Autoridade da Concorrência (vd. fls. 17505 e segs.) formulando as seguintes conclusões:

A. O presente Recurso só pode versar sobre matéria de direito, razão pela qual, face aos fundamentos expendidos pelas Recorrentes, não podem estas ver apreciadas pelo Tribunal ad quem as questões suscitadas na motivação dos recursos.

B. Na Sentença recorrida encontram-se integralmente explicitados os fundamentos de facto, com a plena explicitação das provas documentais e testemunhais que dispendeu na motivação, bem como o exame crítico e valoração dos elementos probatórios.

C. Encontram-se expostos na Sentença os fundamentos de direito relevantes para a decisão, permitindo ao seu destinatário, ciente dos fundamentos, decidir conformar-se com os mesmos ou proceder à sua impugnação.

D. Os factos provados na Sentença suportam o preenchimento dos elementos subjetivo do tipo, bem como o Tribunal a quo procedeu a uma análise de cada uma das nulidades alegadas pela Recorrente em cotejo com a decisão da AdC.

E. O Tribunal a quo pode colmatar eventuais lacunas quanto aos factos e quanto às provas, porquanto tem o poder-dever de investigar autonomamente para a descoberta da verdade material.

F. A Recorrente faz uma interpretação à sua medida dos artigos 448.º e ss. da mesma Decisão da AdC, ao alegar que a conclusão constante dos pontos 86 e 87 da Sentença não constavam do elenco dos factos provados nem das conclusões da Decisão, porquanto e não obstante a utilização de uma nomenclatura diversa, encontra-se patente



Segundo

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

nos referidos artigos que a ANEPE tinha perfeito conhecimento e consciência das consequências decorrentes da divulgação de uma comunicação contendo as expressões “recomendação” ou “solução preconizada” e, sem prejuízo de atingir o mesmo fim — efetivamente, recomendando a adopção de uma solução preconizada para a adaptação dos preçários das empresas associadas ao Decreto-Lei n.º 81/2006 —, altera o texto da comunicação de 9.5. 2006.

G. À Recorrente não foi imputada nenhuma infracção, na Nota de Ilícitude e, posteriormente, na Decisão, por outros factos que não os que lhe foram transmitidos de forma clara e exaustiva na Nota de Ilícitude, em moldes de a Recorrente poder, querendo, exercer o contraditório e o direito de audiência e defesa, como se encontra demonstrado quer pela extensão quer pelo teor na sua defesa escrita no Recurso de Impugnação.

H. A Recorrente compreendeu bem a totalidade dos factos que lhe foram imputados e os elementos de prova em que os mesmos foram sustentados e a correspondente qualificação jurídica, encontrando-se plenamente cumprido o requisito da possibilidade de a Recorrente intervir e contraditar os factos e as provas nos quais se baseou a imputação da infracção na Nota de Ilícitude e, posteriormente, na condenação que lhe foi imputada.

I. A Recorrente teve igualmente oportunidade de apresentar elementos probatórios com a sua Defesa escrita e de requerer diligências complementares de prova, mas entendeu não o fazer.

J. Resulta claro que a Recorrente quer quanto à Nota de Ilícitude, quer quanto à Decisão e agora quanto à Sentença discorda da interpretação que a AdC e o Tribunal a quo fazem dos factos.

*K. Não resulta da lei, nem da jurisprudência que a AdC está limitada a reproduzir, na Decisão, *ipsis verbis*, o conteúdo da Nota de Ilícitude, mas apenas que desta têm que constar os elementos essenciais relativos ao cometimento da infração e aos seus autores, acrescidos do respectivo enquadramento jurídico*



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

L. Não resulta da Lei a obrigatoriedade da constituição de arguido, para que a ANEPE fizesse valer, v.g., o seu direito ao silêncio, e isto porque não há regra específica nas disposições processuais contraordenacionais da Lei n.º 18/2003, ou no RGCO, que imponha a constituição de arguido no âmbito do processo contraordenacional.

M. Nos termos dos artigos 57.º e 58.º do CPP, aplicáveis, devidamente adaptados, ao processo contraordenacional: nos termos de tais normativos, assumirá qualidade de arguido aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal; ora, no processo contraordenacional, tal aplicação imporá que a dedução de uma acusação seja notificada ao acusado, impondo-se nesse momento a sua constituição como arguido.

N. Os elementos solicitados à ANEPE, bem como a audição do seu legal representante decorreram no âmbito de um procedimento contraordenacional, não tendo estado em causa, em momento algum, um procedimento de supervisão, inexistindo qualquer violação do princípio da transparência e desrespeito pelos direitos da Recorrente.

O. A Sentença recorrida satisfaz mais do que suficientemente o dever legal de fundamentação, expressamente previsto nos artigos 97.º, n.º 5, e 374.º, n.º 2, ambos do CPP, aplicáveis ex vi artigo 41.º do RGCO, por remissão dos artigos 39.º e 52.º da Lei n.º 18/2003.

P. O Tribunal a quo procedeu à descrição dos factos provados e não provados e a respetiva fundamentação, bem como ao tratamento das questões de direito, tendo apreciado e valorado criticamente o comportamento da Recorrente, analisou a gravidade da infração, discorreu sobre a medida da coima e sanção acessória e procedeu ao enquadramento legal.

Q. No que se refere ao acesso a todos os documentos de prova constantes dos autos pela Recorrente, o Tribunal a quo explicita com rigor, a fls. 36 da Sentença, que a ANEPE podia ter verificado, pela mera consulta do processo quando passou a ter livre



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

acesso ao mesmo, solicitar elementos e esclarecimentos à AdC sobre os elementos do processo.

R. O Tribunal, tal como a AdC o tinha feito considerou que tendo a Recorrente tido um comportamento totalmente passivo nesta matéria desde que foi notificada da Nota de ilicitude, o facto de vir agora suscitar esta questão raia a violação dos seus deveres de diligência e boa fé.

S. O documento apresentado pela Recorrente no decurso da audiência de julgamento, sob o n.º 5, um e-mail de 20.5.2008 e outro e-mail de resposta com a mesma data e que versa sobre um esclarecimento quanto à taxa de inflação utilizada nas atualizações dos tarifários, não tem, nem pode ter, o alcance que a Recorrente pretende emprestar-lhe.

T. Esta documentação consta, como como sempre constou, do processo à qual a Recorrente teve pleno acesso, quer através da consulta do processo, quer através do pedido de cópias do mesmo. Se a Arguida não utilizou tais dados ou documentação para exercício do seu direito de defesa, tal apenas poderá ser imputável à própria Arguida e não à AdC, não tendo sido violado ou prejudicado o seu direito de defesa.

U. Conforme se encontra enunciado a fls. 83 e ss. da Sentença, o Tribunal a quo no que concerne à fundamentação da matéria de facto provada, indicou as provas, documentais e testemunhais, que empregou para formar a sua convicção.

V. Na Sentença encontram-se perfeitamente explicitadas as provas testemunhais e documentais em que o Tribunal fundamentou o juízo decisório.

W. A Recorrente, confunde, intencionalmente, para procurar fundar a sua razão, vícios da sentença com a discordância da decisão proferida por não lograr ver a tese por si sustentada, na Impugnação da Decisão da AdC, vertida na Sentença.

X. A Sentença, por remissão, enumerou alguns dos factos provados alegados na impugnação que entendeu relevantes para a decisão, cumprindo a exigência do disposto no artigo 307.º do CPP, através de uma total confirmação do anteriormente decidido, tendo indicado as razões pelas quais validou a conclusão fáctica e jurídica em apreço.



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal, Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Y. A Recorrente confunde impugnação da Decisão da AdC com impugnação de factos e/ou documentos que não foram controvertidos por si ou pela AdC, i.e., por qualquer uma das partes, sendo que a factualidade constante da Decisão impugnada não foi posta em causa pela Recorrente, sendo certo que essa mesma factualidade decorre dos documentos juntos aos autos.

Z. O Tribunal a quo não incorreu em qualquer erro, e muito menos erro notório de apreciação da prova. Simplesmente, fez uma apreciação da prova que desagrade à Recorrente e deu como provados factos que a Recorrente pretende afastar.

AA. Não só não pode retirar-se do simples facto de ter suprimido a expressão "recomendar" da comunicação de 9.5.2006 que tal deixaria, materialmente, de constituir uma recomendação e que a intenção da ANEPE seria a de não recomendar, como há factos provados que apontam em sentido contrário.

BB. Não existiu, igualmente, qualquer violação do princípio da presunção de inocência nem do in dubio pro reo.

CC. No processo contra-ordenacional o objeto do recurso é fixado em função do conteúdo do articulado de impugnação, daí resultando que não há que produzir prova sobre os factos que o arguido não questiona.

DD. Não tem razão a Recorrente quanto à alegada errónea aplicação do direito aos factos.

EE. A estratégia da Recorrente passa por tentar reduzir a sua conduta, (i) à sua intervenção ainda no processo legislativo (parecer sobre o projeto de diploma remetido ao Governo a 22.12.2005) e (ii) à carta oficial circular de 9.5.2005;

FF. Procurando, desta forma, convenientemente, afastar todos os outros factos dados como provados pelo Tribunal a quo, em particular, os que constam dos pontos 46 a 60 da Sentença recorrida (retomados a pp. 92 e 93 da Sentença recorrida), mas também os que constam dos pontos 62 e ss. da mesma Sentença.

GG. Se a comunicação formal da ANEPE (carta de 9.5.2006) é a expressão pública da posição desta associação, mas não esgota o seu comportamento neste domínio.



Segura

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

HH. A recomendação ou solução preconizada anteriormente comunicada era já do conhecimento das empresas associadas que iriam ser afetadas com a vigência do novo regime legal, as quais haviam já discutido os prejuízos "inevitáveis" em que iriam incorrer e que tinham tido acesso não só às estimativas de prejuízos elaboradas a nível da associação, como a soluções preconizadas para a sua compensação.

II. As recomendações podem verificar-se através dos mais variados meios, apresentar os mais variados teores, mais ou menos explícitos quanto ao seu objeto e conteúdo.

JJ. A aceção de decisão de associação de empresas constante do artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003 abrange necessariamente todo e qualquer comportamento que traduza uma orientação emitida por uma associação, seja qual for a forma externa que possa concretamente revestir, desde que tenha a susceptibilidade de exercer uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no mercado em causa.

KK. Determina a jurisprudência comunitária que cada concorrente tem de determinar de forma autónoma a sua política comercial e que "a troca de informações entre concorrentes é susceptível de infringir as regras da concorrência quando reduz ou suprime o grau de incerteza quanto ao funcionamento do mercado em causa, tendo por consequência a restrição da concorrência entre empresas".

LL. A exigência de autonomia da política de qualquer operador económico, que é inerente às disposições relativas à concorrência, opõe-se rigorosamente a qualquer contacto direto ou potencial que possa influenciar o comportamento no mercado de um concorrente atual ou potencial ou desvendar a tal concorrente comportamento que ele próprio decidiu ou planeia ter no mercado.

MM. Quer isto dizer que a decisão da ANEPE — recomendando condições de definição de preços e implementando uma coordenação dos comportamentos das associadas quanto às propostas que iriam apresentar às entidades concedentes e, finalmente, comunicando a tais concedentes a necessidade de reajustamento dos tarifários com vista a garantir o equilíbrio financeiro das concessões, garantindo assim que as



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

empresas associadas beneficiam de uma menor pressão concorrencial na definição das alterações de preços propostas — é, pelo seu objeto, uma infração ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003.

NN. Para além de ser concretamente adequada a impedir, falsear ou restringir a concorrência — tratando-se, como se trata, de uma decisão associativa com vista à coordenação das políticas de preços das empresas associadas — a decisão da ANEPE foi acolhida, pelo menos, pelas associadas referidas, que a adoptaram nas suas respectivas políticas comerciais, o que demonstra uma afectação efetiva da estrutura concorrencial do mercado em causa, ao condicionar-se claramente a autonomia dos operadores económicos na definição da sua política comercial e ao pôr em causa elementos tipicamente concorrenciais na definição dos preços propostos pelas empresas concessionárias às entidades concedentes.

OO. No caso concreto, não se verifica a necessidade de determinar um mercado geográfico distinto do mercado nacional: está em causa um serviço homogéneo (a construção e/ou exploração de um ou mais parques e zonas de estacionamento), normalmente dependente (no caso de entidades concedentes públicas) de procedimentos concursais de escolha do concessionário que obedecem às mesmas regras e aos quais podem submeter propostas quaisquer empresas que preencham os requisitos mínimos de submissão, não se verificando condições diferentes de concorrência na oferta e procura de serviços de gestão de parques de estacionamento que justifique uma definição mais restritiva da dimensão geográfica do mercado relevante, para efeitos do presente processo.

PP. Por outro lado, ainda que se admitisse a existência de um mercado geográfico mais amplo, ou mais restrito, que o mercado nacional, tal seria irrelevante para a conclusão e decisão do presente processo; independentemente da determinação concreta de tal mercado geográfico, o Tribunal concluiu pela verificação de comportamentos restritivos da concorrência imputáveis à Arguida, ora Recorrente, que abrangem todo o mercado nacional.



Segura

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

QQ. Finalmente, não poderá deixar de se sublinhar que a definição de mercados relevantes, muito embora importante na determinação dos efeitos concorrenciais dos comportamentos das empresas envolvidas e, em particular, nas operações de controlo de concentrações, não é necessário ou indispensável em processos de práticas restritivas da concorrência, em especial perante acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas com objectivo restritivo da concorrência, nomeadamente através da fixação, direta ou indireta, de preços ou de outras condições que permitam a sua determinação.

RR. A estratégia da Recorrente passa por tentar, nesta sede, pulverizar os mercados relevantes, tentando fazer crer que, para que fosse possível uma condenação por violação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, seria necessário provar que a conduta da ANEPE teria tido "efeitos" em vários mercados locais ou regionais.

SS. Mais: o que parece pretender a Recorrente é que apenas estaríamos perante um ilícito anticoncorrencial caso fosse feita prova de que todas as empresas associadas teriam feito exactamente o mesmo ajustamento de preços em todo e cada parque de estacionamento por si gerido.

TT. O mercado relevante é nacional e não local ou regional, como pretende fazer crer a Recorrente.

UU. Independentemente da determinação concreta de tal mercado o Tribunal concluiu pela verificação de comportamentos restritivos da concorrência imputáveis à Recorrente em todo o território nacional.

VV. O enfoque foi e deve ser colocado na relação entre as empresas operadoras e as entidades concedentes.

WW. Com efeito, é aí que se determinam, entre outras condições, os preços de acesso (tendo em conta, como referido, factores concorrenciais, mormente, os preços praticados nos parques de estacionamento concorrentes).



Segura

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

XX. Foi a esse nível (na relação concedente/concessionário) que a Recorrente garantiu uma menor pressão concorrencial na definição das alterações dos preços e das propostas.

YY. Foi a esse nível que se verificou a prática restritiva da concorrência da Recorrente.

ZZ. A questão central não é se a Arguida, ora Recorrente, tinha intenção de violar a lei; a questão que se coloca é se, sabendo ou devendo saber que as suas condutas eram proibidas por lei, quis realizar todos os atos necessários à prática dos factos que preenchem a infracção (ou, pelo menos, teria podido prever a realização da infracção como consequência necessária ou possível das suas condutas, conformando-se com esta realização).

AAA. Ora, a Recorrente não podia deixar de conhecer as obrigações que lhe incumbem à luz do Direito da Concorrência, pelas quais qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado, impondo rigorosamente a abstenção de qualquer iniciativa das associações de empresas que, procurando substituir-se às empresas associadas, ponha em causa tal autonomia comercial, substituindo-a por mecanismos de cooperação ou coordenação de condutas comerciais.

BBB. Mais: o próprio Tribunal a quo deu como provado que a Recorrente conhecia essas regras (p. 87 da Sentença recorrida).

CCC. A conduta, reconhecida pela ANEPE e dada como provada na Sentença recorrida, confirma que a Recorrente, tinha perfeito conhecimento e consciência das consequências decorrentes da divulgação de uma comunicação contendo as expressões "recomendação" ou "solução preconizada" e, sem prejuízo de atingir o mesmo fim — efetivamente, recomendando a adopção de uma solução preconizada para a adaptação dos preços das empresas associadas ao Decreto-Lei n.º 81/2006 —, altera o texto da comunicação de 9.5.2006.



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

DDD. O Tribunal a quo não deixou de ponderar a alegada violação do direito constitucional de associação. Simplesmente, chegou a uma conclusão com a qual a Recorrente discorda.

EEE. A admitir a argumentação da Recorrente, qualquer associação poderia invocar o seu objeto estatutário para contornar as suas obrigações legais e escusar-se ao cumprimento das regras da concorrência.

FFF. A atuação das associações empresariais tem limites que decorrem da legislação que enquadra a sua atividade, e na qual se deve incluir o direito da concorrência. Nesta perspectiva, nem os estatutos das associações empresariais, nem as suas iniciativas, devem instituir ou potenciar limitações ou constrangimentos à livre determinação das opções dos associados relacionadas com a atividade económica que exercem. Tão-pouco podem as associações ser o instrumento de uma concertação condenável à luz do ordenamento jusconcorrencial.

GGG. Nem aplicação do artigo 101.º do TFUE é automática, como parece pretender a Recorrente, nem existem, no presente processo, fatores objetivos que permitam prever, com grau de probabilidade suficiente, que a recomendação da ANEPE pudesse ter uma influência na estrutura do comércio entre Estado-Membros, designadamente, porque tivesse por efeito segmentar o mercado.

HHH. Não tendo aplicação nos presentes autos o artigo 101.º do TFUE, não está em causa a interpretação dos Tratados, não sendo o TJUE competente para decidir a título prejudicial nos termos do artigo 267.º do TFUE.

NESTES TERMOS,

E nos melhores de Direito que doutamente se suprirão:

- a) Não deve ser admitido o recurso interposto pela Recorrente; ou, caso assim não se entenda,*
- b) Deve ser julgado integralmente improcedente o recurso ora interposto e, consequentemente, mantida integralmente a Sentença recorrida;*



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Apenas assim se fazendo JUSTIÇA" (fim de transcrição).

4. Respondeu também ao recurso da ANEPE o Ministério Público (vd. fls. 17502 e segs.) extraíndo da sua motivação as seguintes conclusões:

"1º - A sentença mostra-se correcta e adequada de harmonia com os preceitos legais aplicáveis;

2º - A sentença impugnada não violou quaisquer das normas indicadas pela Recorrente.

Termos em que a douta sentença recorrida não deverá ser revogada.

Vossas Excelências, porém, apreciarão e decidirão como for de justiça." (fim de transcrição).

5. Finalmente, respondeu a arguida e recorrente ANEPE às contra-alegações da Autoridade da Concorrência nos seguintes termos (transcrição na parte ora relevante):

"A ALEGADA (IM)PROCEDÊNCIA MANIFESTA DO RECURSO DA ANEPE

10. No capítulo II da sua Resposta ao recurso da ANEPE, sob o título "Dos Pressupostos do Recurso", a AdC vem invocar que a Recorrente "nas suas Alegações de Recurso, por diversas vezes fundamenta a sua pretensão com base em factos dados como não provados na primeira instância ou em interpretações dos factos diversas daquelas que estiveram na formação da convicção do julgador, como veremos adiante a propósito das diversas questões suscitadas por esta" (cfr. artigo 14 da Resposta da AdC).

11. A título "exemplificativo", a AdC elenca algumas questões suscitadas na motivação de recurso da ANEPE, qualificando-as como "pura matéria de facto":



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

(i) *“a tentativa extemporânea da ANEPE em insistir na questão do teor da carta de 9.5.2006 e na inexistência na mesma da expressão “recomendação””;*

(ii) *“os argumentos invocados pela ANEPE para justificar o seu entendimento relativamente ao mercado do produto e geográfico afetado”;* e

(iii) *“a argumentação da ANEPE no sentido de que o seu comportamento in casu se subsume no desenvolvimento da atividade legítima da associação”.*

12. *Alega a AdC que correspondendo, no seu entendimento, tais questões a pura matéria de facto, as alegações de recurso apresentadas pela ANEPE não estariam “em conformidade com as exigências legais”, procurando de tal retirar – por invocação do artigo 420.º n.º1 alínea a) do CPP – que a (suposta) inclusão de matéria de facto no recurso apresentado pela ANEPE deveria conduzir à rejeição do mencionado recurso, por ser manifestamente improcedente.*

13. *Não pode aceitar-se o alegado (e pretendido) pela AdC no capítulo II da sua Resposta, na medida em que a tese da Autoridade, por um lado, parte de um pressuposto erróneo quanto ao âmbito do recurso para o Tribunal da Relação em processos de contraordenação e, por outro lado, deturpa os argumentos utilizados pela ANEPE no seu recurso.*

14. *Com efeito, a AdC esquece que, embora limitado à matéria de Direito, nos termos do artigo 75.º n.º 1 do Regime Geral das Contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (“RGCO”), o recurso para o Tribunal da Relação em processo de contraordenação pode também ter os fundamentos previstos no n.º 2 do artigo 410.º do CPP aplicável ex vi artigo 41.º n.º 1 do RGCO.*

15. *Neste sentido, dispõe o n.º 2 do artigo 410.º do CPP que “mesmo nos casos em que a lei restrinja a cognição do tribunal de recurso a matéria de direito, o recurso pode ter como fundamentos, desde que o vício resulte da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras de experiência comum:*

a) A insuficiência para a decisão da matéria de facto provada;

b) A contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

decisão;

c) *Erro notório na apreciação da prova.* " (sublinhado e destacado nossos)

16. A aplicação do disposto no artigo 410.º do CPP aos recursos em processos de contraordenação é pacífica, destacando-se, a título de exemplo, o Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Évora, em 3.2.2004, no processo n.º 2720/03-3 (disponível em www.dgsi.pt), no qual se concluiu que "nos termos do art. 75º nº1 do DL nº 433/82, de 27/10, nos processos de contra-ordenação, a segunda instância apenas conhece da matéria de direito, sem prejuízo de poder conhecer dos vícios referidos no art. 410º do CPP" (sublinhado e destacado nossos).

17. No mesmo sentido, decidiu o mesmo Tribunal, em Acórdão de 13.6.2006, proferido no processo n.º 242/06-1 (também disponível em www.dgsi.pt) que "em recurso interposto em processo contra-ordenacional para o tribunal da Relação, este pode conhecer oficiosamente dos vícios previstos no nº 2 do artº 410º, do C. de Processo Penal"

18. e também o Tribunal da Relação de Lisboa; no Acórdão de 11.1.2007, proferido no processo n.º 10518/06 (igualmente disponível em www.dgsi.pt).

19. Ora, o recurso da ANEPE circunscreve-se aos limites legais previstos, em processo de contraordenação, para o recurso dirigido ao Tribunal da Relação nos termos acima explicitados,

20. tendo a Arguida especificado no seu recurso os fundamentos do mesmo,

21. baseando-o nos erros do Tribunal a quo na decisão das questões prévias, nas nulidades da Sentença Recorrida, na insuficiência da matéria de facto provada para a decisão de Direito, nos erros notórios na apreciação da prova e violação das regras de direito probatório e na errónea aplicação do Direito aos factos.

22. Atento o exposto, a invocação de tais fundamentos de recurso pela ANEPE não poderá considerar-se, como pretende a AdC, em desconformidade com as exigências legais.

23. Sem prejuízo do exposto, sempre se dirá que os "exemplos" apresentados pela AdC, como, supostamente, correspondendo a alegações de matéria de facto, são na



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

verdade exemplificativos do respeito pela ANEPE das regras e exigências legais em matéria de recursos para o Tribunal da Relação.

24. *No que respeita ao primeiro exemplo (cfr. artigo 17.º da Resposta da AdC), constata-se que "a questão do teor da carta de 9.5.2006 e na inexistência na mesma da expressão "recomendação" foi abordada pela ANEPE no seu recurso na parte em que alegou e fundamentou a circunstância de o Tribunal ter feito uma errónea aplicação do Direito aos factos (cfr. ponto 2 do Capítulo VIII),*

25. *vício que respeita diretamente a matéria de Direito.*

26. *Obviamente não pode a AdC pretender que a interpretação e aplicação das regras jurídicas seja feita sem recurso a menções à matéria de facto, na medida em que aquelas encerram, segundo a técnica da espiral hermenêutica, um círculo permanente entre o facto e a norma.*

27. *Os argumentos constantes do recurso da ANEPE relativamente ao facto de inexistir na carta de 9.5.2006 a expressão "recomendação" respeitam tão-só a este processo de interpretação do Direito e da sua subsequente aplicação (correta) aos factos,*

28. *não constituindo a impugnação de qualquer facto que tenha sido dado como provado pelo Tribunal, dado que, em boa verdade, o Tribunal e a própria AdC sempre reconheceram que a expressão recomendação não constava da mencionada carta.*

29. *Quanto ao segundo exemplo indicado pela AdC (cfr. artigo 18.º da Resposta da AdC), relativo ao mercado do produto e geográfico afetado, não pode a ANEPE concordar que tais questões revistam a natureza de matéria de facto.*

30. *Com efeito, a definição do mercado geográfico e do produto relevantes respeita à interpretação e aplicação das regras jusconcorrenciais, constituindo uma especificidade destas mesmas regras.*

31. *Como já explicitado supra, a interpretação e a aplicação do Direito não podem ser feitas sem alusão à matéria de facto, não sendo, naturalmente, possível interpretar e fazer aplicar as regras para definição dos mercados relevantes sem fazer apelo a matéria de facto, o que não significa que os factos dados como provados na*



Segura

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Sentença estejam a ser impugnados ou colocados em causa no recurso da ANEPE, para além dos limites do artigo 410.º n.º 2 do CPP.

32. *O terceiro e último exemplo indicado pela AdC (cfr. artigo 19.º da Resposta da AdC) respeita à argumentação pela ANEPE de que o seu comportamento in casu se subsume no desenvolvimento da atividade legítima da associação.*

33. *Não vislumbra a ANEPE em que medida é que tal alegação poderia, mesmo na tese da AdC, corresponder à invocação ou impugnação de matéria de facto que não poderia ser conhecida pelo Tribunal da Relação.*

34. *É que a invocação de que os factos tal como são dados como provados na Sentença se inserem, ou encontrariam a sua justificação, no exercício legítimo da liberdade constitucional de associação e na normal atividade associativa corresponde, afinal, a um reenquadramento jurídico de tais factos,*

35. *e não a uma impugnação dos mesmos,*

36. *por muito que a ANEPE possa não concordar com os termos da decisão de facto do Tribunal a quo.*

37. *Em face do exposto, terá de concluir-se que a ANEPE não invocou no seu recurso argumentos /questões/ fundamentos que extravasem os poderes de cognição do Tribunal da Relação em processo de contraordenação,*

38. *pelo que improcede a alegação da AdC no sentido de que as alegações de recurso da ANEPE não estariam em conformidade com as exigências legais,*

39. *e, consequentemente, improcede igualmente a rejeição do recurso sugerida (implicitamente) pela AdC no artigo 23.º da sua Resposta, por inexistirem fundamentos para considerar o recurso apresentado pela ANEPE manifestamente improcedente." (fim de transcrição).*

6. Foi proferido despacho judicial admitindo o recurso, como se alcança de fls. 17563.



Sgauris

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

7. O Exmo. Procurador-Geral Adjunto nesta Relação após o seu visto (cfr. fls. 17589).

8. Efetuado o exame preliminar foi considerado não haver razões para a rejeição do recurso.

9. Colhidos os vistos e realizada conferência com o formalismo legal, cumpre agora apreciar e decidir.

II – Fundamentação

1. Delimitação do objeto do recurso

Atendendo ao disposto no n.º 1 do art. 75.º do Dec. Lei n.º 433/82, de 27/10, que aprovou o Regime Geral das Contraordenações (alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 356/89, de 17/10, e 244/95, de 14/9, e pela Lei n.º 109/2001 de 24/12), em matéria contraordenacional o Tribunal da Relação apenas conhece da matéria de direito, sem prejuízo do conhecimento de certos vícios ou nulidades de conhecimento oficioso, designadamente, os indicados no art. 410.º n.ºs 2 e 3 do CPP.

Há, ainda, que ter em atenção que o objeto do recurso é fixado pelas conclusões retiradas da respetiva motivação, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Assim sendo, as questões a apreciar por este tribunal são as de saber se:

- O Tribunal *a quo* extravasou dos poderes que lhe são legalmente cometidos em relação à apreciação da Decisão da AdC, ao fazer uma errónea interpretação e aplicação do disposto nos artigos 358.º e 359.º do CPP;
- Foram violados direitos fundamentais da Recorrente no plano dos factos;
- A Sentença não se encontra devidamente fundamentada;
- Não foi realizada a indicação e o exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal *a quo*;
- O Tribunal *a quo* deu erradamente como provados os factos constantes dos pontos 1 a 11, 32 a 65, 85 e 88 da Sentença, por não terem sido impugnados pela ANEPE ou por terem sido admitidos por acordo entre as partes;
- O Tribunal *a quo* não se pronunciou sobre a questão perante si suscitada, na sessão de 5.3.2012, de preterição do seu direito de defesa, em virtude de a AdC ter consigo elementos exculpatórios e/ou relevantes para apreciação da situação sub judice e não os ter juntado aos autos.
- A matéria considerada provada pelo Tribunal *a quo* não é suficiente, nem apta para que dela se retire a prática do ilícito, encontrando-se diversos erros na sua apreciação;
- O Tribunal *a quo* interpretou erradamente os artigos 4.º e 43.º, n.º 1, ambos da Lei n.º 18/2003, bem como o artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, ao ter considerado o mercado relevante de nível nacional e não ter



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

aplicado também o artigo 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

2. Passemos, pois, ao conhecimento das questões alegadas. Para tanto, vejamos, antes de mais, o conteúdo da decisão recorrida, que é do seguinte teor, no que ora interessa ser considerado:

"A arguida, no seu recurso invocou várias nulidades e questões prévias de que cumpre conhecer nesta sede.

Antes porém, e face às considerações feitas pela arguida na primeira parte do seu recurso (nos prontos 2.2. "Direito de defesa e princípio do contraditório no regime jurídico da concorrência"; 2.3. "Princípio da presunção de inocência e o princípio do acusatório em processo contra-ordenacional"; e 2.4. "Estatuto do Arguido") há que apreciar as teses expedidas pela arguida e que, afinal, sustentam algumas das nulidades que invoca.

1. O art. 50 do RGCOC

Citaremos a propósito o que se escreveu na sentença proferida no processo 1065/07.0TYLSB que correu termos no 2º Juízo deste Tribunal, com o que se concorda, na íntegra (e tem reiteradamente sido sustentado por este Tribunal do Comércio):

Segundo os ensinamentos de Eduardo Correia e Figueiredo Dias, o direito contra-ordenacional abrange as condutas que violam interesses erigidos pelo Estado como fundamentais para uma vivência social boa e ordenada. Abrange condutas que são tipificadas como proibidas e, consequentemente ilícitas, correspondendo-lhes, porém, uma neutralidade ética, ou seja, têm uma carga valorativa negativa que não vai além do desvalor que lhe é atribuído pelo simples facto de violarem deveres prescritos pelo Estado (cfr. Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social, Boletim da FDUC, vol. XLIX, p. 257-281 e O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social, Jornadas de Direito Criminal, CEJ, p. 3217 e segs., respectivamente).

Este ramo do direito surgiu na sequência do movimento mais lato de



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

descriminalização do direito penal e autonomizou-se deste sempre partindo da ideia da não relevância ética das condutas que o integram. Esta autonomização assenta, pois, na neutralidade ética do ilícito: o ilícito não é axiologicamente neutro, e por isso se trata de um direito sancionatório, mas a conduta em si mesmo considerada, divorciada da proibição legal, é-o.

Daqui resulta, como tem sido aliás reconhecido abundantemente pelo Tribunal Constitucional, que não há uma estreita equiparação entre o ilícito contra-ordenacional e o ilícito criminal, não obstante a *"necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal."* (Ac. Tribunal Constitucional nº 469/97; no mesmo sentido se pronunciaram inúmeros arestos do Tribunal Constitucional, indicando-se, a título de exemplo, os Ac. 158/92, 344/93; 473/01; 581/04; 325/2005 e 637/06).

Pode assim afirmar-se que as regras processuais penais não têm aplicação *in totum* no direito contra-ordenacional, como não poderia deixar de ser sob pena de não haveria qualquer diferenciação entre os dois tipos de ilícito, diferenciação essa que, como vimos já, existe e é significativa.

O art. 50º do RGCOE dispõe que *"Não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre"*.

Este artigo visa garantir ao arguido no processo de contra-ordenação que é ouvido sobre os factos que lhe são imputados, permitindo-lhe assim organizar a sua defesa. Trata-se, pois, de um direito que decorre do princípio geral do contraditório, exigência fundamental de um Estado de Direito Democrático e que constitui hoje uma garantia consagrada de forma expressa na Lei Fundamental: *Nos processos de contra-ordenação (...) são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa* (art. 32º, nº 10).

Em anotação a este preceito Jorge Miranda afirma que *"O nº 10 garante aos*



Sigama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

arguidos em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção (...) sem que o arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas. A defesa pressupõe a prévia acusação, pois que só há defesa perante uma acusação. A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender.”².

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

No citado aresto refere-se que: “*Diga-se, desde já, que o invocado nº 10, na sua directa estatuição, é de todo irrelevante para o presente caso. Com a introdução dessa norma constitucional (efectuada pela revisão constitucional de 1989, quanto aos processos de contra-ordenação, e alargada, pela revisão de 1997, a quaisquer processos sancionatórios) o que se pretendeu foi assegurar, nesses tipos de processos, os direitos de audiência e de defesa do arguido, direitos estes que, na versão originária da Constituição, apenas estavam expressamente assegurados aos arguidos em processos disciplinares no âmbito da função pública (artigo 270.º, n.º 3, correspondente ao actual artigo 269.º, n.º 3). Tal norma implica tão-só ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audiência) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade (...). É esse o limitado alcance da norma do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, tendo sido rejeitada, no âmbito da revisão*

² in Constituição Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, Tomo I, 2005, p. 363.



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

constitucional de 1997, uma proposta no sentido de consagrar o asseguramento ao arguido, "nos processos disciplinares e demais processos sancionatórios", de "todas as garantias do processo criminal".

Expressivo sobre o ponto de vista do Tribunal Constitucional é ainda o Ac. 278/99 de 5 de Maio de 1999, posteriormente citado em abundância noutros arestos do mesmo tribunal, onde se refere: *"... A preservação das garantias de defesa do arguido passa, nos parâmetros do Estado de Direito democrático, além do mais, pela observância do contraditório, de modo a que sempre possa ser dado conhecimento ao arguido da acusação que lhe é feita e se lhe dê oportunidade para se defender. A intangibilidade deste núcleo essencial compadece-se, no entanto, com a liberdade de conformação do legislador ordinário que, designadamente na estruturação das fases processuais anteriores ao julgamento, detém margem de liberdade suficiente para plasticizar o contraditório, sem prejuízo de a ele subordinar estritamente a audiência: aqui tem o princípio a sua máxima expressão (como decorre do nº 5 do artigo 32º citado), nessa fase podendo (e devendo) o arguido expor o seu ponto de vista quanto às imputações que lhe são feitas pela acusação, contraditar as provas contra si apresentadas, apresentar novas provas e pedir a realização de outras diligências e debater a questão de direito. (...)*

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

Concretizando este direito o art. 25, nº 1, da Lei 18/2003 dispõe que, se a AdC, terminado o inquérito, der início à instrução do processo, procede à notificação das empresas. Por seu turno, o nº1 do art. 26º da mesma lei determina que, nessa notificação, a Autoridade fixa às arguidas um prazo razoável para que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas.



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

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

Feito o percurso pelas regras legais aplicáveis, podemos concluir que o direito constitucional de audição e defesa em sede contra-ordenacional impõe que à arguida seja dada a possibilidade de se pronunciar sobre as acusações que lhe são imputadas, considerando-se que tal possibilidade só lhe é efectivamente dada se na notificação que lhe for feita pela autoridade administrativa incluir todos os elementos de facto e de direito relevantes para a decisão.

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

É tndo em mente este enquadramento que há que analisar se a AdC violou este núcleo essencial e intocável do direito de defesa da arguida.

Sustenta a arguida que, ao contrário da AdC, entende que ao longo de todo o processo ocorreu a violação de vários direitos fundamentais da arguida e que atenta a sua essencialidade, as respectivas violação não podem deixar de se reconduzir a nulidades insanáveis, susceptíveis de serem arguidas e conhecidas em qualquer fase do processo e que devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento.

Pode de facto haver nulidades insanáveis no processo contra-ordenacional, como sustenta a arguida. O que a AdC não põe em causa, limitando-se a impugnar a existência de nulidades no caso dos autos.



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Logo, tal questão deverá ser equacionada relativamente a cada uma das nulidades suscitadas.

Começa a arguida por alegar que a AdC não respeitou o estatuto do arguido previsto na lei processual penal, aplicável por remissão aos processos de natureza contra-ordenacional, enquanto processo de natureza sancionatória – e que incluem entre outros, o direito ao silêncio previsto no art. 61 nº1 al. c) do CPP *ex vi* art. 41 nº1 RGCO, o direito a estar presente aos actos processuais que lhe digam respeito, previsto no art. 61 nº1 al. a) do CPP *ex vi* art. 41 nº1 do RGCO e o direito de ser informado, pela autoridade perante a qual esteja obrigado a comparecer, dos direitos que lhe assistem, previsto no art. 61 nº1, al. h) do CPP *ex vi* art. 41 nº1 do RGCO – dado que:

. solicitou à ANEPE que lhe remetesse diversos documentos e informações sem referir expressamente que os mesmos serviriam ou poderiam vir a servir para instruir um processo de contra-ordenação no qual assume e assumia já, a qualidade de arguida;

. ouviu Pedro Maria Póvoas Mendes Leal na qualidade de legal representante da ANEPE, sem ter esclarecido se, estando a ser ouvido na referida qualidade, tal significava que a associação por si representada era arguida no processo; e

. não constituiu formalmente a ANEPE como arguida e não notificou nem a ANEPE, nem Pedro Leal, para quaisquer actos do processo, excepto a nota de ilicitude.

Conclui por isso que as declarações de Pedro Mendes Leal não podem ser utilizadas como prova, tal como previsto no art. 58 nº5 do CPP *ex vi* art. 41 nº1 do RGCO.

Da constituição de arguido

Citaremos a propósito o que se escreveu na sentença proferida no processo que correu termos no 2º Juízo deste Tribunal sob o nº 965/06.9TYLSB, com o que se concorda, na íntegra (e tem sido reiteradamente decidido neste Tribunal do Comércio).

A aplicação subsidiária de qualquer norma, seja ela do RGCO, seja ela do Cod. Proc. Penal, só tem lugar quando estivermos perante um caso omissivo, ou seja, quando estivermos perante uma situação não prevista na lei. A aplicação subsidiária de qualquer disposição legal pressupõe a existência de uma lacuna de previsão (falta a previsão de um



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

caso que deve ser juridicamente regulado), i.e., a hipótese em apreciação não está contida nem na letra nem no espírito da lei.

A lei da concorrência é totalmente omissa no que toca à questão *sub iudice*.

Mas esta omissão não releva dado que a referida lei não regula o regime geral aplicável ao processo de contra-ordenação, limitando-se a estabelecer algumas especificidades, remetendo genericamente para o RGCOG (art. 22º, nº 1). A questão tem, pois, que ser resolvida no quadro do RGCOG.

O RGCOG, ao contrário do Cod. Proc. Penal (arts. 58º e segs.) não contém quaisquer regras relativas à constituição de arguido. A questão que se coloca é, pois, a de apurar se o facto de o RGCOG não conter quaisquer regras relativas à constituição de arguido é intencional, isto é, se o objectivo do legislador foi intencionalmente não impor nestes processos a obrigatoriedade de constituição de arguido, ou se, pelo contrário, se trata de uma lacuna, caso em que teremos de recorrer à aplicação subsidiária, *ex vi* art. 44º, dos arts. 58º e segs. do Cod. Proc. Penal.

Seguindo os ensinamentos de Eduardo Correia e Figueiredo Dias, o direito contra-ordenacional abrange as condutas que violam interesses erigidos pelo Estado como fundamentais para uma vivência social boa e ordenada. Abrange condutas que são tipificadas como proibidas e, consequentemente ilícitas, correspondendo-lhes, porém, uma neutralidade ética, ou seja, têm uma carga valorativa negativa que não vai além do desvalor que lhe é atribuído pelo simples facto de violarem deveres prescritos pelo Estado (cfr. Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social, Boletim da FDUC, vol. XLIX, p. 257-281 e O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social, Jornadas de Direito Criminal, CEJ, p. 3217 e segs., respectivamente).

Este ramo do direito surgiu na sequência do movimento mais lato de descriminalização do direito penal e autonomizou-se deste sempre partindo da ideia da não relevância ética das condutas que o integram. Esta autonomização assenta, pois, na neutralidade ética do ilícito: o ilícito não é axiologicamente neutral, e por isso se trata de um direito sancionatório, mas a conduta em si mesmo considerada, divorciada da proibição



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

legal, é-o.

Daqui resulta, como tem sido aliás reconhecido abundantemente pelo Tribunal Constitucional, que não há uma estreita equiparação entre o ilícito contra-ordenacional e o ilícito criminal, não obstante a "necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal." (Ac. Tribunal Constitucional nº 469/97; no mesmo sentido se pronunciaram inúmeros arestos do Tribunal Constitucional, indicando-se, a título de exemplo, os Ac. 158/92, 344/93; 473/01; 581/04; 325/2005 e 637/06).

Pode assim afirmar-se que as regras processuais penais não têm aplicação *in totum* no direito contra-ordenacional, como não poderia deixar de ser sob pena de não haveria qualquer diferenciação entre os dois tipos de ilícito, diferenciação essa que, como vimos já, existe e é significativa.

Tendo patente esta diferença de natureza de ilícito e, conseqüentemente, de regime, assiste razão à Autoridade quando defende que nos processos de contra - ordenação não há a obrigatoriedade de constituição formal de arguido, ou seja, a não inclusão no RGCO de uma norma prevendo a constituição de arguido foi intencional, não se tratando de uma lacuna.

Esta ideia resulta directamente do art. 50º do RGCO que dispõe não ser permitida a aplicação de uma coima sem se ter conferido ao arguido a possibilidade de se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada.

Ao prescrever desta forma resulta evidente que não há qualquer obrigatoriedade de constituição prévia de arguido. Desde logo, se o regime dos arts. 57 e segs. fosse aplicável, então o art. 50 do RGCO não faria qualquer sentido: se o suspeito tivesse que ser constituído arguido assistir-lhe-ia, desde logo, o direito a ser ouvido (cfr. art. 61, nº1, al. b) do Cod. Proc. Penal), pelo que a consagração desse direito no art. 50 estaria esvaziada de conteúdo.

Aliás, deve dizer-se que os objectivos que no processo penal presidem à



Scgauris

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

constituição formal de arguido, não se fazem sentir no direito de mera ordenação social. Com efeito, no âmbito do direito penal é a partir da constituição formal como arguido que o suspeito da prática de um ilícito criminal passa a ser titular dos direitos respectivos, pretendendo-se salvaguardar os direitos de quem, por ser suspeito da prática de um crime, pode ver os seus direitos fundamentais fortemente comprimidos, podendo, no limite, ficar privado da sua liberdade. A constituição de arguido tem ainda, no domínio penal, outros pontos de grande importância: só a partir desse momento é possível a aplicação de medidas de coação, designadamente o TIR, e só é possível efectuar o julgamento na ausência do arguido se o TIR tiver sido prestado (cfr. arts. 192º, 333º, nº 1 e 196º, nº 3, al. d), todos do Cod. Proc. Penal).

Ora no domínio das contra-ordenações, o núcleo dos direitos que assistem ao arguido não dependem da sua constituição formal como tal. Os direitos de ser ouvido e de requerer diligências de prova resultam directamente do art. 50º citado. O direito de recorrer judicialmente de qualquer decisão que lhe seja desfavorável resulta directamente do art. 55º do RGCO. O direito de constituir mandatário ou de lhe ser nomeado defensor resulta directamente do art. 53º do RGCO. Em suma, o arguido tem desde o início do processo e independentemente da prática de qualquer acto formal, todos os direitos de defesa que o legislador contraordenacional entendeu, que lhe assistem, direitos esses que não são absolutamente equiparáveis aos do arguido em processo penal precisamente porque aqui não há nem pode haver a constrição dos direitos fundamentais que pode haver no domínio penal.

Não há lugar no domínio das contra-ordenações à aplicação de medidas de coacção, designadamente do TIR (art. 42º do RGCO), nem a realização do julgamento na ausência do arguido depende da sua constituição formal como tal, sendo certo que a sua comparência não é obrigatória, salvo se o juiz a considerar necessária e pode ser dispensada, o que aliás sucede em grande parte dos casos, em que, mesmo não sendo dispensada, se o arguido faltar o julgamento só não se realizará se o tribunal considerar necessária a sua presença (arts. 67º e 68º do RGCO).



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038.
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

E poderá de qualquer modo defender-se que essa constituição é necessária para efeitos de dar a conhecer ao arguido os seus direitos? A resposta não pode deixar de ser negativa. Como se disse *supra* os ilícitos de mera ordenação social não são ilícitos penais, a sua relevância ético-jurídica não é a relevância destes, e, conseqüentemente, não tem que se aplicar neste domínio o regime global de garantias e direitos subjacentes àqueles ilícitos.

Ao nível dos ilícitos contra-ordenacionais o legislador entendeu que as garantias de defesa do arguido ficavam inteiramente salvaguardadas com esta necessidade de o mesmo ser ouvido antes de lhe ser aplicada uma coima, não impondo a sua constituição formal como arguido (neste sentido Ac. RC de 28-0499, in CJ 1999, T. III, p. 55 e Borges de Pinho, in Das Contraordenações, Almedina, 2004, p. 47).

Do exposto resulta, pois, que a constituição formal como arguido no domínio do direito contra-ordenacional não é exigida do ponto de vista da garantia dos direitos de defesa uma vez que, por um lado, os direitos de defesa não são coincidentes com os do arguido em processo penal e, por outro lado, os direitos de defesa que o legislador lhe atribuiu e que não estão consagrados no RGCOOC decorrem directamente da Constituição e o seu exercício não depende dessa constituição.

Nos termos do disposto no nº 5 do art. 58 do Código de Processo Penal, invocado pela ANEPE, a tomada de declarações do arguido sem que este tenha sido como tal constituído implica que as suas declarações não possam ser contra si utilizadas como prova.

Ora, considerando a inexigência, do ponto de vista da garantia dos direitos de defesa, da constituição formal como arguido no domínio do direito contra-ordenacional, não vemos que no caso, o facto de Pedro Maria Mendes Leal ter sido ouvido pela AdC como representante da ANEPE e ter prestado declarações sem que tenha sido informado se a ANEPE era arguida no processo, tenha no processo de contra-ordenação a implicação que teria no processo penal.

O art. 61 do Código de Processo Penal, invocado pela ANEPE, enuncia os direitos de que o arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo penal. Entre esses direitos, o de estar presente aos actos processuais que directamente lhe disserem respeito (al



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

a), o direito de ser informado, pela autoridade judiciária ou pelo órgão de polícia criminal perante os quais seja obrigado a comparecer, dos direitos que lhe assistem (al. h), e o direito de estar presente aos actos processuais que directamente lhe disserem respeito (al. a).

Vejam os:

As infracções às normas previstas na LdC constituem contra-ordenação, nos termos do seu art. 42º, punível com coima (art. 43º) e sanção acessória de publicitação da infracção (art. 45º).

Seguem o regime geral das contra-ordenações, previsto no Decreto-lei nº 433/82 de 27/10 (na sua redacção aplicável), com as especificidades previstas na Lei da Concorrência.

Prevê o art. 19º da Lei da Concorrência que os procedimentos sancionatórios respeitam os princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código de Procedimento Administrativo bem como, se for caso disso o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.

O art. 22º, por sua vez prevê que os processos por infracção ao disposto nos artigos 4.º, 6.º e 7.º se regem pelo disposto na secção respectiva, na secção I do capítulo respectivo e, subsidiariamente, pelo regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.

Temos por certo que, no processamento de contra-ordenações, nomeadamente na fase administrativa, não é aplicável, por qualquer forma, o procedimento administrativo. O direito subsidiário é, expressamente o processo penal, nos termos do art. 41º nº 1 do RGCO, quer na fase administrativa, quer na fase judicial (impugnação) - neste sentido Lacerda Costa Pinto *in* O Ilícito de Mera Ordenação Social e a Erosão do Princípio da Subsidiariedade da Intervenção Penal, *in* RPCC, ano 7, Fase. 1º, Jan-Março 1997, p. 81); Simas Santos e Lopes de Sousa *in* Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 23 ed., Vislis, p. 267, António Beça Pereira, *in* Regime Geral das Contra Ordenações e Coimas, Almedina 2001, pág. 88; Teresa Beleza, *in* Direito Penal, AAFDL, vol. I, 2ª edição, pág. 131; José P. F. Cardoso da Costa, O Recurso para os Tribunais Judiciais da aplicação das Coimas pelas Autoridades Administrativas, 1991, pp. 57 e segs. e José Gonçalves da Costa,



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Contra-Ordenações, CEJ, Set. 1995, pp. 46 e segs.

O passo seguinte é a clarificação das regras de aplicação do direito subsidiário, a fazer nos termos do referido art. 41 ° nº1 do RGCOG que estabelece: *«Sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal.»*

Temos, portanto, em primeiro lugar que olhar ao regime da Lei da Concorrência, seguidamente à Lei Quadro das Contra-ordenações, após o que terá que se averiguar se é necessário e admissível, para regular determinada questão de direito contra-ordenacional, recorrer aos preceitos de direito processual penal. Se a resposta às duas questões (necessidade e admissibilidade) for positiva, terá ainda que se determinar se as regras processuais penais devem ser literalmente aplicadas ou se devem ser devidamente adaptadas à estrutura, funcionamento, valores e fins do processo de contra-ordenação - cfr. António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral *in* Notas ao Regime Geral das Contraordenações e Coimas, pg. 105, 2^a edição, em anotação ao art. 41°.

Sobre esta concreta questão da obrigatoriedade de resposta às "perguntas" e satisfação dos pedidos de informação formulados pela AdC, o regime legal está exaustivamente regulado: a AdC tem o poder de formular perguntas e solicitar elementos e informações (art. 17° nº1, als. a) e b) da LdC) no exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão.

Por outro lado recai sobre as empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades o dever de prestar à Autoridade todas as informações e fornecer todos documentos que esta lhes solicite em ordem ao cabal desempenho das suas atribuições, para as quais dispõe de poderes sancionatórios e de supervisão - art. 8° dos Estatutos da AdC.

O facto de este poder da AdC estar consagrado também para procedimentos sancionatórios (aos quais é aplicável o RGCOG e o CPP pela via já assinalada) sem que se faça qualquer distinção de regime quanto aos destinatários do dever, pelo contrário, especificando na alínea a) do art. 17° nº1 que este poder se dirige também contra os



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

representantes legais das empresas ou associações de empresas envolvidas, leva à conclusão de que, neste particular, o legislador quis expressamente afastar a aplicabilidade de preceitos em contrário.

Entendemos, pois, que não sendo necessário o recurso ao processo penal, o art. 61º do CPP não é (como regime subsidiário) aplicável em processo de contra-ordenação da concorrência. – cfr. sentença proferida em 10.08.2007 no processo 1050/06.9TYLSB do 3º Juízo deste Tribunal, confirmada por Ac. do TRL de 10.02.2009.

Conclui-se, pois, que não se verifica qualquer violação do estatuto do arguido, nem por conseguinte a consequência que dessa violação a arguida retirou: que as declarações de Pedro Leal Mendes não podem ser utilizadas como prova. A respeito sempre se dirá que não se vislumbra, da decisão impugnada, que tais declarações tenham sido utilizadas como prova da prática da contra-ordenação, ainda que nela sejam referidos excertos das declarações prestadas por Pedro Mendes.

Improcede, pois, a alegação da arguida.

1 - A violação do direito de defesa no plano dos factos

Antes de apreciar cada um dos alegados "factos novos" há que esclarecer alguns pontos sobre o processado da chamada fase administrativa do processo de contra-ordenação.

Retomamos a citação do decidido no processo nº 1065/07 do 2º Juízo, com que também neste aspecto se concorda, na íntegra, e tem igualmente sido reiteradamente sustentado por este Tribunal do Comércio.

O processo contra-ordenacional tem início oficiosamente, mediante participação elaborada pelas autoridades policiais/agentes de fiscalização ou por denúncia de particulares (art. 54º, nº 1º, do RGCO e 24º da Lei 18/03). Aberto um processo contra-ordenacional são praticados os actos de investigação reputados de necessários com vista à decisão final (citado art. 54º, nº 2º). Terminada a investigação e concluindo o titular do processo (autoridade administrativa) que há fortes indícios da prática de uma contra-ordenação e de quem é o seu autor, profere uma decisão, usualmente designada de nota de



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

ilicitude, na qual identifica o arguido e os factos praticados, subsumindo-os ao direito aplicável, e indica as sanções aplicáveis (art.5º da Lei 18/03). Tal decisão tem de ser notificada ao arguido a quem tem de ser dada a possibilidade de sobre ela se pronunciar em tempo razoável (citado art. 50º do RGCOG e 26º da Lei 18/03).

Neste caso pode o arguido, se não se conformar com a nota de ilicitude, exercer o seu direito de defesa, que passa não só pela resposta aos factos que lhe são imputados e respectivo enquadramento jurídico, como pela apresentação da prova que entender necessária e/ou pelo requerimento de realização de diligências de prova.

Exercido o direito de defesa e realizadas as provas que a autoridade reputar de necessárias, será proferida decisão final que tanto poderá ser de arquivamento do processo como de aplicação de uma coima (art. 54º, nº 2, do RGCOG e 28º da Lei 18/03).

Sendo proferida uma decisão condenatória pode o arguido interpor recurso judicial junto da entidade recorrida, que, se mantiver a decisão, enviará os autos ao Ministério Público junto do Tribunal competente (art. 59º e 62º do RGCOG). Caberá então ao Ministério Público apresentar os autos a juízo, valendo este acto como acusação (art. 62º, nº 2, do RGCOG).

No que às diligências complementares de prova respeita refere o art. 26º da Lei 18/03 que podem ter lugar a solicitação da arguida ou por determinação da própria AdC e que as mesmas podem ter lugar após ter sido exercido o direito de defesa pela arguida desde que à mesma seja dada a possibilidade de exercer o contraditório (nº 1 e 3).

Significa isto que é lícito à AdC realizar diligências de prova mesmo após notificar a arguida da nota de ilicitude desde que permita à arguida pronunciar-se sobre esse meios de prova. Ora se estes meios de prova forem realizados em momento posterior ao da notificação à arguida da nota de ilicitude (como permite o citado art. 26º) é manifesto que não podem ser referidos nessa mesma nota de ilicitude. Sendo a própria lei que permite a sua realização em momento posterior ao do exercício do direito de defesa escrito ou oral da arguida é evidente que não há qualquer irregularidade no facto de virem a ser usados como meio de prova na decisão final apesar de não terem sido mencionados na nota de ilicitude



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

desde que tenham sido dados a conhecer á arguida que sobre eles se pôde pronunciar.

Aliás o que não pode surgir "ex novo" na decisão é matéria factual e não a referência a meios de prova. Os meios de prova estão referenciados no processo, o processo pode ser consultado pela arguida, assistindo-lhe o direito de requerer outros meios de prova de modo a contraditar os existentes no processo.

Em suma, o facto de na decisão final se fazer referência a meios de prova que não foram mencionados na nota de ilicitude não é, só por si, elemento violador dos direitos de defesa da arguida.

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

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

Alega a arguida que quer a nota de ilicitude - na qual a imputação feita à arguida tem por base meras conclusões e não verdadeiros factos - quer a decisão final, que condena a arguida com base nas conclusões já apresentadas em sede da nota de ilicitude,



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

desconsiderando a alegação feita em sede de defesa escrita - violam o direito de defesa da arguida, consagrado no nº 5 do artigo 32º da CRP, no artigo 50º do RGCO e no artigo 19º da LdC, e o princípio da presunção de inocência do arguido, consagrado no nº 2 do artigo 32º da CRP.

E que ao condenar a arguida com base em meras presunções, segundo as quais concluiu e deu como provados os factos que preenchem o tipo contra-ordenacional, a AdC violou o princípio da presunção de inocência do arguido, consagrado no artigo 32º, nº 2 da CRP.

E ainda, que ao condenar a ANEPE na contra-ordenação, tendo por base o entendimento de que *“é à Arguida em relação à qual surge matéria indiciária suficiente para sustentar uma Nota de Ilcitude, ao abrigo dos seus direitos de audição e defesa, e no exercício do contraditório de que os mesmos emanam, que cabe demonstrar que tal acusação não é fundamentada ou que os factos imputados não correspondem à verdade ou que não podem ser interpretados como proposto pela AdC, não devendo confundir-se a eventual falta de fundamentação com a discordância dessa mesma fundamentação que noutra sede impugna ou contesta”*, a AdC violou o princípio da presunção de inocência do arguido, na vertente da inversão do ónus da prova.

Começando por esta última alegação, diremos que se nos afigura descontextualizada a citação, não tendo a condenação da arguida pela prática da contra-ordenação tido por base esse entendimento, nem que se possa concluir pela inversão do ónus da prova.

A discordância da fundamentação da decisão não é de facto confundível com a sua falta de fundamentação, e, salvaguardada a *liberdade de expressão* pela qual aliás a arguida pugna no seu recurso a propósito da “recomendação”, a citada passagem da extensa decisão da AdC não é mais do que a referência ao que atrás expusemos sobre o processado da chamada fase administrativa do processo de contra-ordenação: terminada a investigação e concluindo a autoridade administrativa que há fortes indícios da prática de uma contra-ordenação e de quem é o seu autor, profere uma decisão, que é notificada ao arguido, e que



Segura

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

pode, se não se conformar com a nota de ilicitude, exercer o seu direito de defesa, que passa não só pela resposta aos factos que lhe são imputados e respectivo enquadramento jurídico, como pela apresentação da prova que entender necessária e/ou pelo requerimento de realização de diligências de prova.

A decisão impugnada descreve no ponto II. os factos que a AdC considera provados (e cuja motivação para tanto descreve no ponto II.4, refutando a essencialidade da defesa da arguida quanto aos factos, e expondo depois as suas conclusões quanto à matéria de facto no ponto II.4.3), cuja prática pela arguida conduziram à condenação pela prática da contra-ordenação. E tratam-se de factos, que não de meras conclusões ou presunções, cuja maioria a arguida sequer põe em causa: datas, envio de cartas, reuniões... as conclusões surgem, naturalmente, na subsunção desses factos em cada um dos elementos do tipo, objectivo e subjectivo, da contra-ordenação. Conclusões que a arguida aliás extrai também dos mesmos factos no recurso de impugnação, só que em sentido contrário ao da AdC. Como sucedia já na nota de ilicitude (constando os factos do ponto II) e na defesa escrita da arguida.

Quanto a esta, refira-se que o facto de os argumentos expedidos pela arguida em sede de audiência escrita não terem sido acolhidos pela AdC com a consequência por si pretendida, não significa que tenha havido uma desconsideração violadora de direitos fundamentais da arguida. A defesa escrita da arguida foi longamente analisada na decisão impugnada (cujos factos, no ponto II, começam no art. 282, a página 80 da decisão, dedicando praticamente todo o articulado anterior à apreciação daquela defesa escrita).

A subsunção dos factos no tipo e a conclusão de que os mesmos integram a prática da contra-ordenação pela qual veio a condenar a arguida, é feita pela AdC no ponto III.1 da decisão (arts. 524 a 649).

Refira-se que a arguida não chega a alegar que não foi feita a referida operação de subsunção, apenas que não foi feita "uma verdadeira operação de subsunção", sustentando por ex. que se procedeu a uma análise "muito pouco objectiva" da factualidade, que tirou "conclusões subjectivas". Tendo a arguida impugnado a decisão, é ao Tribunal e nesta sede



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

que caberá apreciar a correcção daquela subsunção; apreciar e decidir se os factos que resultaram provados nos autos, integram ou não a prática da contra-ordenação imputada à arguida. Mas não estamos já no plano da violação de direito de defesa da arguida no processo de contra-ordenação.

Alega ainda a ANEPE que a leitura da nota de ilicitude não permite detectar dados suficientes para caracterizar convenientemente o elemento subjectivo do tipo, concluindo a AdC que a arguida teria agido com dolo, o que faz sem alegar factos concretos.

Analisemos pois a nota de ilicitude.

No ponto III.1.7., sob a epigrafe "elemento subjectivo" da nota de ilicitude, conclui a AdC que a ANEPE agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da infracção que lhe é imputada. Considerando os factos "supradescritos" e o conjunto de elementos de prova "precisos e concordantes", conclui a AdC que a ANEPE cometeu a infracção com dolo, tendo representado e querido a prática concertada. Refere nos arts. 304 a 306 que a leva a concluir pela existência clara de uma actuação dolosa, culposa e consciente.

A omissão que a arguida imputa à nota de ilicitude é de que não constam dela os factos integradores desta imputação.

O dolo, conhecimento e intenção, é, em si, um facto. Ou seja, a arguida soube e quis. Tal como a culpa, no caso relevando apenas o elemento consciência da ilicitude, já que a imputabilidade resulta objectivamente da lei.

Os factos estão claramente imputados: a arguida quis e soube e sabia que ao agir assim infringia a lei.

Refere-se na nota de ilicitude que a arguida delineou, a partir do conhecimento do primeiro anteprojecto legislativo relativo ao regime jurídico a aplicar aos parques de estacionamento e na primeira reacção junto das associadas, a 16.12.2005, uma estratégia que culminou entre 24.04.2006 e 9.05.2006 na definição de um conjunto de recomendações em matéria de política de preços a adoptar pelas associadas. Recomendações essas que se consubstanciam nos textos que constam dos factos imputados (e que a arguida não alegou



Segundo

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

desconhecer e cuja autoria sequer pôs em causa). Tendo omitido expressamente na comunicação pública de 9.05.2006 as recomendações em matéria de preços que havia comunicado entre 24.04 e 2.05.2006, embora a representação gráfica que a acompanha seja clara nesse sentido, o que demonstra claramente uma actuação dolosa da sua parte, da gravidade da sua conduta e da afectação do bem jurídico protegido pelas normas de defesa da concorrência que a mesma implicava. E não podia desconhecer as obrigações que lhe incumbem à luz do Direito da Concorrência.

Não se vê que omissão existe na nota de ilicitude que não permite que a arguida se defenda. O conhecimento e vontade extraem-se dos demais factos imputados, tal como sucede em processo penal.

Sendo-lhe imputado que sabia que a sua conduta era punida por lei, bastaria alegar em sua defesa que não sabia que a sua conduta era punida por lei.

Não se pode exigir nesta fase dos autos que se provem as imputações. Essa é tarefa da decisão final e, *maxime* do Tribunal em caso de impugnação.

Nesta fase é apenas o direito de defesa que está em causa e o que é determinante para apurar se foi ou não cometida uma nulidade é a medida do prejuízo para a defesa, que, no caso, não ficou prejudicada.

Conclui-se pois, que o direito de defesa da arguida não ficou prejudicado, improcedendo a arguida nulidade.

Alega também a ANEPE que a nota de ilicitude é omissa quanto à medida da pena, em lado algum se referindo o valor da coima que é considerada razoável e adequado aplicar no caso *sub iudice*.

O ponto III.2 da nota de ilicitude é dedicado à determinação da coima (medida legal e critérios de determinação da coima: gravidade da infracção, vantagens retiradas, carácter reiterado ou ocasional da infracção, grau de participação na infracção, colaboração prestada à AdC, comportamento da arguida na eliminação da prática proibida e na reparação dos prejuízos causados à concorrência, volume de negócios e moldura aplicável e por fim sanção acessória).



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Não refere, de facto, o valor da coima considerada razoável e adequado aplicar ao caso concreto.

Nem tinha de o fazer.

Nos termos do disposto no art. 50 do RGCOG, *não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre.*

O que tem que se ser dado a conhecer ao arguido para efeitos de permitir o direito de defesa é o conjunto de factos que a autoridade administrativa entende terem sido praticados e que considera serem integradores de um tipo contra-ordenacional bem como o respectivo enquadramento legal. No que a este enquadramento respeita à arguida tem que ser dado a conhecer o quadro normativo de onde resulta, no entender da autoridade administrativa, subsumida uma infracção bem como as sanções aplicáveis em abstracto. Pretender mais do que isto é pretender algo que a lei não prevê.

Com efeito, impor à autoridade administrativa a obrigação de notificar a arguida da coima e sanção acessória que considera vir a aplicar é impor-lhe a obrigação de comunicar à arguida o projecto de decisão final, imposição essa que não existe. De facto, só após a defesa apresentada pela arguida é considerada a globalidade da prova produzida, incluindo a produzida pela arguida e, por conseguinte, só nesse momento tem a autoridade condições para determinar as sanções concretas que julga serem as adequadas. Logo, com a nota de ilicitude a autoridade não pode notificar a arguida da sanção que pensa vir a aplicar pelo simples facto de que, nesse momento, ainda não dispõe de todos os elementos necessários para o efeito. Aliás, se a AdC, com a nota de ilicitude, comunicasse à arguida qual o montante da coima que tencionava aplicar, então sim, estaria a fazer um juízo sobre a ilicitude e culpabilidade da arguida absolutamente fora de tempo, daí resultando que a audição da arguida para se pronunciar não seria mais do que o cumprimento de uma formalidade.

Significa isto que com a nota de ilicitude a autoridade administrativa apenas tem



Segura

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

que dar a conhecer à arguida as sanções abstractamente aplicáveis caso conclua que a contra-ordenação imputada à arguida foi por esta cometida.

Ora, da nota de ilicitude de que a arguida foi notificada e sobre a qual se pronunciou, constam expressamente a medida legal da coima aplicável e os critérios legais a ter em conta na sua determinação, bem como os elementos relevantes para a dosimetria da coima no caso concreto e a possibilidade de aplicação no caso de uma sanção acessória.

Tanto basta, na nota de ilicitude, para que se mostre cumprido o direito de audição e defesa do arguido previsto no art. 50 do RGCO, improcedendo em consequência a arguição da arguida.

Alega a ANEPE que as meras conclusões que levaram a AdC a afirmar a alegada conduta dolosa da ANEPE na decisão impugnada, implicam que não se encontrem satisfeitas as exigências decorrentes dos artigos 8º nº 1 e 50º do RGCO e 13º do CP, que consagram os princípios da responsabilidade subjectiva e da culpa e que impõem a apreciação do comportamento do arguido, ao nível volitivo, com base em factos concretos.

Sustenta em suma a ANEPE que a conclusão de que agiu com dolo não está minimamente fundada em factos concretos.

Vejamos.

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

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



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

A imputabilidade consiste num conjunto de qualidades pessoais necessárias para que seja possível a censura ao agente por não ter actuado de modo diverso. Há sempre que atender a dois elementos: o cognitivo (saber se o agente tem capacidade para distinguir o lícito do ilícito) e a vontade (para que o agente seja imputável é necessário que, na sua actuação, se possa auto-determinar por tal cognoscibilidade).

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

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

Analisemos então agora a decisão impugnada.

Relativamente ao à culpa e elemento subjectivo do tipo, refere a decisão impugnada (arts. 639 a 641 e 647) que "A arguida agiu de forma livre, consciente e voluntariamente na prática da infracção que lhe é imputada. Considerando os factos descritos e o conjunto de elementos de prova precisos e concordantes que se encontram junto aos autos, e a sua não refutação pela Arguida, verifica-se que tal infracção foi cometida a título de dolo, tendo a Arguida representado e querido recomendar uma "solução preconizada" em termos de adaptação dos preçários das empresas associadas ao Decreto-Lei n.º 81/2006 que passasse pela fixação de um "preço de ingresso" ou pelo aumento dos preços em 15%, com vista à definição de uma actuação concertada das empresas associadas no âmbito das negociações de preços com as entidades concedentes.

Como tal, agiu com dolo directo, nos termos do artigo 14.º, n.º 1, do Código Penal, aplicável subsidiariamente nos termos gerais do Regime geral das contra-ordenações.

A Arguida tinha perfeito conhecimento e consciência das consequências decorrentes da divulgação de uma comunicação contendo as expressões "recomendação" ou "solução preconizada" e, sem prejuízo de atingir o mesmo fim – efectivamente, recomendando a adopção de uma solução preconizada para a adaptação dos preçários das empresas associadas ao Decreto-Lei n.º 81/2006 – altera o texto da comunicação de 9 de



Segundo

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Maio de 2006.

Como tal, a conduta em causa nunca poderia resultar de uma falta de cuidado ou desatenção da Arguida.”

Neste trecho está perfeitamente explicitada a posição da AdC que a leva a concluir pelo dolo: a ANEPE tinha consciência, sabia, que estava a recomendar uma “*solução preconizada*” em termos de adaptação dos preçários das empresas associadas ao Decreto-Lei n.º 81/2006 que passasse pela fixação de um “*preço de ingresso*” ou pelo aumento dos preços em 15%, com vista à definição de uma actuação concertada das empresas associadas no âmbito das negociações de preços com as entidades concedentes e quis fazê-lo, agindo de forma livre.

Dissemo-lo já acima: o dolo, conhecimento e intenção, é, em si, um facto. A arguida soube e quis.

Quanto à “culpa”, refere-se no art. 645 da decisão impugnada que “a Arguida não podia deixar de conhecer as obrigações que lhe incumbem à luz do Direito da Concorrência, pelas quais qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado, impondo rigorosamente a abstenção de qualquer iniciativa das associações de empresas que, procurando substituir-se às empresas associadas, ponha em causa tal autonomia comercial, substituindo-a por mecanismos de cooperação ou coordenação de condutas comerciais”.

Mais, expõe factos de onde extrai também o carácter voluntário, intencional, consciente da conduta da arguida nos arts. 643 e 644: “A comunicação pública de 9 de Maio de 2006 omite do seu texto as referidas “*soluções preconizadas*”, mas mantém a sua representação gráfica, perfeitamente perceptível quanto ao seu teor, em especial para as empresas associadas que haviam estado envolvidas na preparação desta comunicação, desde 24 de Abril de 2006. (...) esta decisão de associação de empresas toma forma a partir do momento em que a ANEPE conhece o regime definitivo do Decreto-Lei n.º 81/2006 com a circulação de uma “*solução preconizada*” para a negociação e adaptação dos preçários pelas empresas associadas e, finalmente, pela monitorização da aplicação dessa



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

recomendação”.

Resulta claro que efectivamente a AdC concluiu que a ANEPE sabia ou tinha obrigação de saber que não podia tomar uma iniciativa que pusesse em causa a autonomia comercial das empresas associadas, substituindo-a por mecanismos de cooperação ou coordenação de condutas comerciais.

Alega a ANEPE que em sede de decisão impugnada, num momento em que a arguida já não tem mais oportunidade para se pronunciar, a AdC vem desenvolver novos fundamentos e argumentos (os efeitos que a conduta da ANEPE alegadamente teria nas negociações dos contratos com as empresas concedentes, e a alegada monitorização da conduta das associadas), que tinham sido meramente aflorados em sede de nota de ilicitude, considerando-os como elementos base da condenação, por vezes em perspectivas distintas daquelas em que haviam sido tidos em conta na nota de ilicitude, com total surpresa da arguida que sobre os mesmos, com a configuração ora dada pela AdC, não se pronunciou.

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

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



Segura

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Como dissemos já *supra*, o que a nota de ilicitude tem de fornecer ao arguido é a *totalidade dos aspectos relevantes*, tanto no que toca ao enquadramento fáctico como no que toca ao enquadramento jurídico, ou seja, o que tem que constar são os elementos essenciais relativos ao cometimento da infracção e aos seus autores, acrescidos do respectivo enquadramento jurídico.

Ora, o essencial da conduta imputada à arguida está contido na nota de ilicitude. À “monitorização” da conduta das associadas, bem como aos efeitos da conduta da arguida nas negociações dos contratos com as empresas concedentes é expressamente dedicado o ponto II.3 da nota de ilicitude, sob a epígrafe “*A monitorização pela ANEPE e a adopção das suas recomendações pelas empresas associadas*” (arts. 125 a 151). Tal como aliás na decisão impugnada, que igualmente contém um ponto II.3 sob a mesma epígrafe (arts. 395 a 422, que constituiu, salvo erro de pormenor, a transcrição nessa parte, da nota de ilicitude.

Quanto ao seu enquadramento jurídico, os aspectos relevantes constam da nota de ilicitude, não se vislumbrando que novos fundamentos e argumentos foram desenvolvidos na decisão impugnada, em que nova e surpreendente perspectiva dos factos meramente afluídos na nota de ilicitude a AdC se baseou na decisão impugnada para fundamentar a condenação; sobre que factos ou aspectos relevantes, tanto no que toca ao enquadramento fáctico como no que toca ao enquadramento jurídico, a arguida não teve a oportunidade de se pronunciar e exercer o seu direito de defesa.

A decisão impugnada não tem de ser uma reprodução da nota de ilicitude. Desde logo, tem de atender ao expendido na desfesa escrita da arguida. Essencial é que da nota de ilicitude constem, e à arguida tenha sido dada a possibilidade de em prazo razoável se pronunciar sobre, todos os aspectos fácticos e jurídicos relevantes. O que tem que constar da nota de ilicitude são factos. Quaisquer conclusões que a AdC faça na decisão recorrida são legítimas e não tinham que constar já da nota de ilicitude. Saber se essas conclusões estão ou não devidamente sustentadas (em factos) é questão diversa que não colide com o direito de defesa (é vício que pode relevar em sede de falta de fundamentação da decisão recorrida). O direito de defesa é exercido perante factos e não perante conclusões.



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900. Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Alega a arguida que a monitorização da conduta das associadas veio a ser ponderada do ponto de vista do preenchimento do tipo subjectivo de ilícito, designadamente para preenchimento do conceito de dolo directo.

Desde logo, e como vimos já, no que respeita aos factos não é legítimo dizer-se que a questão foi meramente aflorada na nota de ilicitude. Depois, quanto ao preenchimento do tipo subjectivo de ilícito, do conceito de dolo directo, também não se vê, do confronto entre o capítulo III.1.7 da nota de ilicitude e o capítulo III.1.3 da decisão impugnada, em especial do ponto III.1.3.5., que os aspectos relevantes no que respeita por ex. à designada monitorização da conduta, tenham sido desenvolvidos em perspectivas distintas daquelas em que haviam sido tidos em conta na nota de ilicitude, com total surpresa da arguida.

Pelo que não pode senão concluir-se que não há aqui qualquer violação do direito de defesa e audiência da arguida.

2. A violação do direito de defesa no plano das provas

Direito à não auto-incriminação da arguida

Em suma alega a arguida que a AdC se valeu dos seus poderes de supervisão para instruir um processo de contra-ordenação, socorrendo-se do mecanismo previsto no art. 17 nº1 al. a) da LdC e fundando a matéria de facto objectiva e subjectiva nos documentos fornecidos pela arguida em resposta a solicitações suas, sem que tenha referido expressamente que essa solicitação, ainda que efectuada no âmbito de um inquérito, estava a servir na realidade para instruir um processo de contra-ordenação em que a própria ANEPE era arguida.

Entende que o processo é nulo, porque nele foram utilizados meios de prova proibidos, violando-se os arts. 124 e 126 do CPP e os nºs. 2 e 10 do art. 32 da CRP.

A AdC sustenta que o seu (único) pedido de informações e documentos dirigido à arguida no processo não foi efectuado ao abrigo de poderes de supervisão, antes sob a égide do disposto no art. 17 nº1 al. a) da Lei nº 18/2003, o que foi claramente identificado no texto da correspondência que lhe enviou. O pedido foi formulado à arguida, sustenta, enquanto "envolvida" nos factos, ou seja, no âmbito de uma investigação. Ainda, que no



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

pedido não foram formuladas quaisquer questões a solicitar respostas auto-incriminatórias por parte da arguida. E que esta não forneceu em momento algum quaisquer respostas ou elementos probatórios auto-incriminatórios que tenha sido usados contra si na nota de ilicitude ou na decisão.

A AdC, constituída como pessoa colectiva de direito público, foi criada para *assegurar a aplicação das regras da concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores* (art. 1 dos Estatutos da AdC, aprovados pelo DL nº 10/03 de 18.01.).

As suas atribuições constam do art. 6 dos referidos Estatutos.

No âmbito do exercício das suas funções, a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação (art. 7 dos Estatutos). No exercício dos primeiros cabe-lhe, designadamente, *“identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei”*, adoptando medidas cautelares, se necessário (art. 7 nº2, als. a) e b) dos Estatutos).

Para o exercício quer dos seus poderes sancionatórios, quer dos seus poderes de supervisão, nos termos do disposto no art. 17 nº1 al. a) da Lei nº 18/03 (LdC), a AdC, através dos seus órgãos e funcionários, pode inquirir os representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos.

O art. 18 da LdC regula em particular a solicitação de informações ou outros elementos pela AdC, no exercício dos seus poderes sancionatórios e de supervisão. De acordo com o art. 8 dos Estatutos da AdC, *“as empresas, associações de empresas e quaisquer outras pessoas ou entidades devem prestar à Autoridade todas as informações e fornecer todos os documentos que esta solicite em ordem ao cabal desempenho das suas funções”*.



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Finalmente o art. 43 nº3 al. b) da LdC, tipifica como contra-ordenação punível com coima até 1% do volume de negócios do ano anterior a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoidade no uso dos seus poderes sancionatórios ou de supervisão.

Estabelece por sua vez o art. 32 da CRP, que:

"1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.

2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. (...)

8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. (...)

10. Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer procesos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa".

O direito à não auto-incriminação é, tradicionalmente, um dos direitos de defesa dos acusados. Tecnicamente, como direito de defesa é, na economia dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados, uma garantia, destinando-se a assegurar outros bens, no caso, o direito à liberdade e segurança previstos no art. 27 da CRP (neste sentido Jorge Miranda, in Direitos Fundamentais – Introdução Geral, pgs. 56 e 57).

Uma das manifestações do direito à não auto-incriminação é o direito ao silêncio, claramente aplicável e com toda a amplitude em processo penal (v. art. 61 nº1 al. c) e 132 nº2 do CPP).

Também em procedimento sancionatório relativo às contra-ordenações da concorrência é aplicável o direito à não auto-incriminação, como instrumento do princípio da presunção de inocência, atento o disposto nos arts. 12 nº1, 32 nº2 e 32 nº10 da CRP.

Por outro lado, as regras próprias deste procedimento prevêem a obrigatoriedade de satisfação dos pedidos de informação e elementos solicitados pela AdC, pelos próprios



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

investigados, sendo a recusa ou prestação de informações falsas punidos com coima.

O art. 18 da LdC fixa porém o conteúdo do pedido de informação dirigido pela AdC, os elementos que devem instruir os pedidos:

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

Analisemos pois o concreto pedido de elementos dirigido pela AdC à arguida.

Foi formulado através da carta cuja cópia constade fls. 14 dos autos, datada de 21.07.2006, da qual consta como *"Assunto: Processo PRC 12/06 – Pedido de informações e documentos sob a égide do disposto na alínea a) do nº1 do artigo 17 da Lei nº. 18/2003, de 11 de Junho"*, um *"anexo único"* com o elenco dos elementos pretendidos (v.g. cópia da escritura de constituição da associação, cópia dos estatutos da associação, relatórios e contas, cópia das actas das reuniões da direcção da associação e das reuniões de associados, cópia dos acordos ou pactos ou outra forma de entendimento e /ou acordos de vontade, celebrados entre os associados e directa ou indirectamente relacionados com quaisquer aspectos da associação, indicação da estrutura orgânica, composição dos órgãos da associação, identificação dos associados, informação sobre parques de estacionamento e correspondentes lugares de estacionamento, estimativa do número total de parques), a identificação do processo de inquérito, *"referente a alegadas práticas restritivas da concorrência relativas aos serviços de gestão e/ou exploração de parques de estacionamento para utilização do público em geral mediante pagamento"*, a referência de que o pedido é formulado *"ao abrigo do disposto na alínea a) do nº1 do artigo 17 da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, com o objectivo de escalrecimento de factos suscitados em tais autos"*, o prazo concedido para o efeito (15 dias) e a sua justificação (urgência na sua obtenção), e ainda a reprodução do nº3 do art. 43 da LdC (advertência da eventual prática



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

de contra-ordenação) e a referência à eventual confidencialidade de documentos e modo de actuação se for o caso.

Ora, olhando ao pedido formulado, verifica-se que as questões e elementos colocados são puramente factuais e de fornecimento de documentos, pelo que não se pode considerar que nenhum dos elementos pedidos e informações solicitadas violam o direito à não auto-incriminação das arguidas tal como ele é entendido em procedimentos sancionatórios e administrativos de concorrência.

Nenhum dos elementos solicitados pela AdC implicava, para a arguida, uma admissão da prática dos ilícitos imputados. Assim, o pedido de elementos foi perfeitamente válido e eficaz à luz da Lei da Concorrência e dos preceitos constitucionais aplicáveis.

Por outro lado nas inquirições a que a AdC procedeu no processo, não resulta deste que tenham obtido qualquer declaração por recurso a tortura, coacção, ofensa, abuso, intromissão, na vida, no domicílio, na correspondência ou telecomunicações privadas.

Pelo que improcede a arguida nulidade.

Utilização de prova selectiva

Alega a arguida que foi violado o princípio da presunção da inocência do arguido, bem como as regras de apreciação da prova, ao ter seleccionado e valorado a prova; que não tomou em consideração a totalidade da prova produzida, especialmente no que respeita aos depoimentos prestados pelas testemunhas inquiridas no âmbito do processo. É que na decisão impugnada a AdC desconsiderou liminarmente os elementos trazidos ao processo na sua defesa escrita.

O princípio da presunção da inocência é um princípio com assento constitucional: *Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*, (art. 32º da Const. Rep. Portuguesa) - sendo aliás um dos direitos fundamentais dos cidadãos (cf. art.º 18.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa; 11.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem; 6.º, n.º 2, da CEDH, e 14.º, n.º 2, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos).



Segura

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Dele decorre que, até ser definitivamente dado como provado que uma pessoa cometeu um crime, se presume que não o cometeu, presunção que não corresponde a uma presunção propriamente dita mas antes a um verdadeiro direito do arguido: enquanto não for demonstrada a culpabilidade do arguido, não é admissível a sua condenação.

Este princípio da presunção da inocência refere-se, sempre, a factos, nunca a conclusões ou a qualificações jurídicas.

Corolário deste princípio é o *princípio in dubio pro reo*, princípio probatório de acordo com o qual a dúvida em relação à matéria de facto é sempre valorada em sentido favorável ao arguido. Assim, perante factos incertos que criam no julgador uma dúvida razoável e irremovível ou "*patentemente insuperável*" (Ac. STJ de 16-06-00), o julgador terá de favorecer o arguido, não dando tais factos como provados, e, consequentemente, absolvendo-o da infracção que lhe é imputada. Resumindo, só a prova de todos os elementos constitutivos de uma infracção permite a sua punição.

No caso dos autos está em causa, afigura-se, uma distinta valoração e/ou apreciação das provas produzidas, por parte da arguida. Entende em suma a arguida que da prova recolhida durante a fase da instrução, não resultam os factos que a AdC entendeu que resultavam e com base nos quais condenou a arguida pela prática da contra-ordenação.

É legítimo.

Quanto à desconsideração dos elementos trazidos ao processo pela arguida na sua defesa escrita face à nota de ilicitude, cabe em primeiro lugar dizer que não se tratou de elementos probatórios novos, antes de um diferente entendimento quanto à prova produzida, ao que dela resulta segundo a arguida. Sobre tal matéria debruçou-se a AdC no capítulo I.6 ("Apreciação da defesa Escrita da Arguida pela Autoridade da Concorrência") da decisão impugnada.

As provas recolhidas constam do processo (composto, até à decisão, por 16042 páginas).

No mais, sendo legítima a discordância da arguida sobre a valoração da prova feita pela AdC, não se vislumbra qualquer preterição do princípio da presunção de inocência



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

nem das regras de apreciação de prova. A AdC não retirou é da análise e valoração dos elementos trazidos ao processo pela arguida as conclusões que esta pretendia que retirasse. Ora, saber se os tais elementos foram ou não bem valorados é questão de julgamento, que não está em apreciação nesta sede. O que importa aqui, é saber se tais elementos foram ou não valorados, e a resposta é positiva.

Como dissemos já, o direito de audiência e defesa plasmado no art. 50 do RGCO e art. 32 n.º 10 da Constituição da República Portuguesa, é o direito que assiste ao arguido de não lhe ser aplicada uma sanção sem que lhe seja dada uma concreta e efectiva possibilidade de se pronunciar sobre a infracção que lhe é imputada. Direito que se estende à possibilidade de apresentação de provas. Já a valoração que depois é delas feita, é alheia ao direito de defesa da arguida. É questão de julgamento. E quaisquer interpretações, valorações ou consequências extraídas pela AdC da defesa apresentada pela arguida são passíveis de ser sindicadas pelo Tribunal. O que, estando em causa um recurso de impugnação, vai seguramente sê-lo. O Tribunal vai verificar se a AdC fez o correcto enquadramento fáctico e jurídico da conduta imputada à arguida, bem como todos os factores que a AdC considerou relevantes em sede de medida da coima, e vai considerar a defesa da arguida no seu conjunto. Ou seja, vai sindicar e houve ou não por parte da AdC erros de julgamento e de apreciação da prova e decidir em conformidade com as conclusões a que chegar.

Concluindo, o facto de a AdC não ter “valorado” os argumentos apresentados pela arguida e considerado, com base nos mesmos, que esta praticou a contra-ordenação que lhe é imputada, não constitui qualquer violação dos seus direitos de defesa.

Não disponibilização (injustificada) de todos os elementos do processo

Alega a arguida que foram retirados do processo, pelo menos, as fls. 12.797 a 12.988, 12.990 a 13.318, 14.628, 14.658 a 14.667 e 15.188. E que a fls. 15.551 e 15.552 do processo consta um auto no qual a AdC lista os documentos confidenciais que o compõe, sendo aí referidas aquelas folhas.

Entende que a AdC não fundamentou o motivo pelo qual, no seu entender, a



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

informação não deveria, de facto, ser revelada. E que, por não ter tido acesso a esses documentos não pode pronunciar-se sobre os mesmos. Que, ainda que não tenham sido invocados nem na nota de ilicitude nem na decisão impugnada, não pode verificar se são utilizáveis em sua defesa, pelo que foi preterido o seu direito de defesa consagrado no art. 32 nº10 da CRP, bem como o princípio da igualdade de armas entre a acusação e a defesa e o direito a um processo equitativo tal como previsto no art. 20 da CRP.

Alega ainda que foi violado o seu direito de defesa porquanto não pode pronunciar-se sobre o conteúdo de outros documentos do processo, tendo detectado páginas a negro, ou sem conteúdo visível.

Documentos confidenciais

A fls. 1551 e 1552 do processo consta um "auto" datado de 13.09.2010, com a "Listagem de documentos confidenciais do processo contra-ordenacional nº PRC/2006/12", com identificação de quatro documentos confidenciais numerados de 1 a 4 e com identificação das respetivas folhas do processo onde cabem (15188, 14628, 14658 a 14667 e 12797 a 12988 e fls 12990 a 13318), referindo-se em relação a cada um que contém informação considerada confidencial pela empresa e com as seguintes descrições: "*montante de receitas em euros para cada um dos parques explorados pela CPE para os anos (exercícios) de 2006 e 2007*", "*percentagem das receitas que é proveniente de estacionamentos com tarifa diurna e com nocturna nos parques explorados pela CPE*", "*distribuição percentual da permanência de estacionamento*" (nos parques explorados pela empresa) entre 1 de Janeiro de 2007 e 31 de Dezembro de 2007, e "*cópias de diversos contratos celebrados entre a EMEL e outras entidades associadas da ANEPE, nomeadamente a FL Gaspar, Multifrota, Resopre e Brisa*".

Por ter aqui inteira aplicação, reproduz-se o decidido no processo nº 766/06.4TYLSB do 2º Juízo deste Tribunal, com o que se concorda, na íntegra:

"A AdC, constituída como pessoa colectiva de direito público, foi criada precisamente para assegurar a aplicação das regras da concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores (art. 1º dos Estatutos da AdC).

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

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

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

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

No que concerne aos processos relativos a práticas proibidas a AdC, no exercício dos seus poderes sancionatórios, procede à abertura de um inquérito e, se entender que há indícios suficientes de infracção, dá início à instrução do processo (arts. 24º e 25º da Lei 18/2003). Nesta instrução a autoridade procede às diligências de prova que entende necessárias, oficiosamente e a requerimento das arguidas, caso entenda que as diligências que efectuou na fase de inquérito são insuficientes ou podem e devem ser complementadas.

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



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

falta de resposta das empresas ou a resposta falsa inexacta ou incompleta está tipificada como contra-ordenação (art. 43º, nº 3, al. b), da Lei 18/2003).

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

Da simples leitura das supra citadas disposições legais resulta à evidência que está expressamente prevista a possibilidade de num processo de contra-ordenação haver elementos que não podem ser disponibilizados à arguida, ou seja, que a confidencialidade é, em abstracto, admissível e lícita, estando a AdC obrigada a respeitá-la e a fazê-la respeitar. A questão que se coloca é a de determinar qual a extensão que tal confidencialidade pode ter.(...)

É indiscutível que os direitos de defesa da arguida fazem parte dos direitos fundamentais (art. 32º, nº 10, da CRP, inserido no Capítulo I – Direitos, liberdades e garantias pessoais - do Título II – Direitos, liberdades e garantias -, da Parte I – Direitos e Deveres Fundamentais).

Mas também é certo que a salvaguarda da não divulgação dos segredos de negócio das empresas, designadamente das concorrentes das arguidas, é indispensável para que a AdC possa cumprir as suas funções (assegurar a aplicação das regras da concorrência) e, consequentemente, para que o Estado assegure a realização de uma das suas incumbências prioritárias: assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, garantir a equilibrada concorrência entre as empresas e reprimir práticas lesivas do interesse geral (art. 81º, al. f), da CRP). Com efeito, só se pode exigir da parte dos operadores no mercado que colaborem com a AdC e lhe transmitam documentos e informações que são confidenciais, já que são elementos nos quais se baseiam as respectivas actividades económicas, se lhes for dada a



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

garantia de que não vai ser dada publicidade a tais elementos, nomeadamente no que às suas concorrentes respeita.

Por conseguinte, entende o Tribunal que (...), quando os direitos de defesa e o interesse na não divulgação dos segredos de negócio estão em confronto, há que fazer uma "ponderação sobre a prevalência de um ou de outro desses interesses, face ao caso concreto".

A necessidade de ponderação tem também sido defendida pela jurisprudência comunitária, citando-se a título de exemplo o Ac. do TPI de 29.06.95, Proc. T-30/91: "A este respeito deve recordar-se em primeiro lugar que, segundo um princípio geral que se aplica no decurso do procedimento administrativo e de que o artigo 214 do Tratado bem como diversas disposições do Regulamento nº 17 constituem a expressão, as empresas têm direito à protecção dos seus segredos de negócios (V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 1986. Akzo Chemie/Comissão, 53/85, Colect., p. 1965, n. 28, e de 19 de Maio de 1994, SEP/Comissão, C-36/92 P, Colect., p. I-1911, n. 36). O Tribunal considera, todavia, que este direito deve ser equilibrado com a garantia dos direitos de defesa."

Cita-se, ainda, a este propósito, o Despacho do Presidente da 5ª secção do TPI de 15.06.06, Proc. T-271/03 "para apreciar as condições em que pode ser atribuído um tratamento confidencial a certos elementos dos autos, é necessário ponderar, relativamente a cada peça processual ou excerto de peça processual para a qual seja pedido um tratamento confidencial, a preocupação legítima da recorrente de evitar que os seus interesses comerciais sejam afectados de forma grave e a preocupação, igualmente legítima, das intervenientes de dispor das informações necessárias para poderem cabalmente invocar os seus direitos e expor a sua tese perante o juiz comunitário".

Em suma, casos haverá em que o interesse da salvaguarda do segredo de negócio tem que ceder perante o direito de defesa da arguida. Mas tal só em concreto pode ser aferido, *i.e.*, só procedendo a uma análise dos elementos considerados confidenciais e da sua relevância para o processo, quer enquanto elemento de prova a ser usado pela acusação, quer enquanto elemento que possa ser usado pela defesa, é que se pode concluir que, no



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

caso concreto, o interesse legítimo dos terceiros tem de ceder sob pena de se violarem os direitos de defesa da arguida."

Pode assim haver interesses de terceiros a considerar: os resultantes da protecção dos seus segredos de negócio. Recebidos os documentos em causa, a AdC faz, em primeira-mão, uma análise desses elementos e, caso entenda justificado, qualifica-os como confidenciais.

Ora, esta análise da AdC é sindicável, e em abstracto é-o, quer pela arguida quer pelo Tribunal.

De acordo com o regime legal vigente as empresas, ao remeterem informações ou documentos relativamente aos quais pretendam que seja salvaguardada a confidencialidade, devem fazer tal indicação e fazê-lo de forma fundamentada (art. 18º da Lei 18/2003). Por sua vez a AdC tem que analisar os elementos que estiverem em causa e, se entender estar justificado o pedido, assegurar a requerida confidencialidade.

Tal implica, no entender do Tribunal, que a AdC, ao "retirar" do processo que vai estar acessível à arguida determinados elementos, deve elaborar uma listagem que junta ao processo, na qual identifica os documentos que reputa de confidenciais. Dessa listagem devem constar as razões que levaram a que os elementos em causa fossem qualificados como confidenciais, sendo certo que tal fundamentação muitas vezes resulta da própria natureza dos documentos (neste sentido Ac. TPI de 29-06-1995, Proc. T-30/91).

E é o que sucede, no caso dos autos, considerando a descrição que dos mesmos é feita na listagem que está junta a fls. 15551 e 15552. São documentos, como se retira da respectiva descrição, que contêm informações abrangidas pelo "segredo do negócio" das empresas que os apresentaram, relacionadas com receitas, contratos celebrados. Resulta claro da descrição que consta da listagem, e dispensa mais fundamentação.

Tratam-se de documentos, de resto, juntos por associadas da arguida, que poderia, como sublinha a AdC, e dentro do prazo de defesa, ter pedido o levantamento da confidencialidade.

Documentos ilegíveis



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Da análise feita do processo, estamos em condições de assegurar que por ex. a fls. 14.408, 379, 380, 384, 1022, 1030, 1106, 1671, 1675, 1758, 1897, 2524, 2557, 2604, 4831, estão separadores de documentos juntos ao processo. Separadores em cartolina e de várias cores. E que de outras das folhas que a arguida enumera no seu recurso, por ex. 14.379, 14 403, 1672, 1766, 4234, 4197, 4576, constam documentos, juntos ao processo durante a sua instrução. E que, por ex. a fl. 2666 tem apenas um traço oblíquo ao longo de toda a folha, fazendo parte integrante de um documento junto por terceiros durante a instrução do processo. Assim como a fl. 3647.

O que tudo a arguida podia ter verificado, pela mera consulta do processo quando passou a ter livre acesso ao mesmo, podendo antes, quando recebeu as cópias que lhe foram a seu pedido fornecidas pela AdC e verificou que as folhas em causa nada revelavam, solicitar esclarecimento à AdC sobre o eventual lapso do funcionário que tirou as cópias, ou os esclarecimentos que entendesse.

Não podemos deixar de acolher o que já neste Tribunal reiteradamente se decidiu a propósito da mesma questão, nos termos que constam da citação feita pela AdC no art. 264 da sua decisão: tendo a arguida tido um comportamento totalmente passivo nesta matéria desde que foi notificada da nota de ilicitude, o facto de vir agora suscitar esta questão raia a violação dos seus deveres de diligência e boa fé processuais. *“O primeiro obriga os sujeitos processuais a «reagir contra nulidades ou irregularidades que consideram cometidas e entendam relevantes... não podendo naturalmente escudar-se na sua própria negligência no acompanhamento das diligências ou audiências para vir reclamar o cumprimento da lei relativamente a actos em que estiveram presentes e de que, agindo com a prudência normal, não puderam deixar de se aperceber». O segundo impede que os sujeitos processuais «possam aproveitar-se de alguma omissão ou irregularidade porventura cometida ao longo dos actos processuais em que tiveram intervenção, guardando-a como um «trunfo» para, em fase ulterior do processo, se e quando tal lhes pareça conveniente, a suscitarem e obterem a anulação do processado»”* (João Conde Correia, *Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*, in *Studia Iuridica* 44, C^a



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Ed., p.148, n.328).

Acrescenta ainda este autor, a propósito da razão de ser do regime que permite a sanção dos vícios por falta de arguição, que tal regime se destina também a 'evitar que o interessado, em vez de arguir de imediato a nulidade, guarde esta possibilidade para utilizar no momento mais oportuno, se e quando for necessário. Conduta processual que, para além de ser muito reprovável, teria como consequência necessária a inutilização de todo o processado posterior, muitas vezes apenas na sua fase decisiva e no fim de uma longa marcha, que só com muito custo poderá ser refeita'.

Em suma, não foi preterido no plano das provas o direito de audição e defesa da arguida, nenhuma nulidade tendo sido cometida.

*

4. A violação do direito de defesa no plano do Direito

Sustenta a arguida que a AdC violou ainda os direitos de audiência e defesa e o princípio da presunção de inocência da arguida no plano do Direito.

Alega que a AdC não apresenta a necessária operação de subsunção do comportamento da arguida aos concretos elementos do tipo contra-ordenacional pelo qual a mesma surge condenada, limitando-se a relatar factos e convicções suas para concluir, a final, e sem se perceber em que medida, pela prática da contra-ordenação prevista no artigo 4º da LdC; e que na decisão impugnada, a AdC considerou que a alegação feita pela arguida em sede de defesa escrita quanto a esta matéria constituiria uma repetição do alegado quanto à violação de direitos fundamentais no plano dos factos, o que significa que a Autoridade desconsiderou a especificidades do plano do Direito e em sede de decisão impugnada veio repetir os mesmos vícios que constavam da nota de ilicitude.

Sem razão, no entanto.

Quanto ao direito de defesa da arguida, o que o art. 50 do RGCOOC dispõe é que, *não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre.*



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Analizamos já a dimensão e os contornos concretos desta previsão: a nota de ilicitude tem de fornecer ao arguido a *totalidade dos aspectos relevantes*, tanto no que toca ao enquadramento fáctico como no que toca ao enquadramento jurídico, ou seja, o que tem que constar são os elementos essenciais relativos ao cometimento da infracção e aos seus autores, acrescidos do respectivo enquadramento jurídico.

E a nota de ilicitude no caso dos autos contém os elementos essenciais relativos ao enquadramento jurídico dos factos (expostos e apreciados no ponto II da nota), no capítulo III, em especial nos pontos III.1.4.2. “o comportamento da ANEPE enquanto Decisão de Associação de Empresas” (v.g. arts. 266 a 270); III.1.5. “o objecto ou efeito de impedir, restringir, ou falsear, de forma sensível, a concorrência” (v.g. arts. 285, 292 e 293); III.1.6. “a restrição sensível da concorrência no mercado relevante” (v.g. arts. 294, 296 e 297), onde por remissão para os factos expõe a motivação da sua conclusão de que os mesmos integram a previsão da norma que proíbe aquela conduta (que conclui no ponto III.1.8 “ilicitude”), expondo ainda no ponto III.1.7, “elemento subjectivo” (arts. 301 a 307) a motivação da decisão sobre a imputação subjectiva da infracção.

Na decisão impugnada (arts. 266 a 268) a AdC considerou que os argumentos expendidos pela arguida a propósito da “preterição de direitos fundamentais no plano do Direito” estavam já exaustiva e suficientemente tratadas em pontos anteriores da decisão, pelo que entendeu “evitar desnecessárias repetições”.

Não é por isso legítima a conclusão da arguida que a AdC desconsiderou na decisão os argumentos expendidos a propósito (leia-se, sob a epígrafe “preterição de direitos fundamentais no plano do Direito”) na decisão impugnada. Diríamos, pela análise global da decisão impugnada, que apenas não seguiu o enunciado delineado pela arguida na exposição dos seus argumentos na defesa escrita. O que não constitui qualquer violação do seu direito de defesa.

Quanto à censura feita pela arguida à falta de recondução da infracção a qualquer das restrições típicas enunciadas no nº1 do art. 4 da LdC, entendemos que também aqui não lhe assiste razão.



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Desde logo a questão suscitada nada tem a ver com direito de audiência e defesa da arguida. Como já se repetiu, do direito de audiência e defesa resulta tão só que a ninguém pode ser aplicada uma sanção sem que, previamente, lhe tenha sido dada a possibilidade de se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados e sobre o respectivo enquadramento jurídico. Reconhece-se contudo que a arguida dirige à decisão, neste aspecto, apenas uma censura (“estranha” que a AdC não tenha feito o esforço de reconduzir a infracção às restrições típicas enunciadas no nº1 do art. 4). Assim, neste momento, a haver algum vício da decisão impugnada seria o de falta de fundamentação nos termos do art. 58, que não o de violação do direito de defesa.

Julgo, em conclusão, improcedente a arguida nulidade.

5. A violação do direito de defesa no plano da sanção

Alega a arguida que a AdC procedeu a uma análise meramente formal dos critérios para a determinação da medida concreta da coima previstos no artigo 44º da LdC, primeiro na nota de ilicitude e depois na decisão impugnada, porquanto se limita a referir o regime legal, acompanhando esta referência de um conjunto de conceitos genéricos e abstractos, sem que a sua apreciação do presente caso tenha por base factos concretos que permitam perceber os critérios ponderados e a razão da medida da sanção aplicada pela AdC.

No ponto III.2. da nota de ilicitude, “determinação da coima” (medida, critérios, gravidade da infracção, vantagens, carácter reiterado ou ocasional, grau de participação, colaboração prestada, comportamento na eliminação das práticas e na reparação dos prejuízos, volume de negócios – arts. 309 a 325), constam os elementos essenciais para o exercício do direito de defesa da arguida, nos moldes que já expusemos supra.

Depois, no que concerne aos critérios para determinação da medida da coima, mesmo que assistisse razão à arguida quanto a não terem sido concretizados determinados factores na determinação da culpa e na fixação da medida concreta da coima, ou de na decisão não haver factos concretos mas apenas conclusões, tal nunca importaria a anulação da decisão recorrida e muito menos a sua nulidade por violação dos direitos de defesa. Nesse caso, e porque foi interposto recurso de impugnação judicial da decisão final, caberia



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal, Letra G - 1100-038
Telef: 213222900-Fax: 213479845-Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

ao Tribunal atender a tais circunstâncias e, caso as considerasse relevantes, concluir em conformidade (ou seja, absolvendo a arguida, reduzindo a coima ou substituindo a coima por uma admoestação, consoante a relevância que atribuísse a cada factor).

Sucedo, porém, que nessa fase e quanto a esta valoração da AdC, não está já em causa o direito de defesa da arguida. Neste ponto estamos num momento subsequente: o da valoração feita na decisão recorrida dos elementos carreados para os autos pela arguida e pela AdC e o da valoração de vários factores em sede de determinação da medida da coima. Significa isto que aí a questão releva em sede de eventual erro de julgamento por parte da autoridade e/ou erro na apreciação da prova não da violação do direito de defesa que se afere em momento prévio.

Quaisquer interpretações, valorações ou consequências extraídas pela Autoridade da defesa apresentada pela arguida ou a não relevância dada pela autoridade a elementos constantes dessa mesma defesa são passíveis de ser sindicadas pelo Tribunal, e, estando em causa um recurso de impugnação, vão seguramente sê-lo, i.e., o Tribunal verifica se a AdC fez o correcto enquadramento fáctico e jurídico da conduta imputada à arguida, analisa todos os factores que a AdC considerou relevantes em sede de medida da coima, quer como agravantes quer como atenuantes e vai, obviamente, considerar a defesa da arguida na sua totalidade. Por outras palavras, o tribunal vai sindicar se houve ou não por parte da AdC erros de julgamento e de apreciação da prova e decidir em conformidade com as conclusões a que chegar.

Existindo esta fase de recurso jurisdicional as garantias processuais da arguida não ficam minimamente beliscadas com quaisquer interpretações e/ou valorações que a Autoridade faça ou qualquer "omissão" da decisão recorrida. Garantida que foi à arguida a possibilidade de se pronunciar, deu-se cumprimento ao disposto no art. 50º do RGCO, respeitando-se assim o seu direito de audiência e defesa da arguida.

Alega ainda a ANEPE que, não tendo sido indicada em que coima a arguida incorreria - ou seja, a coima aplicável ao caso da arguida e não a qualquer violação do artigo 4º da LdC - saiu violado o direito de audiência e de defesa da arguida, previsto nos



Sgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

artigos 26º da LdC e 50º do RGCO, que impõe que à arguida seja dada a oportunidade de se pronunciar sobre a sanção em que incorre.

Analizamos já a questão, a propósito da alegada violação do direito de defesa no plano dos factos, tendo concluído que o facto de na nota de ilicitude não constar a concreta coima a aplicar à arguida não constitui qualquer violação do seu direito de defesa, estando este perfeitamente respeitado ao enunciar a medida legal da coima aplicável e os critérios legais a ter em conta na sua determinação, bem como os elementos relevantes para a dosimetria da coima no caso concreto e a possibilidade de aplicação no caso de uma sanção acessória.

Quanto à ininteligibilidade da decisão impugnada por falta de indicação dos factos e critérios que levaram a AdC a concluir que determinadas empresas associadas participaram no comportamento proibido, falta essa que constitui uma violação dos seus direitos fundamentais de defesa, entende o Tribunal que a decisão impugnada se mostra suficientemente fundamentada ao enunciar as empresas que considera terem tido participação no comportamento, por remissão para a matéria de facto e pelos fundamentos da exclusão da Promoparques dessa participação (art. 682 e 683 da decisão impugnada), sendo de molde a permitir à arguida aperceber-se das razões da decisão e exercer o seu direito de defesa.

Invoca ainda a final a arguida a nulidade da aplicação, de forma automática e não fundamentada, da sanção acessória de publicação da decisão condenatória, por violação do seu direito de audiência e defesa, bem como do princípio da presunção da inocência consagrados nos arts. 32 da CRP e 50 do RGCO e 19 nº1 e 45 da Lei 18/2003, e que corresponde à falta de fundamentação da decisão impugnada, em violação da Constituição, do RGCO e do CPP.

Consta desde logo da nota de ilicitude a referência à possibilidade de aplicação no caso de uma sanção acessória. Do que a arguida foi notificada e teve oportunidade de se pronunciar (a publicitação da decisão íntegra a al. a) do nº1 do art. 45 da LdC citado naquela nota).



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Na decisão impugnada consta, no art. 673, a fundamentação da decisão da aplicação da sanção acessória prevista na al. a) do nº1 do referido art. 45: a gravidade da infracção cometida (previamente apreciada), o facto de determinados elementos constitutivos da decisão de associação de empresas objecto da decisão, mormente a comunicação de 9.05.2006, ter sido objecto de publicação no boletim informativo da ANEPE, bem como por o mesmo ter sido divulgado externamente à própria associação, e atendendo às exigências de prevenção geral e especiais (apreciadas antes), justificam a aplicação de tal sanção acessória.

Não se mostra, assim, a sanção acessória aplicada de forma automática e não fundamentada. Pode a arguida não concordar com os fundamentos e com a decisão de aplicação da referida sanção, mas a decisão impugnada contém a exposição dos motivos da aplicação, no caso, da sanção acessória.

Improcede, pois, a arguida nulidade.

6. Da violação da liberdade de associação

Alega a arguida no seu recurso de impugnação sob a epígrafe “preterição de outros direitos fundamentais”, que assume no caso dos autos particular relevância a liberdade de associação, considerada como direito, liberdade e garantia, que beneficia do regime geral dos direitos fundamentais previsto nos arts. 17 e 18 da CRP que terá de se considerar a actuação da ANEPE, no desenvolvimento da actividade legítima de associação.

Termina no art. 498 do recurso arguindo a inconstitucionalidade da norma correspondente aos arts. 4 e 43 da LdC na interpretação que a AdC lhes confere, ao considerar uma carta que dirige aos membros da Associação em relação a alterações legislativas do sector como “recomendação” configurável como uma infracção às regras da concorrência, porquanto tal interpretação da norma determina uma restrição à actividade legítima das associações.

Nos termos do nº2 do art. 46 da CRP, *as associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas actividades senão nos casos previstos na lei e mediante*



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

decisão judicial.

Ora, o facto de a AdC ter considerado a carta que a ANEPE dirgiu aos membros da associação em relação a alterações legislativas do sector como “recomendação” configurável como uma infracção às regras da concorrência, não viola a liberdade de associação constitucionalmente consagrada. Tal só configurará uma restrição à actividade legítima das associações se, de facto, tal prática for legítima; se se compreender no prosseguimento dos seus fins e não constituir um ilícito, nomeadamente contra-ordenacional, e em concreto uma prática proibida pelo art. 4 da LdC.

Se constituiu ou não uma prática proibida pelo art. 4 da LdC é matéria que apreciaremos mais adiante, cabendo aqui apenas sublinhar a improcedência desta argumentação da arguida.

Das inconstitucionalidades

Vem a arguida invocar a inconstitucionalidade dos arts. 50º do RGCO e 26 nº1 e 4 da Lei 18/03, por violação do art. 32º, nº 5 e 10, e 205º, nº 1, ambos da Constituição, quando interpretados no sentido de que não é necessário a autoridade administrativa:

(i) fundar a sua decisão condenatória em concretos factos, bastando-se com a aplicação de conceitos por si definidos e interpretados de acordo com teorias e com meros exercícios de raciocínio;

(ii) dar ao arguido a oportunidade de se pronunciar convenientemente sobre os novos factos e respectivo enquadramento constantes da decisão instrutória antes de esta ser proferida, apresentando a sua versão dos mesmos;

(iii) dar ao arguido a oportunidade de contraditar convenientemente todos os elementos constantes do processo, incluindo aqueles que, neste caso, a AdC classificou como confidenciais;

(iv) dar ao arguido a oportunidade de se pronunciar convenientemente sobre a versão e o enquadramento jurídico que a autoridade administrativa pretenda aplicar aos factos que estão na origem da censura que se pretende fazer ao arguido; e/ou



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

(v) dar ao arguido a oportunidade de se pronunciar convenientemente sobre a sanção (ou sanções) que a autoridade administrativa considera dever ser aplicada ao arguido no caso concreto antes da respectiva condenação.

Prevê o artigo 205º, nº 1, da Constituição que, *“As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.”*

Ora, e não entrando sequer na apreciação da bondade da equiparação da decisão final da autoridade administrativa a uma sentença para este efeito, não se entende em que medida é que a interpretação dos artigos relativos à extensão do direito de defesa da arguida em processo contra-ordenacional e nomeadamente na fase administrativa do processo, podem de alguma forma contender com o princípio constitucional que determina que as decisões têm de ser fundamentadas.

Não se vislumbra, pois, a existência de qualquer violação do art. 205º, nº 1, da Constituição.

Quanto ao art. 32º, invoca a arguida os seus números 5 e 10. O citado nº 5 dispõe o seguinte: *O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.*

Da simples leitura do preceito resulta evidente a sua inaplicabilidade aos processos de contra-ordenação. Com efeito, nele estão consagrados o princípio acusatório (1ª parte) e o princípio do contraditório (2ª parte), dois princípios essenciais do processo penal.

Sucede que o princípio do acusatório (que proíbe que o juiz de instrução seja o órgão de acusação, que o órgão de acusação seja o órgão julgador e que o órgão de instrução seja o órgão de julgamento) não é válido no direito contra-ordenacional (no qual na fase administrativa é o mesmo órgão quem acusa, investiga e sanciona). Por seu turno, o princípio do contraditório está consagrado no nº 10 deste artigo, não havendo, por conseguinte, que recorrer ao nº 5. Em suma, dos vários números do art. 32º da Constituição apenas o nº 10 respeita aos processos de contra-ordenação.

Ora quanto à amplitude da garantia constitucional plasmada neste art. 32º, nº 10,



Sgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

tal norma implica tão-só ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audição) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade.

Assim, tendo o Tribunal concluído que a AdC respeitou o direito de audiência e defesa da arguida, a interpretação feita do art. 50º do RGCOC e dos arts. 19º e 26º da Lei nº 18/03 é uma interpretação conforme à Constituição, inexistindo, por conseguinte, a invocada constitucionalidade.

Não existem outras nulidades, excepções, questões prévias ou incidentais de que cumpra conhecer e obstem ao conhecimento do mérito da causa.

II. Fundamentação

II.1. Matéria de facto provada

Com relevância para a decisão da causa, abstraindo dos conceitos jurídicos e dos factos conclusivos constantes da decisão da AdC e do recurso da arguida, mostram-se provados os seguintes factos:

1 - A ANEPE é uma associação de empresas que congrega empresas de estacionamento, ou seja, empresas que tenham por objecto o exercício da gestão e exploração de parques e ou lugares de estacionamento, cobertos ou à superfície, públicos ou privados, sendo igualmente admitidos como associados as pessoas singulares ou colectivas que se dediquem, habitual e lucrativamente, à comercialização de equipamento para utilização em parques de estacionamento;

2 - Tem por objecto promover a defesa dos interesses profissionais dos associados, elaborando estudos e informações sobre o sector, promovendo a actividade dos associados junto de entidades ou instituições, públicas ou privadas, intervindo na apreciação de quaisquer projectos ou actividades que se relacionem com o seu objecto, nomeadamente em tudo o que vise a implementação, manutenção e desenvolvimento de uma política de circulação e estacionamento compatível com a actividade dos associados;



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

3 - A ANEPE foi constituída a 22 de Abril de 1996, por escritura outorgada pelas seguintes empresas: ESLI – Parques de Estacionamento de Lisboa, S.A., Emparque – Empreendimentos e exploração de parqueamentos, S.A. e Socoparque – Parques de Estacionamento, S.A. (Escritura de constituição da ANEPE, a fls. 1795).

4 - Em 2006, esta associação contava com 21 associados, divididos entre duas categorias: “operadores” (empresas gestoras de parques ou de lugares de estacionamento), e “instaladores” (empresas que se dedicam à comercialização de equipamentos para utilização em parques de estacionamento):

| Operadores |
|--|
| CPE – Companhia de Parques de Estacionamento, S.A. |
| EMEL – Empresa Pública Municipal de Estacionamento de Lisboa, E.P.M. |
| EMPARQUE – Empreendimentos e Exploração de Parqueamentos, S.A. (Grupo Emparque) |
| ESLI – Parques de Estacionamento, S.A. (Grupo Emparque) |
| Estação Shopping – Imobiliária, S.A. |
| GISPARQUES – Planeamento e Gestão de Estacionamento, S.A. (Grupo Emparque) |
| GISPARQUES II – Planeamento e Gestão de Estacionamento, S.A. (Grupo Emparque) |
| PARQUA – Parques de Estacionamento da Amadora, S.A. (Grupo Emparque) |
| Parques da Estação – Empreendimentos e Exploração de Estacionamento, S.A. (Grupo Emparque) |
| Promoparques – Promoção e Gestão de Parques de Estacionamento, S.A. |
| SIENT – Sistemas de Engenharia de Trânsito, S.A. |
| SP GIS – Planeamento e Gestão de Estacionamento, S.A. (Grupo Emparque) |



Sgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

| |
|---|
| SPEL – Sociedade de Parques de Estacionamento, S.A. |
| Instaladores |
| BAER – Brisa Access Electrónica Rodoviária, S.A. |
| Carlos Manuel Estima Oliveira |
| ENA Portugal – Sistemas de Telecomunicações, S.A. |
| Fernando L. Gaspar – Sinalização e Equipamentos Rodoviários, S.A. |
| MULTIFROTA – Comércio e Gestão de Frotas, Lda. |
| Park System – Sistemas Inteligentes para Gestão e Controlo de Estacionamento, Lda. |
| RESOPRE – Sociedade Revendedora de Aparelhos de Precisão, S.A. |
| Scheidt & Bachmann Portugal - Sistemas de Gestão para Parques de Estacionamento, Unipessoal, Lda. |

5 - As empresas operadoras associadas representavam, em 2006, cerca de 130.000 lugares de estacionamento em Portugal (continente e regiões autónomas), distinguindo entre “Unidades Autónomas de Exploração”, “Unidades de Apoio ou Complementares de estruturas comerciais”, “Parques de estacionamento privado” e “Estacionamento à superfície”:

| Lugares de estacionamento, por tipo de parque e por associado da ANEPE | | | | |
|--|----------------------------------|--|-----------------------------------|-----------------------------|
| | Unidades Autónomas de Exploração | Unidades de Apoio ou complementares de estruturas comerciais | Parques de estacionamento privado | Estacionamento à superfície |
| Associado | N.º lugares | N.º Lugares | N.º Lugares | N.º Lugares |
| CPE | 4.642 | 872 | 0 | 1.324 |



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

| | | | | |
|------------------|---------------|---------------|--------------|---------------|
| Carlos Oliveira | 0 | 0 | 285 | 150 |
| EMEL | 0 | 74 | 483 | 40.863 |
| Estação Shopping | 800 | 0 | 0 | 0 |
| Grupo Emparque | 9.381 | 14.230 | 0 | 21.940 |
| Promoparques | 0 | 852 | 0 | 0 |
| RESOPRE | 0 | 0 | 0 | 3.389 |
| SIENT | 0 | 0 | 3.418 | 3.189 |
| SPEL | 3.363 | 10.211 | 0 | 2.047 |
| TOTAL | 18.186 | 26.239 | 4.186 | 72.902 |

6 – Dá-se aqui por integralmente reproduzido o teor dos Estatutos da ANEPE, cuja cópia consta de fls. 1817 e segs.;

7 – Em 2006 era o seguinte o “Organograma Funcional” e descrição da “Competências” dos órgãos sociais e do Secretário-geral da ANEPE:

| Organograma Funcional e Competências |
|---|
| Assembleia Geral |
| Eleger e destituir os membros da Direcção e do Conselho Fiscal; Deliberar sobre a alteração dos estatutos; Apreciar e aprovar o relatório e contas da Direcção e o parecer do Conselho Fiscal sobre o exercício findo; Aprovar o plano das actividades e o respectivo orçamento proposto pela Direcção; Aprovar ou alterar o processo de eleição para os órgãos sociais e, sob proposta da Direcção, os regulamentos sobre o funcionamento dos mesmos, bem como a |



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

admissão de novos associados e a fixação do quantitativo da jóia e da quota;
Deliberar sobre a perda da qualidade de associado, nos termos do artigo 7.º dos estatutos;

Deliberar sobre a dissolução da Associação;

Deliberar sobre a aquisição, oneração ou alienação de quaisquer bens imóveis;

Deliberar sobre os acordos de fusão, associação ou federação;

Fixar a remuneração dos órgãos sociais.

Conselho Fiscal

Fiscalizar a actividade económico-financeira da Direcção;

Emitir parecer sobre o relatório e contas elaborado pela Direcção para apreciação e votação da Assembleia Geral;

Fazer-se representar nas reuniões da Direcção, sempre que o julgue necessário.

Direcção

Prosseguir o objecto estatutário e o cumprimento dos fins designados à Associação;

Zelar pelo cumprimento dos estatutos e deliberações dos órgãos sociais;

Assegurar a organização e o funcionamento dos serviços;

Gerir as actividades da Associação e administrar o seu património;

Representar a Associação, em juízo e fora dele;

Elaborar os regulamentos internos a aprovar em Assembleia Geral;

Elaborar o relatório e contas do exercício findo, bem como o plano de actividade e o respectivo orçamento para o ano seguinte;

Propor à Assembleia Geral o quantitativo da jóia de admissão e das quotas a pagar pelos associados;

Propor à Assembleia Geral a suspensão ou exclusão dos associados;

Organizar, contratar e gerir o pessoal da Associação;

Definir, em função das informações que lhe forem prestados pelos Associados e de acordo com os estatutos, o número de votos que deve ser atribuído a cada Associado, para efeitos do exercício do respectivo direito de voto na Assembleia



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

| |
|---|
| Geral. |
| Secretário-geral. |
| Obrigar a ANEPE na movimentação de contas bancárias, em conjunto com um dos Directores; |
| Representar a ANEPE junto dos Organismos oficiais e quaisquer entidades com que a ANEPE se relacione; |
| Organizar a área administrativa e financeira da ANEPE, nomeadamente no que se refere à prestação de contas fiscais e orçamentais. |

8 - Os órgãos sociais da ANEPE, nos triénios de 2003 a 2005, e de 2006 a 2008, apresentam a seguinte composição:

A) Triénio 2003 – 2005

1. Assembleia geral:

Presidente: EMEL – Empresa Pública Municipal de Estacionamento de Lisboa, E.P.M.

Secretário: RESOPRE – Sociedade Revendedora de Aparelhos de Precisão, S.A.

2. Direcção:

Presidente: SPEL – Sociedade de Parques de Estacionamento, S.A.;

Tesoureiro: EMPARQUE – Empreendimentos e Exploração de Parques, S.A.;

Vogal: SIENT – Sistemas de Engenharia de Trânsito, S.A.

Conselho Fiscal:

Presidente: Multifrota – Comércio e Gestão de Frotas, Lda.;

Vogal: Promoparques – Promoção e Gestão de Parques de Estacionamento, S.A.;

Vogal: ESLI – Parques de Estacionamento, S.A.



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

B) Triénio 2006 - 2008

1. Assembleia geral:

Presidente: EMEL – Empresa Pública Municipal de Estacionamento de Lisboa, E.P.M., representada pelo Senhor José Manuel Cactano Gomes;

Secretário: CPE – Companhia de Parques de Estacionamento, S.A., representada pelo Senhor Fernando Melo.

2. Direcção:

Presidente: BAER – Brisa Access Electrónica Rodoviária, S.A., representada pelo Senhor Guilherme de Magalhães;

Vice-presidente: SPEL – Sociedade de Parques de Estacionamento, S.A., representada pelo Senhor António Mendes;

Tesoureiro: EMPARQUE – Empreendimentos e Exploração de Parques, S.A., representada pelo Senhor Pedro Mendes Leal.

3. Conselho Fiscal:

Presidente: SIENT – Sistemas de Engenharia de Trânsito, S.A., representada pelo Senhor Serra Brandão;

Vogal: RESOPRE – Sociedade Revendedora de Aparelhos de Precisão, S.A., representada pelo Senhor João Guerra;

Vogal: Multifrota Parking, Lda., representada pelo Senhor Manuel Pinheiro.

9 - A composição dos órgãos sociais da ANEPE, nos triénios 2003-2005 e 2006-2008, era a seguinte:

| Composição dos Órgãos Sociais da ANEPE (triénios 2003/2005 e 2006/2008) | | |
|---|-------------|-------------|
| Órgãos | 2003 – 2005 | 2006 – 2008 |

*Seguia*

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

| | | |
|-------------------------|--|--|
| Sociais | | |
| Assembleia Geral | | |
| Presidente | EMEL , representada por António Monteiro | EMEL , representada por Caetano Gomes |
| Secretário | RESOPRE , representada por João Guerra | CPE , representada por Fernando Melo |
| Direcção | | |
| Presidente | SPEL , representada por António Mendes | BAER , representada por Guilherme Magalhães |
| Tesoureiro | EMPARQUE , representada por Pedro Mendes Leal | EMPARQUE , representada por Pedro Mendes Leal |
| Vogal | SIENT , representada por José Leal | SPEL , representada por António Mendes |
| Conselho Fiscal | | |
| Presidente | MULTIFROTA , representada por Manuel Pinheiro | SIENT , representada por Pedro Serra Brandão |
| Vogal | PROMOPARQUES , representada por Vítor Reis | RESOPRE , representada por João Guerra |
| Vogal | ESLI , representada por Luis Melo | MULTIFROTA , representada por Manuel Pinheiro |
| Data de eleição | 10 de Abril de 2003 | de Março de 2006 |

10 - Neste período de tempo, a Secretária-geral da ANEPE era Maria de Jesus Fiúza Lopes, nomeada pela Direcção da Associação a 19 de Julho de 2001, com efeitos a partir de 1 de Agosto de 2001;

11 - Previamente à sua nomeação como Secretária-geral da ANEPE, Maria de



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Jesus Lopes tinha já estado ligada aos órgãos sociais da associação, tendo sido vogal da Direcção, em representação das empresas associadas ESLI e EMPARQUE (ambas do Grupo Emparque), de 1998 a 2002;

12 - A ANEPE não possui uma estrutura humana permanente ou autónoma em relação às empresas associadas, dependendo, para o seu funcionamento quotidiano, para a generalidade das comunicações de e com os associados e terceiros, e para a actividade associativa em geral, da Secretária-geral, com o apoio administrativo de uma assistente administrativa a tempo parcial;

13 - A EMPARQUE – Empreendimentos e Exploração de Parqueamentos S.A., pessoa colectiva n.º 503 245 160, com sede social na Rua Joaquim António de Aguiar, 19, 2.º, Lisboa é uma sociedade anónima constituída em 1994, que tem por objecto principal “o exercício da actividade de construção e exploração de parques de estacionamento”;

14 - Grupo Emparque identifica-se como sendo a *sub-holding* do Grupo A. Silva & Silva na área da concepção, gestão e exploração do estacionamento automóvel. Nestes termos, detém um conjunto de participações societárias (totais, maioritárias, paritárias ou minoritárias) num conjunto alargado de sociedades comerciais que têm também como objecto social principal a concepção, gestão e exploração de estacionamento automóvel, nos seguintes termos:

A) Detenção da totalidade do capital social:

1. ESLI – Parques de Estacionamento, S.A.;
2. Gisparques – Planeamento e Gestão de Estacionamento, S.A.;
3. Gisparques II – Planeamento e Gestão de Estacionamento, S.A.;
4. Mr. Clean – Lavagem de veículos, S.A.;
5. Serparque – Serviços de Estacionamento, S.A.

B) Detenção, directa ou indirecta, da maioria do capital social:

1. Parques da Estação – Empreendimentos e Exploração de Estacionamentos, S.A.;
2. S.P. Gis – Planeamento e Gestão de Estacionamento, S.A.;
3. Street Park – Gestão de Estacionamento, ACE.



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

C) Detenção de metade do capital social:

1. ParqueGil – Planeamento e Gestão de Estacionamento, S.A.;
2. ParqA – Planeamento e Gestão de Estacionamento, S.A.;

D) Detenção de participação minoritária:

1. Parques do Tamariz – Sociedade de Exploração de Estacionamento, S.A.;
2. Figueira Parques – Empresa Pública Municipal de Estacionamento da Figueira da Foz, E.M.;
3. PeVR – Parques de Estacionamento de Vila Real, S.A.;
4. SITEE – Sistema Integrado de Transportes e Estacionamento de Évora, E.M.

15 – Consta do relatório de gestão do exercício de 2006 da “Emparque” que, em 31 de Dezembro de 2006, o Grupo Emparque geria ou explorava 56.205 lugares de estacionamento, dos quais cerca de 40% estavam localizados em parques subterrâneos, 35% na rua e 25% em parques de superfície, e que as empresas do Grupo Emparque estão presentes em todo o país e, em 31 de Dezembro de 2006, operavam nos concelhos de Almada, Amadora, Barreiro, Beja, Cascais, Évora, Faro, Figueira da Foz, Leiria, Lisboa, Loures, Maia, Montijo, Palmela, Portimão, Porto, Santarém, Seixal, Setúbal, Sintra e Vila Real;

16 - Em 2006, o volume de negócios consolidado do Grupo Emparque foi de €30.581.552,00 (trinta milhões, quinhentos e oitenta e um mil, quinhentos e cinquenta e dois euros);

17 - A SPEL – Sociedade de Parques de Estacionamento S.A., pessoa colectiva n.º 501 737 855, com sede social na Rua Guedes de Azevedo n.º 148/180, 4000-271, Porto, é uma sociedade anónima cujo objecto social “*consiste na construção e exploração de parques e espaços de estacionamento de veículos automóveis e a prestação de assistência aos mesmos veículos*”;

18 – Consta do relatório de gestão do exercício de 2006 da “Spel” que a SPEL geria um total de 16.700 lugares de estacionamento, nos concelhos do Porto, Matosinhos,



Segundo

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Viseu, Lisboa, Leiria e Portimão;

19 - Em 2006, o volume de negócios da SPEL foi de €6.514.215,00 (seis milhões, quinhentos e catorze mil, duzentos e quinze euros);

20 - A SIENT – Sistemas de Engenharia de Trânsito, S.A., pessoa colectiva n.º 502834137, com sede social na Rua Passos Manuel, n.º 102, 1.ºesq – 1150-260, Lisboa, fundada em 1992, é uma sociedade anónima que tem por objecto social *“a concepção, instalação e exploração de sistemas de gestão e engenharia de trânsito”*;

21 – Consta do relatório de gestão de 2006 da “Sient” que em 31 de Dezembro de 2006, a SIENT operava 20 parques de estacionamento (4 na Área Metropolitana do Porto, 2 na zona centro, 11 na Área Metropolitana de Lisboa e 3 no Algarve), num total de 7.146 lugares de estacionamento;

22 - O volume de negócios da SIENT, em 2006, foi de € 2.076.221,94 (dois milhões, setenta e seis mil, duzentos e vinte e um euros e noventa e quatro cêntimos);

23 - A CPE – Companhia de Parques de Estacionamento, S.A., pessoa colectiva n.º504 016 652, com sede social na Rua Julieta Ferrão nº 12 - 14º Piso, 1649-039 Lisboa, é uma sociedade anónima constituída em 1997, que tem por objecto social a *“concepção, construção e exploração de quaisquer tipos de parques de estacionamento, bem como a prestação de serviços ou o exercício de actividades com eles relacionados”*;

24 - Consta do relatório de gestão de 2006 da “CPE” que em 31 de Dezembro de 2006, a CPE operava 15 parques de estacionamento e 3 Zonas de Estacionamento (parquímetros), nos concelhos de Lisboa, Aveiro, Porto, São João da Madeira, Oeiras, Faro, Matosinhos e Funchal, num total de 7.550 lugares de estacionamento;

25 - O volume de negócios da CPE, em 2006, foi de € 4.436.416,23 (quatro milhões, quatrocentos e trinta e seis mil, quatrocentos e dezasseis euros e vinte e três cêntimos);

26 - A PROMOPARQUES – Promoção e Gestão de Parques de Estacionamento, S.A., pessoa colectiva n.º 505085240, com sede social na praça Duque de Saldanha, n.º 1, 11.º, é uma sociedade anónima constituída em 2000, que tem por objecto social a



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

promoção, construção exploração e gestão de parques de estacionamento;

27 - Em 2006, a Promoparques explorava apenas 530 lugares de um parque de estacionamento, em Lisboa, com 610 lugares;

28 - O volume de negócios da Promoparques, em 2006, foi de € 181.226,84 (cento e oitenta e um mil, duzentos e vinte e seis euros e oitenta e quatro centimos);

29 - A EMEL – Empresa Pública Municipal de Estacionamento de Lisboa. E.M., pessoa colectiva n.º 503 311 332, com sede na Avenida de Berna, n.º 1, 1050-036 Lisboa, é uma empresa pública municipal que tem por objecto a instalação e gestão de sistemas de estacionamento público urbano, à superfície, na cidade de Lisboa, podendo ainda promover, construir e explorar parques de estacionamento;

30 – Em 2006, a Emel explorava um total de 38.485 lugares de estacionamento à superfície, e 2.632 lugares em Parques de estacionamento, todos na cidade de Lisboa;

31 - O volume de negócios da EMEL, em 2006, foi de € 14.373.864,53 (catorze milhões, trezentos e setenta e três mil, oitocentos e sessenta e quatro euros e cinquenta e três centimos);

32 - No jornal “Diário de Notícias” de 19.07.2006 foi publicado o texto que consta de fls. 4 dos autos, com o título “Parques pagos a cada 15 minutos ficam mais caros”, cujo teor integral se dá aqui por reproduzido, do qual consta:

“Os parques de estacionamento vão ser pagos em fracções de 15 minutos a partir de amanhã, em vez de hora a hora, como acontece actualmente. É uma exigência da lei que visa tornar mais justo o pagamento.(...).

O parque à superfície do Jardim do tabaco, em Lisboa, já alterou o tarifário e é um exemplo paradigmático. Os utentes pagam 20 centimos por cada quarto de hora, quando anteriormente pagavam 50 centimos por um período inferior a uma hora e um euro até duas horas. As novas regras só favorecem os primeiros 30 minutos de utilização, após o qual o consumidor paga sempre mais.

Tais contas significam segundo (...) Director Comercial da SIENT, empresa que explora o parque, ‘uma reconversão do esquema antigo’, mas admite que só ficará ‘mais



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

barato para utentes de curta duração' (...)

Os empresários citam um estudo da Associação Nacional de Empresas e Parques de Estacionamento (ANEPE) que conclui que o utente quando entra no parque já está a gastar 33 cêntimos, o custo do equipamento, da manutenção, da electricidade e da segurança do parque.”

33 - A determinação do tarifário decorre de cada contrato que titula a exploração dos parques de estacionamento, nomeadamente dos contratos de concessão de exploração e dos contratos de constituição de direito de superfície;

34 - Antes da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 81/2006 de 20.04, a prática usual no mercado era a tarifa dos parques de estacionamento de curta duração (inferior a 24 horas) corresponder a fracções de uma hora;

35 - Em 13 de Dezembro de 2005, a Secretaria de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor remeteu à ANEPE o “*anteprojecto de diploma que estabelece o regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento*”, solicitando-lhe “*parecer urgente*”;

36 - A 16 de Dezembro de 2005, a Secretária-geral da ANEPE remeteu aos representantes das empresas membros da Direcção da Associação, a SPEL, a EMPARQUE e a SIENT, o anteprojecto e o pedido de parecer da Secretaria de Estado, referindo expressamente tratar-se de “*matéria muito grave*”;

37 - A 19 de Dezembro de 2005, a Secretária-geral da ANEPE remeteu ao representante da CPE (empresa que, à data, não pertencia aos órgãos sociais da Associação), solicitação idêntica às referidas no parágrafo anterior, uma vez mais sublinhando que “*no nosso entender, se trata de matéria muito grave*”;

38 - A 21 de Dezembro, a SIENT remeteu à ANEPE os seus comentários: “*Contributos da SIENT, S.A. para parecer da ANEPE a enviar ao Ministério da Economia e Inovação*”, tendo sido reencaminhados, nessa mesma data, para os representantes das restantes empresas membros da Direcção (a SPEL e a EMPARQUE);



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

39 - Nestes “contributos”, a SIENT declarava a sua oposição à solução proposta no anteprojecto para a determinação do preço de utilização dos parques de estacionamento, ao minuto, nos seguintes termos:

“Discordamos, em pleno, com o projecto de fraccionamento do tempo ao minuto previsto no n.º 1 deste artigo [9.º do anteprojecto].

Existem já diversas modalidades tarifárias que prevêem situações de tolerância para curtos períodos de permanência dos veículos em estacionamento bem como tolerâncias de 10, 15, 20 minutos ou mais entre o acto de pagamento e a retirada do veículo.

Por outro lado, o fraccionamento do tempo ao minuto torna os parques inoperacionais, criando dificuldades na gestão dos trocos, tanto por parte dos utentes, como por parte dos operadores, atrasando a mobilidade dos veículos incompatível com a generalidade dos equipamentos instalados.

Questão diferente será se em conformidade com aquelas tolerâncias o processamento de cálculo seja feito por períodos discretos comparáveis aos períodos de tolerância supra (de 15 a 30 minutos), ainda que podendo colidir com a lógica progressiva ou regressiva de tarifas conforme o perfil específico de procura que cada infra-estrutura de estacionamento procura servir.

Pensamos, ainda, que este sistema a prevalecer, poderá provocar uma inevitável subida de preços para os consumidores, de forma a se encontrarem soluções ágeis e facilitadoras na movimentação de dinheiro.”;

40 - Aquele documento foi recebido pela Emparque;

41 - A 22 de Dezembro de 2005, a ANEPE remeteu o parecer solicitado ao anteprojecto do diploma, referindo, quanto ao regime proposto para a determinação do preço a pagar pelos utilizadores dos parques de estacionamento, o seguinte:

“o artigo 9.º do anteprojecto prevê que nos estacionamentos de curta duração (até 24 horas) a tarifa a pagar pelos utilizadores dos parques de estacionamento seja fixada ao minuto e que nos estacionamentos de longa duração (duração superior a 24 horas) a tarifa



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

correspondente ao período de estacionamento possa ser fixada à hora, ao dia, à semana ou ao mês.

É também com enorme preocupação que a associação vê esta proposta.

Na verdade, tal como foi referido a propósito da questão tratada na alínea a) antecedente, também aqui a implementação desta regra implicaria uma alteração profunda dos pressupostos que estiveram subjacentes ao modelo financeiro dos contratos celebrado pelos associados da associação, sejam eles contratos de concessão de exploração (de natureza privada ou pública), contratos de concessão ou contratos de constituição de direito de superfície.

Efectivamente, o modelo económico de exploração dos parques de estacionamento regulados pelos contratos em causa, foi baseado, independentemente de o estacionamento ser de curta ou de longa duração, na cobrança de uma tarifa horária e não na cobrança de uma tarifa fixada ao minuto.

A cobrança da tarifa ao minuto nos termos preconizados pelo diploma em análise, como facilmente se compreende, altera de forma profunda os pressupostos financeiros em que se basearam os contratos em vigor, comprometendo de forma clara a viabilidade dos respectivos parques de estacionamento.

Também esta regra, igualmente pelas razões indicadas na alínea c) seguinte, é altamente lesiva dos direitos e interesses dos associados desta Associação, e também do público utente dos parques de estacionamento (pelo aumento de custo que inevitavelmente implicaria), razão pela qual, em nosso entender, não poderá ser implementada”;

42 - Tal comunicação da ANEPE foi remetida ao Secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor, e à Direcção-geral de Viação, à Câmara Municipal de Lisboa, e à Câmara Municipal do Porto;

43 - A comunicação foi ainda remetida, sob forma de minuta e previamente à sua remessa para a Secretaria de Estado, às empresas associadas representadas na Direcção da Associação: Emparque, SIENT, e SPEL, sendo também dado conhecimento à CPE;



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

44 - O diploma relativo à utilização de parques e zonas de estacionamento foi aprovado pelo Governo, em Conselho de Ministros, no dia 8 de Março de 2006;

45 - E foi publicado a 20 de Abril de 2006, como Decreto-Lei n.º 81/2006;

46 - A 21 de Março de 2006, na reunião ordinária da Assembleia Geral que nomeou os órgãos sociais da ANEPE para o triénio de 2006-2008, *“a Direcção informou que foi pedido um parecer jurídico ao Dr. Paulo Pinheiro do Gabinete Vieira de Almeida e Associados, em relação à forma como a ANEPE deve contestar o ‘Diploma que estabelece o regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento’ por ser extremamente prejudicial aos associados”*;

47 - Nessa mesma ocasião, convocou-se nova reunião, a título extraordinário, para o dia 20 de Abril de 2006, para discussão do Plano de Actividades e Orçamento da Associação;

48 - Consta da acta da referida reunião extraordinária, na qual estavam representados 89,13% dos votos, o seguinte:

“A Direcção informou que o parecer jurídico sobre o Decreto-Lei 81/2006, que foi publicado em DR em 20/04/2006, elaborado pelo Dr. Paulo Pinheiro do Gabinete Vieira de Almeida e Associados, está concluído, estando a ser preparada uma carta para ser enviada aos associados a esclarecer as dúvidas entretanto suscitadas. Foi aprovado por unanimidade o envio de cópia da referida carta ao secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor e à Associação Nacional de Municípios Portugueses, com pedido de divulgação junto dos Associados.”;

49 - A SIENT, que à data dos factos exercia o cargo de Presidente do Conselho Fiscal da ANEPE, referiu o seguinte:

“Recordamos que pouco tempo volvido sobre a publicação do Decreto-Lei n.º



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

81/2006, teve lugar uma reunião da ANEPE a todos os membros dos Corpos Sociais para ouvir uma exposição dos Serviços Jurídicos da Associação sobre a interpretação do Diploma e que encarregados ficaram de elaborar uma carta circular interpretativa a todos os associados à Associação de Municípios, Câmaras e Ministério da Economia”;

50 - A EMEL, que assegurava à data a presidência da mesa da Assembleia Geral da ANEPE, tomou na referida reunião extraordinária de 20 de Abril de 2006, as seguintes notas quanto ao novo regime de fraccionamento dos períodos de estacionamento em períodos de 15 minutos:

“Pagamento a cada 15 minutos

- *Comunicar a ANM[P] a posição da ANEPE.*
- *Comunicar a % a que se chegou no que se refere ao prejuízo que os concessionários têm c/ a introdução deste DL.*
- *Renegociar os Contratos de concessão.*
- *Enviar ao Sec. Est. um memorando fazendo algumas críticas e levantando algumas questões (vai ser feito pelos juristas da ANEPE que será posteriormente discutido)*
- *Alterar o D.L.*
- *Gestão do tráfego na via pública (Governo)*
- *Aprovação dos tarifários e dos regulamentos pelas C. Municipais*

A ANEPE vai enviar o D.L. e o parecer jurídico para análise dos sócios para se fazer um memorando ao Sec. Est.”;

51 - A 24 de Abril de 2006, a Secretária-geral da ANEPE apresentou aos associados a posição da Associação sobre o assunto, através de uma comunicação a remeter ao Secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor e à Associação Nacional de Municípios Portugueses (em cumprimento do deliberado na reunião da Assembleia Geral de 21 de Março p.p.), nos seguintes termos:

“... ao ser imposta outra regra de cálculo – ... o preço a pagar pelos utentes de



Segura

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

parques de estacionamento é fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos ... (n.º1 do art.º 12.º), está posto em causa o equilíbrio financeiro dos contratos, situação que os associados da ANEPE querem ver corrigida, pois estimam em 15% a quebra de receitas.

A aplicação da nova regra a um universo de 106.590 transacções, efectuadas em 22 parques de estacionamento de rotação, a que correspondem 8.800 lugares, situados em diversas cidades do País, a receita de 330.000 euros passaria a ser de 280.000 euros, o que corresponde a uma quebra de 15%.

Por outro lado, o preço dos primeiros 15 minutos tem obrigatoriamente que contemplar o custo fixo de ingresso no Parque de estacionamento, independentemente do tempo utilizado pelo utente, sendo este custo estimado em 35 cêntimos, relativo a movimentação das barreiras, emissão de cartão, processamento do pagamento, etc., pelo que e dado o determinado pelo Decreto-Lei.... (dumping), o preço dos primeiros quinze minutos terá sempre de ser superior ao custo referido.

Torna-se portanto imprescindível rever as tarifas em vigor nos parques de estacionamento, conjugando estas duas situações, sendo possível:

- Aplicação de uma taxa de activação nos primeiros quinze minutos, conjugada com um aumento de cerca de 2,5% das tarifas actuais, fraccionadas em quartos de hora

Ou

- Aumento de 15% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora (sem aplicação da taxa de activação).

As situações descritas estão reflectidas no quadro infra apresentado:

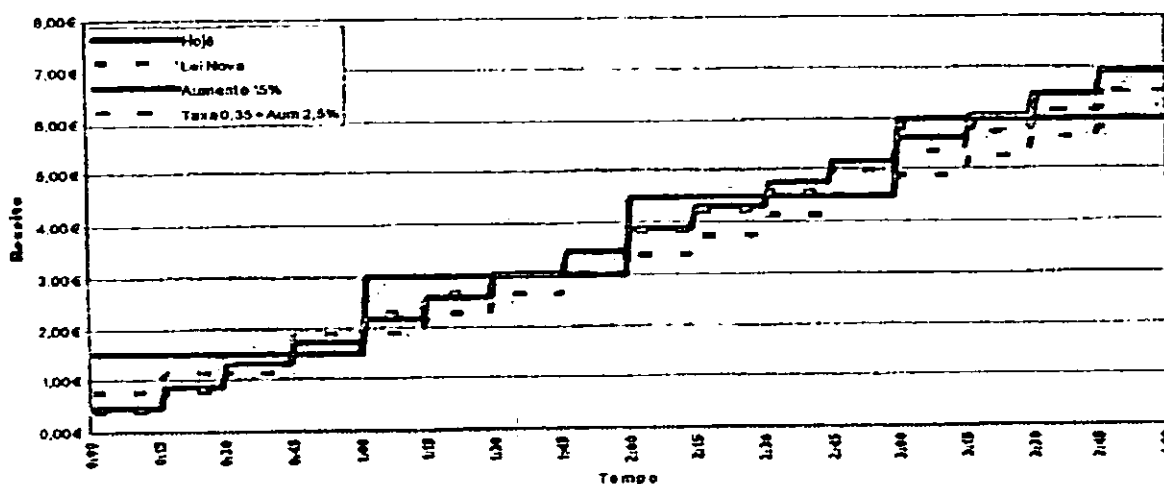


Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

DL 81/2006



52 - Essa carta foi remetida para as associadas Emparque, BRISA, SPEL, CPE e SIENT;

53 - A 27 de Abril de 2006, a ANEPE remeteu para os referidos associados, mas também para a EMEL, nova versão do documento anterior, "com as alterações feitas pelo Dr. Pedro Mendes Leaf", vogal da Direcção da ANEPE e representante na ANEPE da associada EMPARQUE;

54 - Sendo as alterações introduzidas as que constam do seguinte texto, com as rasuras e inserções dele constantes:

"... ao ser imposta outra regra de cálculo - ... o preço a pagar pelos utentes de parques de estacionamento é fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos ... (n.º1 do art.º 12.º), está posto em causa o equilíbrio financeiro dos contratos, situação que os associados da ANEPE querem ver corrigida. pois estimam em 15% a quebra de receitas. Sugiro a retirada desta última frase, porque está repetida no parágrafo de baixo.



S. Gomes

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Numa simulação efectuada a uma amostra de 106.590 transacções, num universo de 22 parques de estacionamento de rotação com um total de 8.800 lugares, situados em diversas cidades do País, a simples aplicação das novas regras implicaria uma quebra de receita próxima de 15%. receita de 330.000 euros passaria a ser de 280.000 euros, o que corresponde a uma quebra de 15%. Esta quebra varia entre cerca de 10%, para os parques onde os tempos médios de permanência são mais longos e 25%, para parques de elevada rotação e baixa permanência.

Por outro lado, o preço dos primeiros 15 minutos tem obrigatoriamente que contemplar o custo fixo de ingresso no parque de estacionamento, independentemente do tempo utilizado pelo utente, sendo este custo estimado em 35 cêntimos, relativo a movimentação das barreiras, emissão de cartão, processamento do pagamento, etc., pelo que e dado o determinado pelo Decreto-Lei (Dumping), o preço dos primeiros quinze minutos terá sempre de ser superior ao custo referido.

Não é bem isto. Os 35 cêntimos são um custo limite. Sugiro uma redacção deste tipo:

Por outro lado, a simples divisão do actual preço horário em partes iguais, poderia acarretar situações em que o preço a pagar pelo cliente seria inferior ao custo directo suportado pelas empresas que gerem os parques. Os custos relativos às aberturas de barreira, bilhetes magnéticos, recibos, custos de transacção associados a métodos electrónicos de pagamento, e a comunicações electrónicas e custos de energia e manutenção relativos aos sistemas obrigatórios de renovação de ar e ventilação podem atingir montantes próximos de 35 cêntimos por cada veículo e este custo é independente do tempo utilizado.

Um dos exemplos mais óbvios é o pagamento automático com o sistema Via Verde, cujo custo total por transacção (pagamento electrónico + custo do equipamento) rondará os 20 cêntimos, valor sem IVA. Do mesmo modo, um cliente que pague com recurso ao sistema Multibanco, faz a empresa incorrer de imediato num custo de 9,2 cêntimos, a que se acresce o custo do bilhete magnético, do recibo de estacionamento, do



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tri@tribunais.org.pt

comprovativo Multibanco e do custo dos equipamentos, atingindo valores próximos ou ultrapassando os do sistema Via Verde;

Atendendo a que as empresas não podem praticar vendas a prejuízo, torna-se portanto imprescindível rever as políticas de construção das tarifas praticadas nos parques de estacionamento.

A solução ideal passaria pela conjugação de duas situações:

- Aplicação de um preço/taxa/comissão relativo à abertura de barreira, que seria aplicada igualmente a todos os veículos independentemente do tempo de estacionamento e que cubra em todos os casos os custos directos associados à utilização das infra-estruturas. Para parques subterrâneos na cidade de Lisboa, esta taxa poderia rondar os 35 cêntimos.

- Correção dos tarifários nos casos em que o montante cobrado pela abertura de barreira não seja suficiente para manter o equilíbrio financeiro das concessões. Na simulação atrás referida, o aumento médio necessário para o conjunto de 22 parques referidos rondaria os 2,5%.

As situações descritas nos pontos anteriores estão reflectidas no quadro infra apresentado, para um parque típico da cidade de Lisboa:

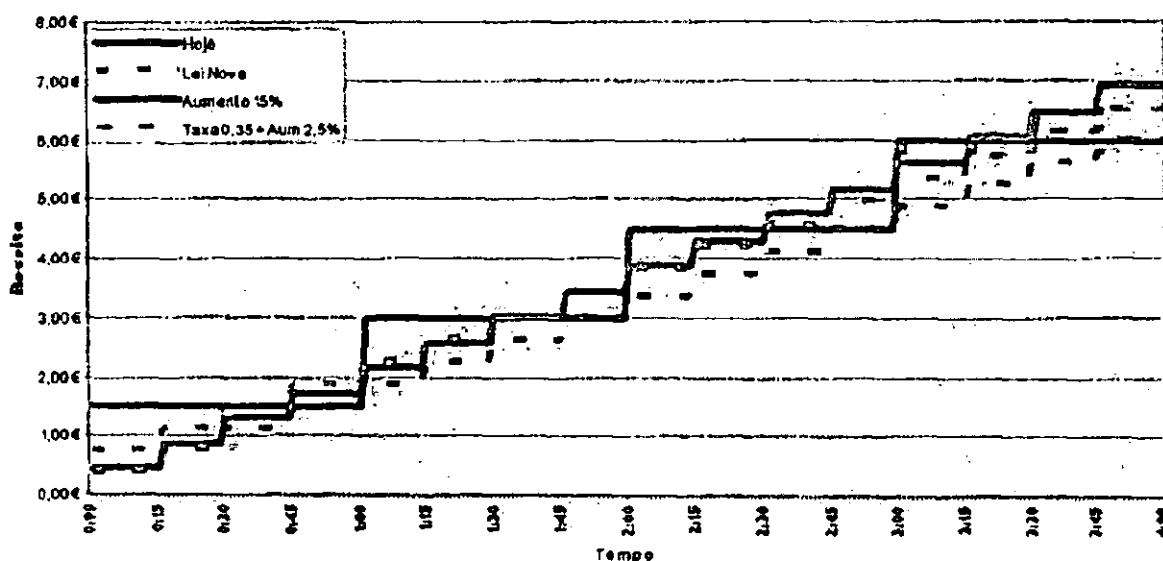


Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

DL 81/2006



A solução sugerida é a representada pela linha verde tracejada, isto é, a combinação de um preço mínimo por abertura de barreira, acompanhada de acertos mínimos nos preços para reposição do equilíbrio. Estes acertos, em muitos casos, serão desnecessários.

Note-se que:

1. Em muitos casos, as empresas concessionárias têm capacidade unilateral de aumentar os preços dos estacionamento como compensação pelas perdas causadas pelo novo fraccionamento de tarifas. Os preços praticados em várias concessões são preços que se estabelecem em função da procura e da oferta e que estão muito aquém dos preços máximos estabelecidos nos contratos.
2. Nos parques referidos na situação anterior, caso não se encontre alternativa, as empresas poderão procederão (sic) a aumentos médios imediatos entre 5% e 25%, conforme os casos, actuando dentro das margens contratuais. No entanto, tal situação é desagradável e até injusta. As empresas seriam obrigadas a penalizar os condutores dos veículos de longa



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

permanência para subsidiar os de curta permanência. Por outro lado, os preços de concurso foram estabelecidos de acordo com estudos económicos para cenários de muito longo prazo (20 a 99 anos). O facto de haver actualmente margem para correcção nos preços, não implica que num futuro próximo as empresas estejam impossibilitadas de satisfazer as suas expectativas por terem atingido os preços limite antes do tempo.

- 3. A aplicação simples do novo DL sem alterações tarifárias implicará, em muitos casos, o pedido de reequilíbrio financeiro das concessões, com redução das rendas a pagar aos municípios ou outras compartidas (sic) a nível de tarifário, prazos de concessão ou mesmo indemnização directa. Em alguns casos, será absolutamente impossível conseguir repor um conjunto de condições que satisfaçam os pressupostos que levaram as empresas à assinatura dos contratos e neste caso não é de objectar a hipótese de denúncia de contratos, com direito à correspondente compensação pelas perdas sofridas.*
- 4. Independentemente do método de reequilíbrio adaptado, em nenhum caso se poderão estabelecer preços que não sejam múltiplos da menor moeda aceite pelas máquinas de pagamento automáticas, isto é 5 ou 10 cêntimos, consoante os equipamentos existentes nos parques.”*

55 - A 27 de Abril de 2006, o representante da CPE na Direcção da ANEPE comunicou à Secretária-geral o seguinte:

“Agradeço-te o envio do ficheiro em anexo. Estou de acordo com o teor do teu texto. Amanhã não me é possível estar presente na reunião com os advogados, mas deixo-te a ti e ao Pedro Mendes Leal, em minha representação, para a discussão do documento em questão a ser apresentado à Associação Nacional de Municípios, presidentes de câmaras e outras entidades que a ANEPE entenda como importantes para este dossier.”;

56 - A 2 de Maio de 2006, a ANEPE remeteu para os associados SIENT, SPEL, BRISA, Emparque, CPE, EMEL, e ainda para a sociedade de advogados “Vieira de Almeida & Associados”, a seguinte mensagem de correio electrónico:



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

“Junto envio o documento revisto [anexo referido como “dl81exposiçãoIII.doc”], no seguimento da reunião de sexta-feira, o qual será enviado aos associados e para conhecimento à ANMP e Secretário de Estado. Aguardo os vossos comentários. Cumprimentos maria de Jesus”;

57 – Do anexo supra referido consta o texto cuja impressão está junta a fls. 10563 dos autos e cujo teor integral se dá aqui por reproduzido, nele se referindo:

“Quer por exigência dos concursos, quer por ser prática habitual no sector, todos os estudos económicos que

- (1) Estão na base da decisão de investir nos parques e que justificam a viabilidade do negócio,*
 - (2) Integram as candidaturas apresentadas em concursos públicos pelas empresas do sector, e que justificam as rendas e/ou outras contrapartidas oferecidas aos municípios,*
- foram elaborados no pressuposto do escalonamento horário dos tarifários.*

Contudo, ao ser imposta outra regra de cálculo – ... o preço a pagar pelos utentes de parques de estacionamento é fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos ... (n.º1 do art.º 12.º), está posto em causa o equilíbrio financeiro da exploração, com incidência nos contratos em vigor, situação que os associados da ANEPE querem ver corrigida.

Numa simulação efectuada a uma amostra de 106.590 transacções, num universo de 22 parques de estacionamento de rotação, com um total de 8.800 lugares, situados em diversas cidades do País, a simples aplicação das novas regras implicaria uma quebra da receita próxima de 15%.

Por outro lado, o ingresso no parque de estacionamento representa um custo fixo (movimentação das barreiras, emissão de cartão, processamento do pagamento, utilização da infra-estrutura, etc.), que não deve estar repercutido no preço/tarifa aplicados ao tempo utilizado, mas sim deve ser-lhe acrescido. Verifica-se que a simples divisão do preço actual por quatro, poderia acarretar situações em que o preço a pagar pelo cliente nos primeiros quinze minutos seria inferior ao custo directo fixo requerido. Assim, recomenda-se a



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

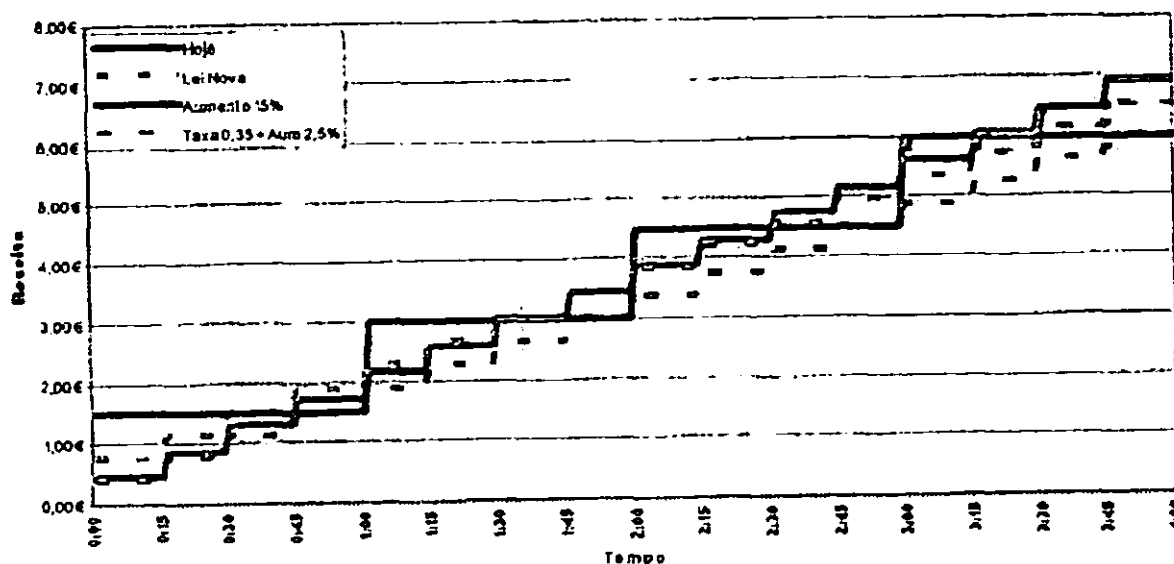
instituição de um preço de ingresso, o qual pode atingir 35 centimos.

Torna-se ainda imprescindível rever as tarifas em vigor nos parques de estacionamento, sendo recomendável a aplicação do 'preço de ingresso' acrescido da tarifa relativa ao tempo utilizado, para a qual se estima um aumento de cerca de 2,5% relativamente às tarifas actuais, fraccionadas então em quartos de hora.

Caso não se opte por esta solução, então deverá ser previsto um aumento de 15% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora.

As situações estão reflectidas no quadro infra, em que a linha verde tracejada traduz a solução preconizada de 'preço de ingresso' e um aumento de 2,5% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora; e, a linha vermelha representa um aumento de 15% das tarifas actuais.

DL 81/2006



58 - A 2 de Maio de 2006, o representante da CPE respondeu à mensagem de



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

correio electrónico citada no ponto anterior, com conhecimento das associadas SIENT, BRISA, SPEL, Emparque e EMEL, concordando com o teor da proposta;

59 – A EMEL fez, internamente, os seguintes destaques e comentários à comunicação da ANEPE de 2 de Maio:

“Numa simulação efectuada a uma amostra de 106.590 transacções, num universo de 22 parques de estacionamento de rotação, com um total de 8.800 lugares, situados em diversas cidades do País, a simples aplicação das novas regras implicaria uma quebra da receita próxima de 15%.

Por outro lado, o ingresso no parque de estacionamento representa um custo fixo (movimentação das barreiras, emissão de cartão, processamento do pagamento, utilização da infra-estrutura, etc.) que não deve estar repercutido no preço/tarifa aplicados ao tempo utilizado, mas sim deve ser-lhe acrescido. Verifica-se que a simples divisão do preço actual por quatro, poderia acarretar situações em que o preço a pagar pelo cliente nos primeiros quinze minutos seria inferior ao custo directo fixo referido. [comentário EMEL: “OK”] Assim, recomenda-se a instituição de um ‘preço de ingresso’, o qual pode atingir 35 cêntimos. [comentário EMEL: “OK bandeirada”]

Torna-se ainda imprescindível rever as tarifas em vigor nos parques de estacionamento, sendo recomendável a aplicação do ‘preço de ingresso’ acrescido da tarifa relativa ao tempo utilizado, para a qual se estima um aumento de cerca de 2,5%, relativamente às tarifas actuais, fraccionadas então quartos de hora. [comentário EMEL: “OK”]

Caso não se opte por esta solução, então deverá ser previsto um aumento de 15% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora.

As situações estão reflectidas no quadro infra, em que a linha verde tracejada traduz a solução preconizada de ‘preço de ingresso’ e um aumento de 2,5% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora; e a linha vermelha representa um aumento de 15% das tarifas actuais.” ;



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

60 - Da carta de 2 de Maio de 2006 tiveram conhecimento todas as empresas representadas nos órgãos sociais da ANEPE (Assembleia Geral, Direcção e Conselho Fiscal), que pertencem à categoria de "operadores", com excepção da Promoparques: a CPE, SIENT, SPEL, Emparque e EMEL,

61 - Em 9 de Maio de 2006, a ANEPE remeteu aos associados uma carta, assinada pelo Presidente da Direcção da Associação, com cópia ao Secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor e à Associação Nacional de Municípios Portugueses, a qual esta junta a fls. 2120 a 2124 dos autos e cujo teor integral se dá aqui por reproduzido, dela constando o seguinte:

"1 – Estacionamentos de curta duração

Esta matéria nunca foi objecto de intervenção legislativa específica, sendo antes acordada entre as partes, constando quase sempre nos documentos dos concursos públicos – programa e/ou dos cadernos de encargos, e em consequência nos contratos de concessão e exploração e nos contratos de constituição de direito de superfície, celebrados entre os municípios e as empresas que exploram os parques de estacionamento.

De acordo com as informações gerais que nos foram transmitidas, quer por exigência dos concursos, quer por ser prática habitual no sector, todos os estudos económicos que (1) estão na base da decisão de investir nos parques e que justificam a viabilidade do negócio; (2) integram as candidaturas apresentadas pelas empresas do sector e que justificam as rendas e/ou outras contrapartidas oferecidas aos municípios, foram, regra geral, elaboradas no pressuposto essencial, conhecido e aceite pelos municípios, do escalonamento horário dos tarifários.

Nessa medida, ao ser agora imposta outra regra de cálculo – o preço a pagar pelos utentes de parques de estacionamento é fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos (n.º 1, do art.º 12.º) – estará a ser posto gravemente em causa o equilíbrio financeiro da exploração, com incidência nos contratos em vigor, situação que os



Segundo

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

associados da Anepe querem ver corrigida.

Numa simulação efectuada a uma amostra de 106.590 transacções, num universo de 22 parques de estacionamento de rotação, com um total de 8.800 lugares, situados em diversas cidades do país, a simples aplicação das novas regras implicaria uma quebra da receita próxima de 15%.

Por outro lado, o ingresso no parque de estacionamento representa um custo fixo (movimentação das barreiras, emissão de cartão, processamento de pagamento, utilização da infra-estrutura, etc.) que poderá atingir, de acordo com os nossos cálculos, 35 cêntimos.

Entende a Anepe que, face às novas regras de fraccionamento do tempo para determinação do preço, tal custo pode ser autonomizado do preço/tarifa aplicados ao tempo utilizado.

Com efeito, verifica-se que a simples revisão do preço actual por quatro poderia acarretar situações que o preço a pagar pelo cliente nos primeiros quinze minutos seria inferior ao custo fixo acima referido.

Sem prejuízo do exposto, poderá, ainda, haver lugar à revisão de tarifas em vigor nos parques de estacionamento.

O quadro seguinte espelha um cenário simulado em que se verificaria um 'preço de ingresso' e um aumento de 15% das tarifas actuais.

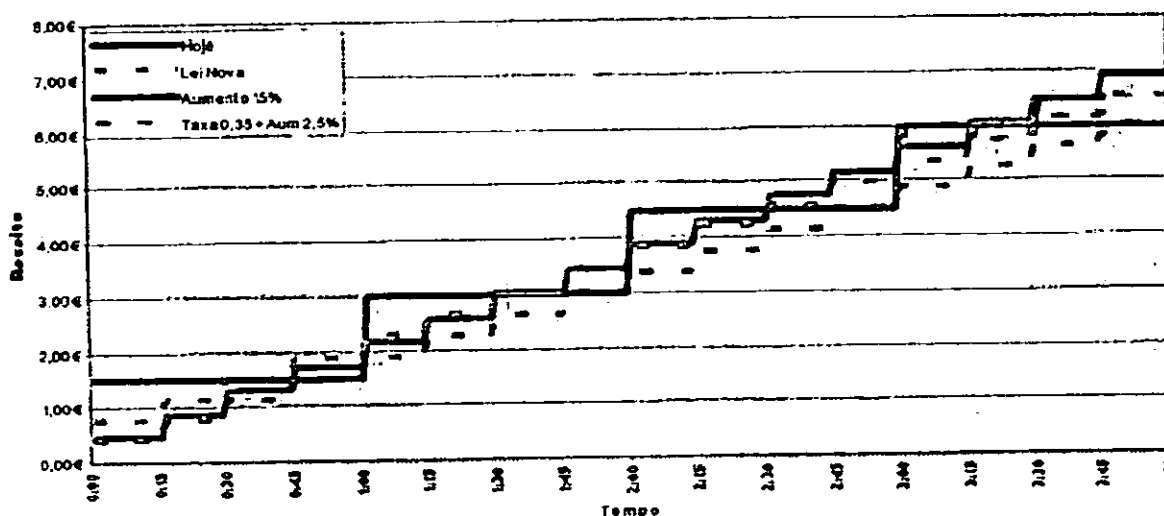


Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

DL 81/2006



62 - Esta carta foi também divulgada (sem reprodução do gráfico), no boletim de informação da Associação intitulado “Movimento – Mobilidade e Estacionamento”, de Junho de 2006;

63 - A 10 de Maio 2006, a ANEPE remeteu o seguinte e-mail à CPE, BRISA, SIENT, Emparque, SPEL, EMEL:

“Junto envio o documento final que vos vai ser hoje enviado pelo correio e também remetido ao Secretário de Estado e à ANMP (com pedido de divulgação aos municípios);

64 - A 12 de Julho de 2006, a Secretária-geral da ANEPE enviou a seguinte mensagem de correio electrónico;

“De: marialopes@anepe.pt

Enviada: quarta-feira, 12 de Julho de 2006 15:59

Para: geral@estacaoshopping.com.pt;

carlosoliveira@carlosoliveira.pt;



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal-Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

fmelo@cpe.pt; caetanogomes@emel.pt; Vitor.reis@fibeira.pt; sient.sa@mail.telepac.pt;

Caetano dias; Pedro Mendes leal; António Mendes

Assunto: decreto lei 81 2006

para: emel, promoparques, grupo Emparque, sient, spel, cpe, estação shopping

Caros associados, lembramos que a aplicação do art.º 12.º do decreto lei 81/2006, que se refere à "determinação do preço nos parques de estacionamento" entra em vigor às zero horas do dia 21 de Julho de 2006 (90 dias após a entrada em vigor do decreto, isto é 21/04/2006). Agradecemos que nos informem com a brevidade possível sobre a situação da aplicação desta norma nos parques que gerem, nomeadamente no que se refere às negociações com os municípios. Cumprimentos, Maria de Jesus Lopes".

65 – Pedido ao qual a CPE respondeu:

"From: Fernando Melo

Sent: quarta-feira, 12 de Julho de 2006 19:43

To: marialopes@anepe.pt

Subject: RE: decreto lei 81 2006

Ju,

Já temos 6 parques com os novos tarifários em vigor e os restantes 8 começam no próximo dia 15.

Mandei cartas com a devida nota explicativa e cálculo com aumento de 15% c/arredondamento comercial para 0 ou 5 cêntimos e de nenhuma concedente me solicitaram esclarecimentos adicionais, como também não tive respostas à excepção da Casa da Música, mas já depois do tarifário ter entrado em vigor. A Câmara do Funchal enviou uma carta a todas as empresas, a solicitar que implementassem o DL 81/2006 e que lhe enviassem cartas com as propostas, mas isso só no dia 4 de Julho p.p. Diziam também que os novos tarifários teriam de entrar em vigor a 19 de Julho, mas como o meu concedente é o Governo da RAM, no Parque do Hospital Cruz de Carvalho entre a 15 de Julho."



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

66 - A 14 de Julho de 2006, a SPEL remeteu às entidades concedentes dos parques de estacionamento por si geridos, uma carta com o seguinte teor:

“A entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril, veio definir uma nova fórmula de determinação do preço dos parques de estacionamento, estabelecendo que o mesmo é fraccionado em períodos máximos de 15 minutos, devendo o utente pagar apenas a fracção ou fracções utilizadas, ainda que as não tenha utilizado até ao seu esgotamento. Esta inovação, resultante do artigo 12.º do referido diploma, comporta consequências directas na forma de determinação do preço dos parques de estacionamento concessionados, nos termos do seu artigo 1.º

Nesta conformidade, o preço por hora actualmente aplicado deverá ser decomposto em, pelo menos, quatro parcelas. É propósito desta empresa manter o equilíbrio económico da concessão, assegurar a sua sustentabilidade e não prejudicar os utentes, indo ao encontro da intenção do legislador. Entendemos, assim, que o método adequado à consecução deste propósito consistirá no fraccionamento do preço hora em vigor, com as correcções decorrentes dos factores que abaixo de enunciam:

- 1. O preço horário actualmente praticado é de ...*
- 2. O fraccionamento deste preço em parcelas de quinze minutos traduz-se no valor de ..., com a adaptação à moeda mínima automaticamente processável de € 0,05;*
- 3. A simples operação de fraccionamento do preço comporta um prejuízo para o concessionário em consequência da diminuição temporal de cada uma das unidades de cobrança sobre que incide, de uma hora para quinze minutos;*
- 4. Como é sabido, existem custos fixos decorrentes do acesso de cada viatura ao parque, designadamente accionamento dos mecanismos de acesso, emissão e cobrança de bilhete, desgaste dos equipamentos, pisos de circulação, sistema de vigilância, custos energéticos, limpeza, etc., os quais não variam em função do tempo do estacionamento;*
- 5. A amortização do investimento no parque processa-se unitariamente, por veículo entrado, independentemente do tempo da sua permanência;*



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

6. *As circunstâncias objectivas referidas supra, terão de ser repercutidas no preço a fraccionar, por forma a manter o imprescindível equilíbrio económico do contrato de concessão;*
7. *Esta repercussão, tratando-se como se trata de custos fixos, isto é, independente da temporalidade de cada estacionamento, terá de ser operada através de um adicional de preço a incidir sobre a primeira fracção de tempo utilizável;*
8. *Esta consequência inere da circunstância da primeira fracção de utilização, só por si, originar os referidos custos.”*

67 - A SPEL comunicou as seguintes alterações de preçários às entidades concedentes, directamente imputadas ao regime introduzido pelo Decreto-Lei n.º 81/2006, e usando como base de comunicação a minuta *supra*:

1. À Câmara Municipal do Porto, em relação ao Parque Silo Auto, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,25 (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,90 (€ 0,85 na 1.ª fracção de 15 minutos e € 0,35 nas restantes) (cfr. fls. 509, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
2. À Câmara Municipal do Porto, em relação ao Parque Praça de Lisboa e Cordoaria, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,15 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,65 (€ 0,60 na 1.ª fracção e € 0,35 nas restantes) (cfr. fls. 560, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
3. À Câmara Municipal do Porto, em relação ao Parque Praça do Infante, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa € 1,10 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,60 (€ 0,70 na 1.ª fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 639, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
4. À Câmara Municipal de Matosinhos, em relação ao Parque Marisqueiras e ao Parque Mercado, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,00 (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos) para € 1,45 (€ 0,55 na 1.ª fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 679 e 691, cujo teor se dá aqui por reproduzido);



S. Gomes

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Leira G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

5. À Câmara Municipal de Viseu, em relação ao Parque Mercado e Parque Hospital, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 0,60 (€ 0,20 por cada fracção de 15 minutos) para € 0,90 (€0,30 na 1.^a fracção e € 0,20 nas restantes) (cfr. fls. 825 e 837, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
6. À Câmara Municipal de Viseu, em relação ao Parque Santa Cristina, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 0,95 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,35 (€0,45 na 1.^a fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 849, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
7. À Câmara Municipal de Leiria, em relação ao Parque Fonte Luminosa, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,10 (€ 0,35 por cada fracção de utilização) para € 1,65 (€ 0,60 na 1.^a fracção e € 0,35 nas restantes) (cfr. fls. 886 cujo teor se dá aqui por reproduzido);
8. Ao Estádio Universitário de Lisboa, em relação ao Parque do Estádio Universitário, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.^a hora de utilização) mantém-se em € 1,20, mas a 1.^a fracção de 15 minutos passa para € 0,45, enquanto as restantes passam para € 0,25 (cfr. fls. 924, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
9. À Câmara Municipal de Portimão, em relação ao Parque Primeiro de Maio, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,20 (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,90 (€ 0,85 na 1.^a fracção e € 0,35 nas restantes) (cfr. fls. 951, cujo teor se dá aqui por reproduzido);

68 - A 30 de Junho de 2006, as empresas do Grupo Emparque remeteram às entidades concedentes dos parques de estacionamento por si geridos, uma carta com o seguinte teor:

“Assunto: Actualização tarifários – Aplicação Decreto-Lei n.º 81/2006

Em cumprimento do Decreto-Lei em assunto, e na sequência dos contactos anteriores, vimos por este meio informar o novo tarifário a aplicar no parque de estacionamento explorado por esta empresa que junto enviamos.

Os novos valores a aplicar têm como objectivo manter o equilíbrio financeiro da



Seguros

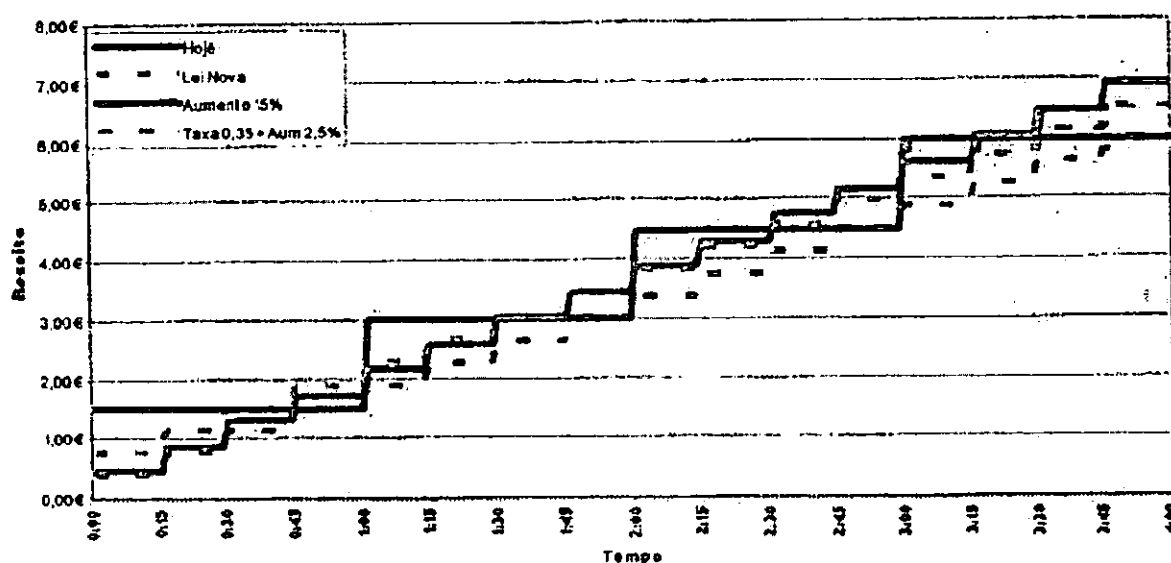
Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

exploração estando simultaneamente o mais adequado possível à procura existente do parque.

Juntamos também um gráfico exemplificativo da evolução das taxas horárias em vigor comparadas com a nova taxa que utiliza o quarto de hora como regra de repartição tarifária.

DL 81/2006



69 - Esta mesma carta (minuta), acompanhada dos respectivos tarifários individuais, foi remetida, a 30 de Junho:

1. Pela PARQUEGIL, à Câmara Municipal do Porto, em relação ao Parque D. João I (cfr. fls. 4889, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
2. Pela ESLI, à Câmara Municipal do Porto, em relação aos Parques Palácio de Cristal e Poveiros (cfr. fls. 4895, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
3. Pela ESLI, à Câmara Municipal de Lisboa, em relação aos Parques Alameda, Berna, Camões, Campolide, Campo Mártires da Pátria, Praça de Londres, Restauradores, Avenida de Roma, Saldanha e Valbom (cfr. fls. 4912 e segs, cujo teor se dá aqui por reproduzido);



Scgauris

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

4. Pela SP GIS, à Câmara Municipal de Lisboa, em relação Parque Alexandre Herculano (cfr. fls. 4927, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
5. Pela Emparque, à Câmara Municipal de Lisboa, em relação aos Parques Campo de Ourique e Marquês de Pombal (cfr. fls. 4933, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
6. Pela Emparque, à Câmara Municipal de Beja, em relação ao Parque Casa da Cultura (cfr. fls. 4939, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
7. Pela Emparque, à Câmara Municipal de Portimão, em relação ao Parque Alameda da República (cfr. fls. 4942, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
8. Pela PeVR (GISPARQUES), à Câmara Municipal de Vila Real, em relação ao Parque Carvalho Araújo (cfr. fls. 4957, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
9. Pela Parques da Estação, à Câmara Municipal de Cascais, em relação ao Parque Largo da Estação (cfr. fls. 4961, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
10. Pela PARQA, à Câmara Municipal da Amadora, em relação ao Parque Elias Garcia (cfr. fls. 4965, cujo teor se dá aqui por reproduzido).

70 - A 13 de Julho de 2007, a Câmara Municipal do Porto (concedente da PARQUEGIL e da ESLI), comunicou que a aprovação dos preçários apresentados carecia de *“mais elementos para justificação dos valores apresentados”*;

71 – Tendo a PARQUEGIL comunicado o seguinte, na mesma data:

“(…) A simples divisão por quartos de hora das fracções horárias estabelecidas pelo contrato de concessão, causaria uma importante perda de receitas por parte do concessionário, causando unilateralmente um desequilíbrio financeiro insustentável por parte da nossa empresa. (...)”

A imagem mostra que para todos os tempos estacionados, a receita seria menor ou igual à actual.

Nas curtas permanências as perdas são particularmente graves. A receita esperada seria 75% inferior para os veículos estacionados entre 0 e 15 minutos, 50%



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Létta G - - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

inferior para os veículos estacionados entre 15 e 30 minutos, 25% inferior para os veículos estacionados entre 30 e 45 minutos, 37,5% para os veículos estacionados entre 1 hora e uma hora e um quarto, etc. (...)

Conforme o tempo de permanência aumenta, a perda relativa de receita é menor, uma vez que apenas a última unidade horária é afectada pela quebra em fracções menores. (...)

Com efeito, há uma forte concentração de permanências nos períodos em que a tarifa é mais afectada, com a moda a rondar 1 hora e 5 minutos e a média nas 2 horas e um minuto, para uma amostra de 23.380 veículos que entraram no parque entre Maio e Junho deste ano. Mais de 60% da receita actual do parque é feita para permanências inferiores a 3 horas. (...)

Por outro lado, a simples divisão por 4 dos preços actualmente em vigor, criaria uma situação insustentável nas curtas permanências. O custo directo associado a cada veículo que entra nos nossos parques é independente do tempo estacionado. Limpeza, manutenção, sistemas de renovação de ar, desgaste de equipamentos, custos de abertura de barreira, bilhética e custos de transacção electrónica são custos fixos e ocorrem quer para quem estaciona um minuto, quer para quem estaciona várias horas. (...)

A solução óbvia para este casos, e que está a ser uniformemente adoptada, à semelhança do que aconteceu em outros países, passa pela repartição do preço de estacionamento em duas partes distintas. Uma parte do custo deve ser uniformemente suportada por todos os clientes, independentemente do tempo de permanência do veículo no parque, sendo a outra parte proporcional ao tempo estacionado...";

72 – O mesmo texto serviu de nota justificativa do novo tarifário apresentada pela Emparque à Câmara Municipal de Leiria, em relação ao Parque Maringá;

73 - Em relação ao Parque D. João I, da Câmara Municipal do Porto, gerido pela PARQUEGIL, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passou de € 1,20 (€ 0,30 por cada



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

fracção de 15 minutos), para € 1,60 (€ 0,70 na 1.ª fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 6373, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

74. Em relação aos Parques da Câmara Municipal do Porto geridos pela ESLI:

a) Parque Palácio de Cristal: o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de €0,80 (€ 0,20 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,20 (€ 0,60 na 1.ª fracção e € 0,20 nas restantes) (cfr. fls. 6249, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

b) Parque Poveiros: o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de €1,10 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,45 (€ 0,70 na 1.ª fracção e € 0,25 nas restantes) (cfr. fls. 4643 e 4898 cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

75. Em relação aos Parques da Câmara Municipal de Lisboa, geridos pela ESLI:

a) Parque Alameda: o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,20 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,60 (€ 0,70 na 1.ª fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 4716 e 4914, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

b) Parque Berna: o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,20 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,60 (€ 0,70 na 1.ª fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 5319, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

c) Parque Camões: o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,40 (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,90 (€ 0,85 na 1.ª fracção e € 0,35 nas restantes) (cfr., cujo teor se dá por integralmente reproduzido fls. 7971);

d) Parque Campolide: o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,00 (€ 0,25 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,25 (€ 0,50 na 1.ª fracção e € 0,25 nas restantes) (cfr. fls. 5213, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

e) Parque Campo Mártires da Pátria: o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de €1,00 (€ 0,25 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,40 (€ 0,50 na 1.ª fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 5823, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

- f) Parque Praça de Londres: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de **€1,00** (€ 0, 25 por cada fracção de 15 minutos), para **€ 1,35** (€ 0,60 na 1.^a fracção e € 0,25 nas restantes) (cfr. fls. 552, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);
- g) Parque Restauradores: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de **€1,50** (€ 0, 40 por cada fracção de 15 minutos), para **€ 2,10** (€ 0,90 na 1.^a fracção e € 0,40 nas restantes) (cfr. fls. 7051 cujo teor se dá por integralmente reproduzido);
- h) Parque Avenida de Roma: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de **€1,10** (€ 0, 30 por cada fracção de 15 minutos), para **€ 1,40** (€ 0,50 na 1.^a fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 5341, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);
- i) Parque Saldanha: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de **€1,30** (€ 0, 35 por cada fracção de 15 minutos), para **€ 1,75** (€ 0,70 na 1.^a fracção e € 0,35 nas restantes) (cfr. fls. 4771 e 4922, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);
- j) Parque Valbom: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de **€1,30** (€ 0, 35 por cada fracção de 15 minutos), para **€ 1,85** (€ 0,80 na 1.^a fracção e € 0,35 nas restantes) (cfr. fls. 4757 e 4923, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

76 - Em relação ao Parque Alexandre Herculano, da Câmara Municipal de Lisboa (gerido pela SP GIS): o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de **€ 1,40** (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos), para **€ 1,80** (€ 0,75 na 1.^a fracção e € 0,35 nas restantes) (cfr. fls. 4835 e 4929, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

77 - Em relação aos Parques da Câmara Municipal de Lisboa geridos pela EMPARQUE:

- a) Parque Campo de Ourique: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de **€ 0,90** (€ 0, 25 por cada fracção de 15 minutos), para **€ 1,20** (€ 0,45 na 1.^a fracção e € 0,25 nas restantes) (cfr. fls. 8416, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

b) Parque Marquês de Pombal: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de **€ 1,00** (€ 0, 25 por cada fracção de 15 minutos), para **€ 1,40** (€ 0,50 na 1.^a fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 5578, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

78 - Em relação ao Parque Casa da Cultura, da Câmara Municipal de Beja (gerido pela EMPARQUE): o valor horário (da 1.^a hora de utilização), é reduzido de **€1,00** (€ 0, 25 por cada fracção de 15 minutos), para **€ 0,85** (€ 0,40 na 1.^a fracção e € 0,15 nas restantes) (cfr. fls. 4970, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

79 - Em relação ao Parque Alameda da República, da Câmara Municipal de Portimão (gerido pela EMPARQUE): o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de **€ 0,80** (€ 0, 20 por cada fracção de 15 minutos), para **€ 1,10** (€ 0,50 na 1.^a fracção e € 0,20 nas restantes) (cfr. fls. 8854, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

80 - Em relação ao Parque Carvalho Araújo, da Câmara Municipal de Vila Real (gerido pela PVR/GISPARQUES): o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de **€ 1,10** (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para **€ 1,00** (€ 0,40 na 1.^a fracção e € 0,20 nas restantes) (cfr. fls. 9096, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

81 - Em relação ao Parque Largo da Estação, da Câmara Municipal de Cascais (gerido pela Parques da Estação): o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de **€ 1,00** (€ 0, 25 por cada fracção de 15 minutos), para **€ 1,35** (€ 0,60 na 1.^a fracção e € 0,25 nas restantes) (cfr. fls. 6664, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

82 - Em relação ao Parque Elias Garcia, da Câmara Municipal da Amadora (gerido pela PARQA): o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de **€0,80** (€ 0,20 por cada fracção de 15 minutos), para **€ 1,10** (€ 0,50 na 1.^a fracção e € 0,20 nas restantes) (cfr. fls. 5457, cujo teor se dá por integralmente reproduzido).

83 - A 12 de Junho de 2006, a CPE remeteu às entidades concedentes dos parques de estacionamento por si geridos, uma carta com o seguinte teor:

“Assunto: ... - Decreto-Lei n.º 81/2006 – Regime tarifário/Fracção do tempo



S. Gomes

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Excelentíssimo Senhor,

Como será do conhecimento de V. Exa., foi publicado em 20 de Abril p.p. o Decreto-Lei n.º 81/2006, que aprova o regime relativo às condições de utilização dos parques e zonas de estacionamento.

A legislação entrou em vigor no dia 21 de Abril de 2006, com excepção do artigo 12.º - fracção do tempo, do regime anexo ao mencionado Decreto-Lei, que só é aplicável 90 dias após a data de entrada em vigor deste último. (...)

O estudo económico que conduziu à decisão de investir no parque público de estacionamento ..., foi elaborado no pressuposto essencial, conhecido e aceite pela Câmara Municipal de ..., do escalonamento horário do tarifário de rotação.

Nessa medida, ao ser imposto outro regime de cálculo – “o preço a pagar pelos utentes dos parques de estacionamento é fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos” (n.º 1 do art.º 12.º), está a ser postos gravemente em causa o equilíbrio económico e financeiro da exploração.

Numa simulação efectuada pela ANEPE – Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento, a uma amostra de 106.590 transacções, num universo de 22 parques de estacionamento, com um total de 8.800 lugares, situados em diversas cidades do País, a simples aplicação dos novos regimes implicaria uma quebra da receita próximo de 15%.

Por outro lado, o ingresso no parque de estacionamento representa um custo fixo (movimentação de barreira, emissão de bilhete, processamento de pagamento, utilização da infra-estrutura, etc), que poderá atingir, de acordo com os nossos cálculos, € 0,35 (trinta e cinco cêntimos).

Sem prejuízo do exposto, poderá, certamente e ainda, haver lugar à revisão de tarifas.

O quadro seguinte espelha um cenário resultante da simulação da ANEPE, atrás mencionada, em que se verificaria um ‘preço de ingresso’ de € 0,35 + 2,5% de aumento de tarifa e apenas um aumento de 15% das tarifas actuais.

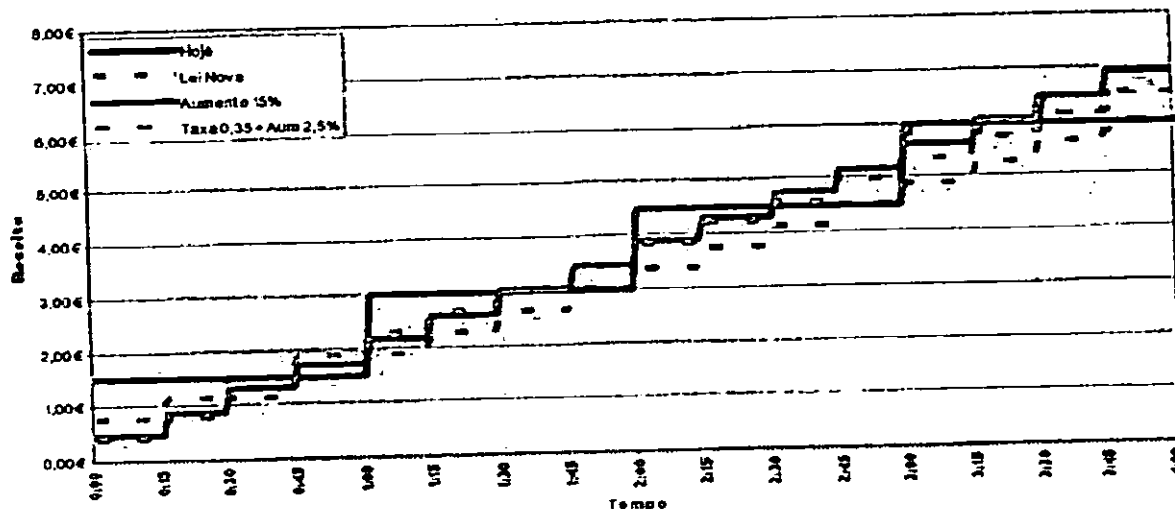


Sgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

DL 81/2006



A CPE entende que apenas deverá propor um aumento de 15% das tarifas contratuais (horárias) para cálculo do preço para a fracção de 15 minutos, prescindindo do 'preço de ingresso' mais actualização da tarifa em 2,5%, que se revela mais oneroso para os utentes.

...

84 – Esta carta, com adaptações, foi remetida, acompanhada dos respectivos tarifários individuais (onde se reflecte o referido “aumento de 15% das tarifas”):

1. À Câmara Municipal de Lisboa, a 12 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Praça do Município (cfr. fls. 10040, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

2. À Câmara Municipal de Lisboa, a 7 de Julho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento do Alto do Parque Eduardo VII (cfr. fls. 10078, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);



Segaria

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

3. À Câmara Municipal de Aveiro, a 12 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Praça Marquês de Pombal (cfr. fls. 10091, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

4. Ao Mercado Municipal de Faro, a 8 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento do Mercado Municipal (cfr. fls. 10114, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

5. À Sociedade para o Desenvolvimento do Programa Polis em Matosinhos, a 9 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Marginal de Matosinhos Sul (cfr. fls. 10125, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

6. À Câmara Municipal do Porto, a 8 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento "Garagem o Comércio do Porto" (cfr. fls. 10139, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

7. À Câmara Municipal do Porto, a 8 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da frente marítima do Parque da Cidade (Castelo do Queijo) (cfr. fls. 10335, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

8. Ao Governo Regional da Região Autónoma da Madeira, a 23 de Maio de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento do Hospital da Cruz de Carvalho (cfr. fls. 10151, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

9. À Casa da Música – Porto 2001, S.A., a 26 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Casa da Música (cfr. fls. 10204, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

10. À Câmara Municipal de Faro, a 29 de Maio de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Pontinha (cfr. fls. 10229, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

11. À Câmara Municipal de São João da Madeira, a 12 de Junho de 2006, relativamente aos Parques de estacionamento da Rua João de Deus e da Praça Dr. Renato Araújo (cfr. fls. 10285 e 10316, cujo teor se dá por integralmente reproduzido).



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

85 - Em 26 e 27 de Junho de 2006, na CPE foram trocadas as seguintes mensagens de correio electrónico, envolvendo o então Presidente do seu Conselho de Administração:

"De: Fernando Melo (fmelo@cpe.pt)

Enviada: segunda-feira, 26 de Junho de 2006

Para: Paulo Monteiro

Cc: José Pinheiro Pereira; Teodorico Sousa; ces apr

Assunto: FW: TARIFARIOS DOS PARQUES 2006 – 15 minutos LAGOAS.xls

Importância: Alta

Caro Paulo,

De acordo com o DL 81/2006 de 20 de Junho, os tarifários com fracções de 15 minutos têm de entrar em vigor até 21 de Julho 2006 inclusive, e sujeitos a prévia aprovação das Câmaras Municipais. Em anexo, ficheiros com uma versão de propostas dos tarifários a vigorarem nos parques públicos de Lagoas Park.

Para efeitos de não autuação pela AESE, temos de ter disponíveis para apresentação em caso de fiscalização, o que irá suceder com toda a certeza, comprovante do recebimento pela CMO, das cartas que a TDGP II irá enviar aquela entidade (Cópia da carta inclusive para exibição em cada um dos parques). Passo a aguardar tuas indicações quanto aos tarifários a aplicar e data de entrada em vigor, para antecipada programação dos sistemas de controlo de acessos e gestão dos parques em causa.

Com um abraço,

FFM"

Resposta ao e-mail anterior:

"De: Paulo Monteiro (pfm@tduarte.pt)

Enviada: terça-feira, 27 de Junho de 2006

Para: fmelo

Cc: José Pinheiro Pereira; Teodorico Sousa; Diogo Rebelo; Rogerio Fonseca



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Assunto: RE: TARIFÁRIOS DOS PARQUES 2006 – 15 minutos LAGOAS.xls

FFM,

Pelo que entendi dos mapas estás a propor colocar as fracções de 15 minutos com uma taxa de 0,20 euros, o que dará uma tarifa horária de 0,80 euros?

Se assim for e considerando que a tarifa actual é de 0,60 euros/hora estás a propor um aumento de 33%, é assim?

Fico à aguardar o teu esclarecimento.

Cumprimentos,

PFM"

Resposta ao e-mail anterior:

"De: Fernando Melo (fmelo@cpe.pt)

Enviada: terça-feira, 27 de Junho de 2006

Para: Paulo Monteiro

Cc: José Pinheiro Pereira; Teodorico Sousa; Diogo Rebelo; Rogério Fonseca;

ces apr

Assunto: RE: TARIFÁRIOS DOS PARQUES 2006 – 15 minutos LAGOAS.xls

Importância: Alta

PFM,

Em anexo, para tua análise, estudo feito pela ANEPE com a participação da CPE, Emparque e SPEL, que serviu de base à justificação de novas tarifas com fracções de 15 minutos, apresentadas às entidades concedentes.

A folha de cálculo em anexo ao meu anterior e-mail, resulta da aplicação deste estudo, com o arredondamento comercial para o múltiplo de € 5 cts superior, daí a razão do aumento virtual de 33%, porque na verdade não é este aumento o que se irá verificar em termos médios de tempo de estacionamento pago, porque os utentes deixam de pagar horas inteiras, como por ex. passarem 3 minutos a mais de uma hora vencida, mas irão pagar apenas fracções de 15 minutos.



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Com a minha proposta pretende-se apenas manter o nível actual de receitas do serviço de rotação, que eventualmente poderão crescer marginalmente.

A opção de aplicar uma taxa de ingresso na 1.ª fracção de 15 minutos, não é comercialmente simpática e a CPE não está a utilizar este método nas propostas que apresentou, com excepção para a Garagem O Comércio do Porto, por razões de especificidade desta unidade de negócio, quanto a localização e pequena capacidade de n.º de lugares disponíveis para rotação.

Abraço,

FFM"

86 – Ao enviar o escrito datado de 9.05.2006, constante do ponto 61 supra, a arguida bem sabia que ele iria ser interpretado pelos respectivos destinatários como uma recomendação de aumento de preços, na medida da perda de receitas que assinalava, e ainda assim quis enviá-lo e que ele assim fosse entendido;

87 - Quis agir da forma porque o fez, bem sabendo ser a sua conduta punida pelas normas que regulam a concorrência;

88 - Não são conhecidos antecedentes contra-ordenacionais à arguida.

*

II.2. Matéria de facto não provada

Abstraindo de todas as considerações jurídicas e conclusivas constantes quer da decisão recorrida quer das alegações de recurso, não resultaram provados os seguintes factos:

- A Emparque, à data dos factos, era detida em 60,14% pelo Grupo A. Silva & Silva – SGPS, SA, em 20% pelo Grupo Portugalíia e em 11,56% pela A. Romarim, S.A;
- A SPEL era, em 2006, detida totalmente pela SABA Aparcamientos, S.A., depois de em 2003 esta empresa ter adquirido a participação de 50% que a Sonae Sierra, SGPS, S.A., detinha no capital da SPEL; por sua vez, a SABA era, em 2006, detida pelo Grupo



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Abertis (99,26%);

- O Grupo Abertis é um grupo espanhol que se dedica a várias actividades, nomeadamente à exploração de auto-estradas, parques de estacionamento, serviços de logística, infra-estruturas de telecomunicações e gestão de aeroportos;

- A SPEL detém 51% do capital da Lizestacionamentos – Desenvolvimento, Exploração e Construção de Parques de Estacionamento, S.A. cuja actividade consiste na promoção, projecção, construção, gestão e exploração de parques de estacionamento e de parómetros e demais actividades complementares. Os restantes 49% do capital são detidos pela João Cerejo dos Santos, Lda., empresa que se dedica a obras de empreitadas de construção;

- A SPEL divide a sua actividade em diversas áreas, sendo as mais significativas a exploração de parques de estacionamento cuja propriedade pertence a Câmaras Municipais ou a outras entidades públicas e a gestão de parques de estacionamento de propriedade de empresas da Sonae Sierra, SGPS, S.A. e da Lizestacionamentos, empresa detida pela SPEL

- O capital social da Sient encontrava-se, à data dos factos, disseminado por diversos accionistas, sendo o accionista maioritário (com 19,95%) a sociedade Corpico – Comércio de representações, S.A.;

- A CPE tem como sua accionista maioritária (60%) a sociedade TEDAL, SGPS, S.A., que por sua vez é detida na totalidade pela Teixeira Duarte – Engenharia e Construções, S.A.;

- A Promoparques era detida, à data dos factos, pela FIBEIRA, SGPS, S.A. (99,98%) e por Armando Gertrudes Martins (0,02%);

- O Grupo Fibeira controla ainda outra empresa com actividade principal na gestão e exploração de parques de estacionamento, a Imosalgest – Gestão e Administração, S.A.

*

II.3. Fundamentação da decisão da matéria de facto

Antes de passar à análise dos meios de prova, cumpre fazer algumas considerações sobre a prova e sobre a sua valoração, tendo em consideração a natureza dos



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

autos.

No processo contra-ordenacional está em causa um recurso de impugnação judicial, sendo o seu objecto fixado em função do conteúdo do articulado de impugnação. Daí resultando (e diferentemente do processo-crime, em que o julgamento é feito a partir da acusação ou da decisão instrutória, e nada está à partida provado e tudo tem de ser objecto de prova em julgamento, só podendo ser valoradas na sentença as provas que se produzirem no julgamento e aquelas que tenham sido produzidas anteriormente nos casos devidamente especificados na lei), que não há que produzir prova sobre factos aceites pelo arguido, ficando de fora do objecto do recurso os factos constantes da decisão recorrida que o arguido não questiona. Não se trata de prova por confissão no sentido civilista, valendo aqui o princípio da presunção de inocência e o consequente ónus de prova pela acusação. Só tem é que ser produzida prova e apreciada a factualidade posta em causa pelo arguido, e não os factos constantes da acusação que o arguido não questiona.

»

Matéria de facto provada

A convicção do Tribunal, no que respeita à matéria de facto considerada provada e que foi questionada pelas arguidas nos seus recursos de impugnação, formou-se com base na análise crítica da globalidade de toda a prova produzida, designadamente nos documentos juntos aos autos, que não foram impugnados pela arguida, e no depoimento das testemunhas inquiridas em audiência.

Foram ouvidos:

João Alexandre Pateira Ferreira, jurista, funcionário da AdC, instrutor do processo.

Maria de Jesus Fiúza Lopes, Secretária Geral da ANEPE à data dos factos (durante 5/6 anos e até há cerca de 3/4 anos). Referiu ter antes feito parte do quadro de funcionários de duas empresas de parques de estacionamento, tendo sido administradora da Emparque.

Paulo Jorge Pedrogão Barreira, funcionário da CPE desde 1998, com funções na



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

área administrativa e financeira.

José Carlos Alfaia Pinto Pereira, Presidente do Conselho de administração da Sient, desde há 6 anos.

António Henrique de Oliveira Mendes, membro do Conselho de Administração da Spel. Referiu que a carta de 9.05.2006 enviada pela ANEPE, e de cujo teor a Spel não discordou, era uma orientação da Associação para os associados e que visava dar uma ajuda aos associados, chamar a atenção dos associados menos activos e dar-lhes uma ideia das soluções. Que a decisão, a estratégia inicial, foi da Associação, que não de todos os associados “concertados”, e passava por levar os concedentes a admitir a renegociação dos contratos de concessão.

Agostinho Ribeiro de Carvalho, técnico de tráfego da EMEL há 17 anos, era em 2005/2006 responsável pela exploração dos parques públicos da EMEL e pela manutenção dos parquímetros.

António Manuel Bizarro de Freitas Vilar, administrador da CPE desde 2007, em 2005/2006 era administrador de uma empresa (Costa Parques), não associada da ANEPE (e com a qual não tinha qualquer relação). Referiu que os valores contratuais dos contratos de concessão tinham uma margem que suportava um aumento na ordem dos 14, 15%. No caso dos parques que geria (em regime de concessão, e ditos de “curta duração”), o fraccionamento em 15 minutos do tempo de estacionamento levou a um agravamento de quase 15%, não tendo tido qualquer dificuldade no relacionamento com a concedente.

Pedro Maria Póvoas Mendes Leal, administrador da Emparque. Referiu que os associados tinham entendimentos e posições muito diferentes em relação ao fraccionamento em 15 minutos do tempo de estacionamento, sendo também os efeitos causados por esse fraccionamento muito díspares, de parque para parque (sendo maior o impacto em parques de muito curta duração). E que a ANEPE foi o veículo de transmissão das suas preocupações, junto do Governo e dos concedentes. A ANEPE chamou a atenção para a existência de prejuízos mas não se imiscuiu nas decisões de cada empresa, os quais agiram de diferentes modos.



Segundo

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Esta testemunha confirmou a autoria do texto (das correcções introduzidas ao texto) que lhe é imputado na decisão impugnada.

João Manuel Caetano Dias, funcionário da Emparque, com as funções, em 2006, de assessor do Presidente do CA. A Emparque era, refere, a maior associada da ANEPE. Foi autor do gráfico reproduzido no texto das cartas enviadas pela ANEPE, tendo fornecido o estudo global que fez, à Secretária Geral da ANEPE em Abril de 2006.

No geral as testemunhas inquiridas não contrariam os factos resultantes dos documentos em que se baseou a decisão da AdC. Antes, de uma forma que se afigurou ao Tribunal, defensiva, o que deles se extraiu. Insistindo (com excepção do instrutor do processo) no facto de cada uma das associadas ter agido de acordo com a realidade com que cada uma lidava, e que o papel da ANEPE foi o de chamar a atenção dos associados, não interferindo com a gestão destes.

A matéria de facto provada é, na sua quase totalidade assente em documentos que estão juntos aos autos, recolhidos na fase de instrução, não impugnados pela arguida. O que a arguida impugnou, quanto à matéria de facto que consta da decisão impugnada foram as considerações que a partir dela foram tomadas ao longo da decisão, quer na motivação da decisão de facto quer nas conclusões sobre a matéria de facto. Quanto aos factos propriamente ditos, e só esses o Tribunal considerou supra, a arguida não os contestou.

Os documentos ponderados pelo Tribunal para a fixação da matéria de facto assente tal como o foi, são os que constam, por remissão em cada artigo, da decisão impugnada (alguns dos quais reproduzidos na íntegra e outros por remissão para a respectiva folha do processo, nos diversos pontos da matéria de facto).

Relativamente aos factos descritos nos arts. 301 a 329 da decisão impugnada, sobre que a arguida referiu não poder pronunciar-se, por não lhe dizerem respeito, ainda que no geral presume que são verdadeiros, resultam – os factos considerados provados - dos docs. juntos a fls. 2161 e 2162, 2167, 14915 a 14952, 14955, 176, 14818, 14869, 1108, 14763, 14773, 9349, 15228, 15238, 12064, 14721, 14709, 12241, 12228, e 15541. Quanto ao volume de negócios das empresas associadas, a arguida não contesta os números que



Sgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

constam da decisão. Antes, o facto de ser considerado o volume de negócios global da empresa, entendendo que deve ser considerado que o volume de negócios “relevante”, decorrente da relação concedente/concessionário, é igual a 0. O montante do volume de negócios considerado provado, resulta dos documentos contabilísticos juntos pelas empresas em questão durante a fase de instrução do processo:

Quanto aos factos descritos na decisão impugnada nos arts. 405 a 415, respeitantes a empresas associadas e não à ANEPE, e que por isso a arguida diz ter de impugnar, resultam, tal como descritos na matéria de facto supra, dos documentos juntos a fls. 4889 e seg., 4873, 4874 e seg., 4945, 10040 (para além dos juntos nas folhas do processo expressamente referidos na matéria de facto).

Os factos constantes dos pontos 33 e 34 da matéria de facto resultaram do acordo das partes quanto aos factos, tal como foram considerados provados.

Os factos constantes do ponto 12 da matéria de facto, resultaram da análise global e ponderada dos depoimentos das testemunhas, em especial das testemunhas Maria de Jesus Lopes e Pedro Maria Leal.

Os factos constantes dos pontos 86 e 87 da matéria de facto supra resultaram da análise crítica e ponderada da globalidade da prova produzida. A arguida alega que mesmo que em anteriores documentos internos de trabalho circulados pelos serviços da associação para recolher comentários das suas associadas e eventuais observações destas contivessem expressões tais como “recomendamos” ou “solução preconizada”, tal não pode em suma ser visto como prova de que se recomendou efectivamente e que teve intenção de recomendar. Sob pena de se condicionar e asfixiar a liberdade de expressão e o funcionamento das associações. Realça o cuidado efectivamente posto em não se recomendar o que quer que seja e em desfazer equívocos relativamente à existência de qualquer recomendação. Que não teve qualquer intenção de infringir as regras da concorrência.

Conhecia-as contudo, não nega: As sucessivas redacções do texto final que veio a divulgar publicamente, as quais ia circulando por alguns associados (e recorde-se que a ANEPE não tinha uma estrutura humana permanente ou autónoma em relação às empresas



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenál Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

associadas, dependendo da Secretária-geral) e recolhendo comentários, não deixam dúvidas quanto à intenção da arguida: recomendar aos associados a adopção das soluções que preconizava como apropriada reacção à publicação do DL 81/2006, de forma a evitarem a perda de receitas que estimava, de acordo com os seus estudos, em 15%. O facto de ir alterando a redacção do texto em nada belisca aquela conclusão. Antes a confirma. A arguida já havia circulado, designadamente por associados seus, conforme resulta da matéria de facto assente, textos onde expressamente recomendava, e falava de soluções preconizadas. Ainda que retirando essas expressões do texto final, face ao seu teor sabia que os seus destinatários iriam entendê-lo como uma recomendação de aumento de preços (seja pela bandeirada seja pelo aumento da tarifa) na medida da perda de receitas que assinalava (vejam-se os sublinhados e comentários de um dos associados no texto que recebeu da arguida). Sabia e mesmo assim enviou-o, porque queria tomar uma posição pública face a uma matéria "muito grave". Não se trata aqui de liberdade de expressão, ou então, doutra perspectiva, trata-se efectivamente de liberdade de expressão: a arguida não utilizou no texto de 9 de Maio a expressão "recomendar" ou "soluções preconizadas", ainda que tenha efectivamente representado e querido recomendar essas soluções para o problema que enunciou. Não utilizou as expressões, mas arranjou outra forma de transmitir essa sua intenção.

Quanto à matéria de facto não provada, resultou da inidoneidade da única prova produzida a respeito (documentos particulares, sem assinatura na sua maioria, contendo simples informações, sem suporte documental idóneo para prova dos factos).

II.4. Enquadramento jurídico

À arguida é imputada a prática de uma contra-ordenação prevista no art. 4º da Lei nº 18/03 de 11 de Junho.

Nos termos do n.º 1 do artigo 4.º da LdC,

"São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Leiria G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa;

b) Fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;

c) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

d) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

e) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;

f) Recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços;

g) Subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objecto desses contratos.”.

São elementos do tipo objectivo da contra-ordenação:

- . a qualidade de empresa;
- . a realização de um acordo ou de uma prática concertada entre empresas, ou de uma decisão de associação de empresas;
- . o objecto ou efeito anti-concorrencial do comportamento;
- . o carácter sensível da restrição de concorrência;
- . a existência de um mercado relevante.



Sgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Face ao tipo legal em causa para se poder concluir pela prática da contra-ordenação há assim que apurar, em concreto:

- se a arguida é uma associação de empresas tal como definida na lei da concorrência e se, por conseguinte, está sujeita ao regime da concorrência;
- se os factos apurados relativos à alegada *“estratégia de reacção colectiva à entrada em vigor do regime de determinação de preços pela utilização de parques de estacionamento, previsto no Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril”* configuram uma decisão de uma associação de empresas;
- qual o mercado a considerar;
- se a decisão tem por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado definido.

Passemos então à análise de cada um destes elementos do tipo.

a) Da aplicabilidade do regime da concorrência à arguida

De harmonia com o disposto no art. 1º, nº 1, da Lei 18/03 de 11 de Junho (diploma a que pertencem todas as disposições infra citadas sem outra indicação), o regime legal da concorrência é aplicável a *todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo.*

Por sua vez, o art. 2º, nº 1., define empresa como *qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento.*

A noção de empresa utilizada para efeitos de aplicação das regras de concorrência caracteriza-se pelo seu reduzido formalismo, sendo a tónica colocada no seu carácter funcional, como resulta do facto de se considerar como empresa qualquer entidade que exerça uma actividade económica no mercado, “independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento”. Assim, desde logo, empresa não é sinónimo de sociedade comercial, não sendo exigida nem a natureza societária, nem tão pouco a prossecução de



Sgauris

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

fins lucrativos, sequer que se trate de uma pessoa colectiva. – neste sentido, Miguel Mendes Pereira, “Lei da Concorrência”, Anot., Coimbra Ed., pgs. 68 e 69.

No caso, atento o objecto estatutário da associação arguida, bem como o enquadramento da actividade económica dos seus associados, a AdC conclui, sem dúvidas, na decisão impugnada, que a arguida era uma associação de empresas. O que a arguida não contesta.

A arguida é, pois, uma associação de empresas, estando sujeita à aplicação do regime legal da concorrência.

b) Da existência de uma decisão de associação de empresas

O art. 4º, nº 1, estabelece que, “São proibidos (...) as decisões de associações de empresas (...)”. O preceito em análise refere-se a “decisões de associações de empresas”, não introduzindo nenhuma excepção. Ora ao falar em *decisão* este artigo tem em vista todo e qualquer comportamento que traduza uma orientação emitida por, no caso, uma associação, seja qual for a forma exterior que reveste.

O que está em causa é a manifestação de uma vontade colectiva por parte de um conjunto de empresas agrupadas em torno de uma estrutura comum visando a adopção de um determinado comportamento alinhado. Não é necessário que a decisão seja vinculativa ou tenha a pretensão de o ser, bastando que tenha como objecto ou efeito influenciar o comportamento comercial dos seus membros. Assim, uma mera recomendação pode ser considerada como uma decisão (Miguel Mendes Pereira *in*, “Lei da Concorrência” Anot., Coimbra Ed. 2009, p. 90).

Neste sentido pode ver-se o comentário à decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades, no caso *Ste Technique Minière* contra *Maschinenbau Ulm GmbH*, em 1966, onde se refere que uma recomendação de uma associação de empresas, mesmo desprovida de força obrigatória, não escapa à previsão do art. 85º, nº 1, do Tratado de Roma (preceito idêntico ao art. 2º do Decreto Lei nº 371/93), posto que a aceitação da recomendação pelas empresas destinatárias exerça uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

mercado em causa (*in Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes*, Tome 2, 2e édition, J. Boulouis e R.-M. Chevalier).

Significa isto que todas as decisões de todas as associações de empresas que tenham por objecto ou por efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional são proibidas.

A “decisão” (deixemo-la por enquanto entre aspas) da ANEPE que está em causa é a carta que esta dirigiu aos seus associados, à Secretaria de Estado do Comércio e Defesa do Consumidor e à Associação Nacional dos Municípios Portugueses, de 9 de Maio de 2006. É o culminar da estratégia de reacção à entrada em vigor do regime de determinação de preços pela utilização de parques de estacionamento previsto no DL nº 81/2006 de 20.04 que a AdC lhe imputa, e consubstancia a tomada de posição pública da Associação a respeito da matéria.

Comecemos por analisar os termos da carta em questão.

Começa por enunciar um problema como consequência da regulamentação da determinação do preço nos parques de estacionamento e da regra de cálculo do preço a pagar pelos utentes de parques de estacionamento (art. 12 nº1 da Lei 81/2006 de 20.04), pela qual esse preço para a ser fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos: “... quer por exigência dos concursos, quer por ser prática habitual no sector, todos os estudos económicos que estão na base de investir nos parques e que justificam a viabilidade do negócio (...) foram, regra geral elaborados no pressuposto essencial, conhecido e aceite pelos municípios, do escalonamento horário dos tarifários.

Nessa medida, ao ser agora imposta uma outra regra de cálculo (...) estará a ser posto gravemente em causa o equilíbrio da exploração, com incidência nos contratos em vigor (...)”.

Prossegue, dando conta das conclusões a que chegou com base em estudos: “Numa simulação efectuada a uma amostra de 106.590 transacções, num universo de 22 parques de estacionamento de rotação, com um total de 8.800 lugares, situados em diversas cidades do país, a simples aplicação das novas regras implicaria uma quebra de



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

receita próxima de 15%.

Por outro lado, o ingresso no parque de estacionamento representa um custo fixo (movimentação de barreiras, emissão de cartão, processamento de pagamento, utilização da infra-estrutura, etc.) que poderá atingir, de acordo com os nossos cálculos, 35 cêntimos."

Enunciada o problema (*estará a ser posto gravemente em causa o equilíbrio da exploração, com incidência nos contratos em vigor*), expostas as conclusões a que chegou com base em estudos efectuados (*a simples aplicação das novas regras implicaria uma quebra de receita próxima de 15%;* o ingresso no parque de estacionamento *representa um custo fixo que poderá atingir 35 cêntimos*), apresenta soluções para resolver o enunciado problema:

"Entende a Anepe que, face às novas regras de fraccionamento do tempo para determinação do preço, tal custo pode ser autonomizado do preço/tarifa aplicados ao tempo utilizado.

Com efeito, verifica-se que a simples divisão do preço actual por quatro poderia acarretar situações que o preço a pagar pelo cliente nos primeiros quinze minutos seria inferior ao custo fixo acima referido.

Sem prejuízo do exposto, poderá, ainda, haver lugar à revisão de tarifas em vigor nos parques de estacionamento.

O quadro seguinte espelha um cenário simulado em que se verificaria um "preço de ingresso" e um aumento de 15% das tarifas actuais. (...)"

Em lado algum do texto a ANEPE decide o que quer que seja quanto ao que deve ser feito para obstar ao problema que enuncia, o de estar *a ser posto gravemente em causa o equilíbrio da exploração, com incidência nos contratos em vigor*. Mas recomenda claramente, depois de apresentar os seus cálculos *a simples aplicação das novas regras implicaria* - isto é, se nada for feito - uma quebra de receita próxima dos 15% e que o ingresso no parque representa um custo fixo que poderá atingir €0,35) recomenda dizíamos, para obstar àquelas implicações, a autonomização daquele custo fixo de €0,35 do



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

preço/tarifa aplicados ao tempo utilizado, ou a revisão das tarifas em vigor nos parques, aumentando-as em 15% (o valor da quebra de receita, de acordo com o seu estudo, e o que é tido em conta no gráfico que inclui no texto).

Analisemos a génese da carta de 9 de Maio de 2006 da ANEPE:

Houve em primeiro lugar um anteprojecto legislativo e um pedido de parecer da Secretaria de Estado, que previa no art.º 9 que nos estacionamento de curta duração, até 24 horas, a tarifa a pagar pelos utilizadores dos parques de estacionamento seria fixada ao minuto. Sobre o qual a ANEPE se pronunciou em 22.12.2005.

No dia 8.03.2006 foi aprovado em Conselho de Ministros o diploma que viria a ser publicado em 20.04.2006 como DL nº 81/2006.

Entre Março e Abril a Direcção da ANEPE pediu um parecer jurídico sobre o diploma e preparou uma carta para ser enviada aos seus associados, ao Governo e à Associação Nacional de Municípios.

Das notas escritas do representante da EMEL na reunião extraordinária de 20.04.2006 da ANEPE (sendo que de acordo com o depoimento da testemunha Dias, funcionário da Emparque e autor do gráfico usado pela ANEPE, este forneceu o estudo contendo o gráfico à Secretária geral da Associação, em Abril), extrai-se que naquela reunião foi já delineada a estratégia, enfim, os passos a tomar, para reagir às alterações decorrentes da entrada em vigor do Decreto Lei: comunicar à ANM a posição da ANEPE, comunicar a percentagem a que se chegou no que se refere ao prejuízo que os concessionários têm com a introdução desde DL, renegociar os contratos de concessão, enviar ao Secretário de Estado um memorando fazendo algumas críticas e levantando questões (o que iria ser feito por juristas); alterar o DL...

No dia 24.04.2006 a secretária geral da ANEPE enviou a associadas (Emparque, Brisa, Spel, CPE e Sient) a posição pública da Associação, em que refere ser *"imprescindível rever as tarifas em vigor nos parques de estacionamento"*, sendo possível, aplicação de uma taxa de activação nos primeiros 15 minutos, conjugada com um aumento de cerca de 2,5% das tarifas actuais, fraccionadas em quartos de hora, ou, o aumento de



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

15% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora (sem aplicação da taxa de activação), conforme quadro que consta do texto (e é aliás o reproduzido em todos os textos da ANEPE neste caso).

Em 27.04.2006 a ANEPE remeteu para os mesmos associados e ainda para a Emel, uma nova versão daquele texto, com as alterações introduzidas por Pedro Mendes Leal, vogal da Direcção da ANEPE e representante da Emparque. As alterações introduzidas constam da matéria de facto assente.

Em 2.05.2006 a ANEPE remeteu aos associados Sient, Spel, Briça, Emparque, CPE e Emel, e ainda para uma sociedade de advogados, *"o documento revisto no seguimento da reunião de sexta-feira"*. Da qual consta designadamente que *"Torna-se ainda imprescindível rever as tarifas em vigor nos parques de estacionamento, sendo recomendável a aplicação do "preço de ingresso" acrescido da tarifa relativa ao tempo utilizado, para a qual se estima um aumento de cerca de 2,5% relativamente às tarifas actuais, fraccionadas em quartos de hora."*

Caso não se opte por esta solução, então deverá ser previsto um aumento de 15% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora."

Segue-se a exposição do gráfico já conhecido.

Sublinhe-se os destaques e comentários escritos pela associada Emel àquele texto recebido da ANEPE, e que constam da matéria de facto assente. Das quais se extrai com relativa clareza que os aspectos sublinhados (os relevantes para a associada, a ter em conta), do texto da comunicação da ANEPE, foi precisamente a recomendação do "preço de ingresso" (bandeirada) de €0,35 acrescida de um aumento de cerca de 2.5%, e a perda de receitas próxima de 15%, que teria de ser compensada pelo aumento de 15% das tarifas actuais.

A 9 de Maio acabaria por ser enviada pela ANEPE aos seus associados, ao Governo e à ANMP a carta que analisamos acima em primeiro lugar, sendo patente que na redacção desta versão pública da posição da ANEPE foram omitidas expressões como *"sendo recomendável a aplicação do preço de ingresso"* ou *"recomenda-se a instituição de*



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

um preço de ingresso”, bem como a expressão “deverá então ser previsto um aumento de 15% das tarifas actuais”.

Na redacção deste texto com a posição pública da ANEPE, de 9.05.2006, emprega-se antes a expressão *“entende a Anepe que”, “poderá, ainda, haver lugar à revisão de tarifas”, “o quadro seguinte espelha um cenário simulado em que se verificaria um preço de ingresso e aumento de 15% das tarifas actuais”.*

Recomendar é aconselhar alguma coisa, uma via de acção a outrém. E o que a ANEPE fez neste caso foi, sem a final empregar a expressão (que já tinha empregue em anteriores comunicações enviadas a associados), recomendar aos seus associados, para obstar ao problema que identifica e tendo em conta os estudos que fez e as conclusões a que chegou, a aplicação das soluções que preconiza para o resolver.

Uma mera recomendação, como dizíamos acima, pode ser considerada como uma decisão para os efeitos do art. 4 nº1 da LdC. Repetimo-lo, o que está em causa é a manifestação de uma vontade colectiva por parte de um conjunto de empresas agrupadas em torno de uma estrutura comum visando a adopção de um determinado comportamento alinhado, não sendo necessário que a decisão seja vinculativa ou tenha a pretensão de o ser, bastando que tenha como objecto ou efeito influenciar o comportamento comercial dos seus membros.

Todo e qualquer comportamento que traduza uma orientação emitida por uma associação, seja qual for a forma externa que possa concretamente revestir, desde que tenha a susceptibilidade de exercer uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no mercado em causa, pode ser considerada como uma decisão para os efeitos do art. 4 nº1 da LdC.

É o que se verifica no caso *sub judice*. A ANEPE, associação nacional de empresas de parques de estacionamento, manifestou publicamente a sua posição face à introdução da Lei 81/2006 de 20.04 e em especial à determinação que dela consta a respeito do preço nos parques de estacionamento, recomendando/orientando/ defendendo, visando a adopção, dos comportamentos que preconiza no texto da carta de 9 de Maio de 2006 (e



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

que mais explicitamente já dera a conhecer aos associados, sob a forma de documentos subscritos pela Secretária geral ou por membros dos seus órgãos sociais, circulados entre vários associados).

Comportamentos que depois procurou verificar se tinham sido adoptados, isto é, se as recomendações que fez tinham sido acatadas, e em que medida as soluções preconizadas estavam a ser seguidas. É o que resulta do facto descrito no ponto 64, da matéria de facto assente (mail de 12.07.2006 enviado pela Secretária geral da associação, solicitando *o envio de informações sobre a situação da aplicação desta norma nos parques que gerem, nomeadamente no que se refere às negociações com os municípios.*)

Tratou-se, pois, de uma decisão de associação de empresas.

c) Do mercado a considerar

A definição do mercado é um passo essencial para determinação da infracção, uma vez que ela existe sempre por referência a um dado mercado.

A este propósito escreve Lopes Rodrigues que *"o principal objecto da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar. O objectivo de definir um mercado tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efectivos das empresas em causa, susceptíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de actuar independentemente de uma pressão concorrencial efectiva."* (in, O Essencial da Política de Concorrência, INA, 2005, p. 95-96).

A AdC entendeu que a prática da arguida incide no mercado da prestação de serviços de gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos. Que a oferta no mercado relevante corresponde à actividade desenvolvida pelas empresas que prestam serviços de construção, gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento em locais públicos. No que se refere à procura, que esta consiste nas entidades, públicas ou privadas, que recorrem aos serviços das empresas gestoras de



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

parques de estacionamento para disponibilizar lugares de estacionamento, em instalações construídas ou adaptadas para o efeito, ou na via pública. Abrangendo, geograficamente, todo o território nacional.

Entende a arguida que o mercado relevante é o mercado da gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos e que este mercado tem duas dimensões: a primeira assente na relação entre as entidades públicas ou privadas que pretendem disponibilizar lugares de estacionamento através de concessão (“concedentes”) e as empresas gestoras de parques de estacionamento (“concessionários”); e uma segunda dimensão, que se materializa na relação destas últimas com o consumidor (dimensão “retalhista”). E que, ao contrário do que sucede na relação entre os concedentes e concessionários, a dimensão retalhista do mercado não tem um âmbito geográfico nacional e sim local.

O mercado relevante é uma noção que traça o perímetro circundante da arena concorrencial dentro da qual se degladiam as empresas, indicando qual a área pertinente para uma análise estrutural ou comportamental. Desdobra-se em duas vertentes: mercado relevante de produto e mercado relevante geográfico. – Miguel Mendes Pereira, loc cit. pg. 119.

O mercado de produto identifica o bem ou serviço em causa e é constituído pelo conjunto de produtos intersubstituíveis tanto na óptica da procura como da oferta. Na óptica da procura o mercado é identificado pela existência de um conjunto de produtos, bens ou serviços substituíveis entre si, isto é, que os consumidores vejam como similares para a satisfação de uma dada necessidade. Havendo aqui que considerar factores como o preço, as características do produto e o seu modo de utilização. Na óptica da oferta o mercado é identificado pela existência de várias empresas que estão no mercado em causa a fornecer o produto ou serviço, sendo que o mesmo também pode ser oferecido por outras empresas que ainda não estão no mercado ou pelas que já estão no mercado sem que tenham que incorrer em qualquer custo suplementar significativo



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

No caso, quanto ao mercado relevante de produto temos por assente que se trata do mercado da gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos.

O mercado geográfico apura-se tendo em consideração a zona territorial em que os produtores ou vendedores de um determinado bem, ou prestadores de um determinado serviço, concorrem em condições suficientemente homogêneas, e que podem distinguir-se das áreas geográficas vizinhas pelo facto, em especial, de as condições da concorrência serem diferentes nessas áreas. Do ponto de vista da procura se, por hipótese, verificando-se o aumento do preço dum produto num determinado local a procura se deslocar de modo significativo para outro local, estes dois locais serão considerados o mesmo mercado geográfico para aquele produto ou serviço. Já se a reacção ao aumento for insignificante então os dois locais não são substituíveis e, por conseguinte, não integram o mesmo mercado geográfico. Do ponto de vista da oferta se, perante um aumento de preços, se verificar que surgem novas empresas no mercado restringindo o comportamento das empresas já existentes, então as áreas geográficas onde estes novos operadores estão integrados têm que ser incluídas no mercado geográfico considerado relevante.

Ora, quanto ao mercado relevante geográfico, não nos restam dúvidas no caso de que ele abrange todo o território nacional. As associadas da ANEPE gerem ou exploram parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos, em todo o território nacional. Não está aqui em causa a substituíbilidade do produto, na óptica do utilizador dos parques, porque a decisão da arguida, que analisamos acima, não se circunscreve a um parque ou a um local em concreto, antes a todos os parques de estacionamento abrangidos pelo fraccionamento previsto no art. 12 nº1 do DL 81/2006. A recomendação - e sublinhe-se que por intermédio da ANMP foi enviada a todas as Câmaras Municipais - abrangia todas as associadas, para aplicação em todos os parques de estacionamento de curta duração.

d) Da existência de uma decisão que tenha por objecto ou como efeito impedir,



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência

Para que uma decisão seja proibida nos termos do art. 4, ela não tem que ter *como efeito* restringir, falsear ou impedir a concorrência. Basta que tenha *por objecto* restringir, falsear ou impedir a concorrência, conforme resulta expressamente do próprio artigo em que é empregue a conjunção "ou".

Significa isto que não está em causa um ilícito de dano mas sim de perigo: basta que o bem jurídico seja posto em perigo, ou seja, basta a possibilidade de lesão para que a infracção se considere cometida.

Impedir a concorrência implica a sua supressão absoluta, ou seja, a concorrência deixa de existir. *Restringir* a concorrência significa que a mesma continua a existir mas em moldes diferentes dos normais, *i.é.*, a concorrência diminui. *Falsear* a concorrência implica uma alteração das condições normais do mercado, *maxime*, das condições de troca próprias das estruturas do mercado.

O Legislador consagrou no entanto a regra *de minimis*: a prática só é proibida se a limitação às regras da concorrência for significativa, ou seja, as práticas de menor importância beneficiam de uma isenção genérica. Tal é o significado da expressão "*restringir de forma sensível*" inserta no art. 4.

Ora a decisão da ANEPE é susceptível, por si só, pela sua natureza, de restringir de forma sensível a concorrência no mercado relevante, tal como definido supra, da prestação de serviços de gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos.

Vejamos porquê.

Subjacente à proibição do art. 4 da LdC está, como refere a AdC, a preocupação de garantir, para o livre funcionamento do jogo concorrencial, o princípio da autonomia comercial dos operadores do mercado enquanto elemento estruturante do processo concorrencial.

A fixação dos preços, nomeadamente a eventual alteração na sequência de uma alteração legislativa, deve resultar apenas e só do livre jogo do mercado, naturalmente com



Segundo

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

respeito pelas regras e princípios que regulam o funcionamento do próprio mercado.

Ora a actuação da arguida é susceptível de diminuir a incerteza quanto à forma como as empresas gestoras e exploradoras de parques de estacionamento suas associadas adaptariam os seus preçários à entrada em vigor do Decreto-Lei nº 81/2006, assim como consencionaliza os concedentes para a necessidade de alterações dos preçários acordados. É pois susceptível de alterar as condições concorrenciais do mercado.

Tratando-se de uma infracção por objecto não há que analisar qualquer dos seus efeitos nos termos já supra expostos.

Ainda assim sempre se dirá que a decisão da arguida teve alguns efeitos (vejam-se por ex. os factos descritos nos pontos 64 a 69, 71, 83 a 85 da matéria de facto assente): serviu como nota explicativa e justificativa do aumento dos preços pela CPE (cuja minuta, de que consta uma referência expressa ao estudo da ANEPE, se afigura uma adaptação do escrito de 9 de Maio de 2006; sublinha-se aqui a resposta dessa associada ao mail da Secretária geral de 12.07.2006, na qual, em suma, refere estar já a aplicar a recomendação), Spel, Emparque (em cuja correspondência electrónica interna é feita referência ao estudo da ANEPE com a participação da CPE, Emparque e Spel), Parquegil.

e) Do elemento subjectivo do tipo

À arguida é imputada a prática dolosa da contra-ordenação aqui em causa.

Resultou provado que ao enviar o escrito datado de 9.05.2006, constante do ponto 60 da matéria de facto assente, a arguida bem sabia que ele iria ser interpretado pelos respectivos destinatários como uma recomendação de aumento de preços, na medida da perda de receitas que assinalava, e ainda assim quis enviá-lo e que ele assim fosse entendido; e que quis agir da forma porque o fez, bem sabendo ser a sua conduta punida pelas normas que regulam a concorrência.

Agiu, pois, com dolo directo.

*

Nos termos do art. 42 da Lei nº 18/2003, a infracção ao disposto no art. 4 do



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213221900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

diploma constitui uma contra-ordenação. E a associação de empresas aqui aguida, resulta de tudo o exposto, tomou uma decisão proibida nos termos do disposto no art. 4 da Lei 18/2003 de 11.06. Praticou pois a contra-ordenação, em autoria material.

Da escolha e medida da sanção a aplicar

No que concerne à determinação da medida da coima dispõe o art. 44º que as coimas são fixadas tendo em consideração, entre outras, as seguintes circunstâncias:

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

Estabelece por seu turno o art. 18 do RGCO (aqui aplicável, face à remissão do art. 22 e dado que o próprio art. 44 esclarece que as circunstâncias nele previstas deverão ser, "entre outras" consideradas, do que resulta que nele não estão incluídos todos os elementos a considerar na determinação da medida concreta da coima), que na determinação da coima há ainda que considerar:

- . a culpa;
- . a situação económica do agente.

Nos termos do disposto no art. 43, nº 1 al. a), a violação do art. 4º constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas parte na infracção, 10% do volume de negócios do último ano.



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G -- 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Por seu turno, o nº 2 do mesmo artigo dispõe que, *“No caso de associações de empresas, a coima prevista no número anterior não excederá 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado no comportamento proibido”*.

»

Entende a arguida que a aplicação do art. 43 nº2 da LdC apenas faz sentido no caso em que os membros da associação hajam igualmente participado no comportamento proibido. Caso contrário, sustenta, em suma, deve ser atendido apenas o volume de negócios da própria associação.

Alega ainda que a aplicação automática do nº2 do art. 43, somente por se tratar de uma decisão de associação de empresas, conduz à sua inconstitucionalidade por violação do disposto no art. 29 nº3 da Constituição da República Portuguesa.

Dispõe o art. 29 nº3 da Constituição da República Portuguesa que *“não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior”*.

Inexiste a invocada inconstitucionalidade, de forma clara, e sem necessidade de grandes considerações, porquanto a LdC é anterior à decisão impugnada, e estabelece de forma clara e indubitável que a violação do disposto no art. 4 constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, no caso de associações de empresas, 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam, participado no comportamento proibido.

A punição da prática da contra-ordenação cometida pela arguida com uma coima cujo limite máximo foi concretamente estabelecido tendo em conta o volume de negócios agregado anual das empresas associadas que participaram no comportamento proibido (10% do volume de negócios do grupo Emparque, da Spel, da Sient, da CPE e da Emel) não viola, pois, qualquer normativo legal ou constitucional.

A ANEPE é, por definição, uma associação nacional de empresas de parques de estacionamento. Tem órgãos sociais (Assembleia Geral, Direcção - constituída por um



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Presidente, um Tesoureiro e um Vogal, podendo ainda nomear um Secretário geral - e Conselho Fiscal). Não tem uma estrutura humana permanente ou autónoma em relação às empresas associadas, dependendo para o seu funcionamento corrente em geral da Secretária geral, que conta com o apoio de uma assistente administrativa a tempo parcial.

Tratando-se da expressão de uma posição pública da ANEPE, o escrito de 9.05.2006 foi naturalmente subscrito pelo presidente da direcção da associação. Mas como resulta da matéria de facto assente, a Emparque (grupo Emparque), a Spel, a Sient, a CPE e a Emel, tiveram conhecimento directo e participaram no delinear da estratégia de reacção colectiva à entrada em vigor do Decreto-Lei nº 81/2006 a partir de 20 de Abril de 2006, na definição das recomendações em matéria de preços, entre 24 de Abril e 2 de Maio, e na aprovação da comunicação pública de 9 de Maio.

Aquelas empresas participaram, enquanto membros da Associação de empresas (a AdC expressamente excluiu a Promoparques, por entender não ter esta empresa "participado no comportamento proibido) na definição da posição da ANEPE em relação à aplicação do Decreto-Lei nº 81/2006, tendo participado (vejam-se os destinatários das comunicações da Secretária geral, os contributos prestados através de sugestões, as notas, as correcções, a concordância manifestada, o estudo fornecido) nas iniciativas promovidas pela arguida.

Participaram, pois, a Emparque, a Spel, a Sient, a CPE e a Emel, no comportamento proibido.

Assim, tendo em conta que o volume de negócios agregados dessas empresas foi, em 2006, de €57.982.269,70, o montante máximo da coima aplicável é de €5.789.226,97, correspondente a 10% daquele volume de negócios.

Passemos pois à análise das circunstâncias a atender na determinação da medida concreta da coima.

A contra-ordenação praticada é grave dado estar em causa a protecção de valores fundamentais para a estrutura e funcionamento da economia, como o princípio da autonomia comercial dos operadores do mercado, elemento estrutural de um mercado



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

concorrencial. Sendo as associações de empresas destinatários especiais das normas de defesa da concorrência.

Mostra-se elevada a necessidade de prevenção geral. A confiança da comunidade e, particularmente, a confiança dos agentes económicos na promoção do equilíbrio e na transparência das relações entre agentes económicos tem de ser protegida.

A arguida agiu com dolo, directo, não lhe sendo conhecidos antecedentes contra-ordenacionais.

No caso, a arguida prestou à AdC toda a colaboração por esta solicitada, entendendo o Tribunal que tal atitude deve ser valorada como atenuante geral.

Não resultaram provados factos que permitam concluir que a arguida, ou mesmo as suas associadas, tenham beneficiado de vantagens em consequência da infracção para além do que resulta do próprio cometimento da infracção (a restrição sensível da concorrência no mercado relevante, que por definição envolve a redução da incerteza quanto ao comportamento dos concorrentes na sequência da entrada em vigor do diploma; a adequabilidade da reacção colectiva a implementar a consciência, designadamente nas entidades concedentes, mas também nos consumidores, da inevitabilidade do aumento dos preços praticados nos parques de estacionamento).

Quanto à caracterização da natureza da infracção como permanente, não significa que a mesma seja por isso reiterada, como parece resultar da decisão impugnada. A natureza permanente da infracção (por contraposição às infracções de natureza instantânea); caracteriza-se, como se escreveu no excerto da sentença citada pela AdC (2º Juízo deste Tribunal, proc. 965/06.9TYLSB), por a sua execução e a sua consumação perdurarem no tempo: *a uma primeira fase, que compreende toda a conduta do agente até ao aparecimento do evento, segue-se uma segunda fase que perdura no tempo até que o agente cumpra o dever de fazer cessar o estado antijurídico causado. A violação do bem jurídico prolonga-se no tempo enquanto perdura a resolução criminosa isto é, a execução persiste no tempo porque o agente voluntariamente mantém a situação antijurídico.*

Pelo carácter reiterado ou ocasional da infracção procura determinar-se o grau de



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

insensibilidade do agente ao bem jurídico tutelado pela LdC (a concorrência) e a frequência com que este é colocado em causa. – neste sentido, Miguel Mendes Pereira, loc. cit, p. 430.

Estando em causa uma única infracção, tal afasta liminarmente, qualquer reiteração, que pressupõe uma repetição de condutas e não a sua permanência.

No caso, para além do que já se pondera ao nível do desvalor da acção (tendo em conta que a decisão da arguida produziu efeitos que foram por si previstos e queridos, ainda que a sua actuação se tenha de alguma forma esgotado com a tomada pública de posição relativamente ao Decreto-Lei nº 81/2006) e caracterização do dolo (directo e intenso), nada mais resultou provado de relevante.

A arguida cometeu a contra-ordenação, em autoria material. Não resultou demonstrado qualquer comportamento da arguida tendente à eliminação da prática proibida.

Tudo visto e ponderado, considerando a moldura abstracta aplicável e todas as circunstâncias supra referidas, entende o Tribunal condenar a arguida na coima de €969.000,00.

*

A AdC condenou ainda as arguidas, nos termos do art. 45 da Lei 18/2003, a título de sanção acessória, à publicação de um extracto da decisão na II Série do Diário da República e da parte decisória em jornal de expansão nacional.

Afigura-se plenamente justificada a aplicação da sanção acessória atenta a gravidade da infracção e o mercado geográfico relevante, bem como o facto de a comunicação de 9 de Maio de 2006 ter sido objecto de publicação no boletim informativo da Associação e divulgada externamente à própria associação.

*

IV. Decisão

Face a tudo o exposto, julgando parcialmente procedente, nos termos expostos, o recurso de impugnação interposto pela “ANEPE – Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento”, condeno a arguida, pela prática de uma contra-ordenação p.p. pelos arts. 4 nº1 e 43 nº1 al. a) e nº2 da Lei 18/2003 de 11 de Junho, na coima de



Sgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

€969.000,00 (novecentos e sessenta e nove mil euros).

*

Vai ainda a arguida condenada a proceder, a expensas suas, à publicação no Diário da República, II Série, de um extracto da decisão do qual constem os fundamentos de facto e de direito que levaram à sua condenação bem como a parte decisória num jornal de circulação nacional, que o Tribunal delimitará após o trânsito em julgado da presente decisão." (fim de transcrição).

3. Vejamos se assiste razão à recorrente.

Em conformidade com o n.º 1 do artigo 74.º do RGCO, aplicado *ex vi* artigo 49.º do mesmo diploma legal, o Tribunal da Relação apenas conhece da matéria de direito, sem prejuízo do conhecimento oficioso dos vícios enumerados no artigo 410.º, n.º 2, do CPP. Donde resulta que o presente recurso poderá também versar sobre matéria de facto.

A recorrente invoca, no âmbito das questões prévias já alegadas no recurso de impugnação da Decisão da AdC, que o Tribunal *a quo* não tem poderes reformatórios quanto àquela Decisão, mas apenas poderes de apreciação da legalidade e da regularidade da decisão e aplicação da coima — cf. artigo 123.º das Alegações de Recurso.

Considera a Recorrente que o Tribunal *a quo* extravasou na Sentença recorrida dos limites dos seus poderes, ao fazer um reenquadramento do elemento subjetivo do tipo, atenta a inexistência deste enquadramento na Decisão da AdC — cf. artigos 136.º e 137.º das Alegações de Recurso.

Afirma, ainda, que o Tribunal *a quo* não podia colmatar eventuais



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

lacunas quanto os factos e quanto às provas que verifique existirem no processo da AdC, muito menos acrescentar novos factos, sendo esta a única solução compatível com a circunstância de a Decisão condenatória da AdC assumir natureza executiva, caso não seja impugnada, logo após a respetiva prolação — cf. artigos 133.º e 134.º das Alegações de Recurso.

Da análise da sentença recorrida verifica-se que não assiste razão à recorrente nesta matéria, pois os factos provados na Decisão da AdC suportam o preenchimento dos elementos subjetivos do tipo.

A leitura da Sentença não permite inferir, como faz a recorrente, que o Tribunal *a quo* procedeu a uma alteração substancial dos factos.

Aliás, quando a recorrente alega que a conclusão constante dos pontos 86 e 87 da Sentença não constavam do elenco dos factos provados da Decisão da AdC, nem das suas conclusões, faz uma interpretação à sua medida dos artigos 448.º e ss. da mesma Decisão, onde claramente está expresso, ainda que com a utilização de uma nomenclatura diversa, que a ANEPE tinha perfeito conhecimento e consciência das consequências decorrentes da divulgação de uma comunicação contendo as expressões “recomendação” ou “solução preconizada” e, sem prejuízo de atingir o mesmo fim — efetivamente, recomendando a adoção de uma solução preconizada para a adaptação dos preçários das empresas associadas ao Decreto-Lei n.º 81/2006 —, altera o texto da comunicação de 9.5.2006.

Deste modo, **não existindo, como demonstrado ficou, qualquer alteração não substancial ou substancial dos factos, não pode proceder a alegada violação do disposto nos artigos 358.º e 359.º do CPP.**



Scgano

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal, Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Vem a recorrente resgatar, no presente recurso, os vícios imputados à Nota de Ilícitude e à Decisão da AdC.

Ademais, para a recorrente, o direito de defesa da arguida foi ainda violado, porquanto, em sede de Decisão, e num momento em que a recorrente já não teria oportunidade de se pronunciar, a AdC, supostamente, veio desenvolver novos fundamentos e argumentos, os quais tinham sido meramente aflorados em sede de Nota de Ilícitude.

O mesmo argumento é agora extensivo à sentença recorrida, considerando a recorrente que tais fundamentos e argumentos são elementos de base da condenação, utilizando genericamente a motivação expendida no recurso de impugnação da Decisão da AdC — cf. artigos 158.º a 171.º das Alegações de Recurso.

A recorrente entende que o Tribunal *a quo* deveria, na sequência do seu recurso de impugnação, ter declarado a nulidade do processo desde a Nota de Ilícitude, alegando que na imputação que lhe é feita nesse documento e na Decisão não se vislumbrava quais os factos concretos imputáveis à ANEPE subjacentes ao entendimento da AdC para concluir ter representado e querido recomendar uma determinada solução (cf. artigo 166.º das Alegações da Recorrente).

Considera a recorrente que o Tribunal *a quo* incorreu no mesmo erro que a AdC ao ter considerado que valiam como imputações a título de factos na Nota de Ilícitude as meras conclusões apresentadas pela AdC — cf. artigos 177.º das Alegações da Recorrente.



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Cumpre, pois, demonstrar o erróneo propósito quanto esta suposta violação de direitos e princípios, no plano dos factos. Com efeito, à recorrente não foi imputada nenhuma infração, na Nota de Ilícitude e, posteriormente, na Decisão, por outros factos que não os que lhe foram transmitidos de forma clara e exaustiva na Nota de Ilícitude, em moldes de a recorrente poder, querendo, exercer o contraditório e o direito de audiência e defesa.

Aliás, quer a sua defesa escrita quer o Recurso de Impugnação ora interposto, demonstram claramente que a recorrente compreendeu bem a totalidade dos factos que lhe foram imputados e os elementos de prova em que os mesmos foram sustentados e a correspondente qualificação jurídica.

Encontra-se, assim, plenamente cumprido o requisito da possibilidade do arguido intervir e contraditar os factos e as provas nos quais se baseou a imputação da infração na Nota de Ilícitude e, posteriormente, na condenação que lhe foi imputada.

Mesmo o elemento subjetivo do tipo foi sobejamente caracterizado, com base na ponderação de factos concretos, previamente considerados como provados — cf. artigos 304.º ss. da Nota de Ilícitude e artigos 642.º ss. da Decisão.

Acresce que a recorrente teve igualmente oportunidade de apresentar elementos probatórios com a sua Defesa escrita e de requerer diligências complementares de prova, mas entendeu não o fazer — cf. artigo 17.º da Decisão.

Outrossim, o que resulta claro dos exemplos da recorrente quanto à Nota de Ilícitude, quanto à Decisão e agora quanto à sentença recorrida é que



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

esta não concorda com a interpretação que a AdC fez dos factos, nem, tão-pouco com a feita pelo Tribunal *a quo* na Sentença ora *sub judice*.

Não se descortina como é que o princípio da presunção de inocência estaria prejudicado apenas porque a recorrente discorda do resultado da investigação da AdC e/ou do exame crítico da prova que esteve na base da formação da convicção do Tribunal *a quo*.

O mesmo pode, e deve, ser dito relativamente à crítica da recorrente sobre o recurso pela AdC à prova indiciária (cf. artigos 160.º e ss. da Decisão) ou sobre o suposto erróneo entendimento da AdC sobre o princípio da livre apreciação da prova.

O facto de a AdC ter utilizado prova indiciária não significa que condenou a recorrente com base em meras presunções e, ainda menos, que condenou a recorrente com base em presunções de culpa.

Também não significa que a AdC tenha considerado que cabe à recorrente o ónus da prova quanto ao não cometimento da infração, sendo certo que não se verificou nos presentes autos qualquer situação de inversão de ónus da prova.

Também não é verdade que a AdC tenha defendido a tese segundo a qual a ausência de explicação alternativa plausível pode constituir prova de infração.

O que a AdC refere é a ausência de prova credível que contradite as conclusões a que chegou com base nos factos dados como assentes em função da prova existente nos autos.

Cumprе ainda rebater a alegada violação do direito de defesa da



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

recorrente com o fundamento de que a AdC veio, em sede de Decisão, aduzir novos fundamentos e argumentos, os quais não puderam ser previamente contraditados pela Recorrente porque meramente aflorados em sede de Nota de Ilícitude e que o Tribunal *a quo* julgou improcedente.

Esta alegação não tem qualquer razão. Interpretada de uma forma literal, significaria que a AdC ficaria restringida a reproduzir, na Decisão, *ipsis verbis*, o conteúdo da Nota de Ilícitude.

Como refere a AdC na sua resposta ao recurso, com que inteiramente se concorda no essencial, pelo que nos temos vindo a socorrer do por esta alegado e o continuaremos a fazer, por aderirmos à sua fundamentação para ela se indo remetendo, bem andou o Tribunal *a quo*, ao entender que nem do artigo 50.º do RGCO, nem da jurisprudência, incluindo a Tribunal Constitucional, resulta que todos os factos constantes da Decisão têm que estar enunciados na Nota de Ilícitude.

“O que se extrai da jurisprudência firmada sobre o direito de audiência e defesa é que a Nota de ilicitude tem de fornecer ao arguido a totalidade dos aspectos relevantes, tanto no que toca ao enquadramento fáctico como no que toca ao enquadramento jurídico, ou seja, o que tem que constar são os elementos essenciais relativos ao cometimento da infração e aos seus autores, acrescidos do respectivo enquadramento jurídico” — cf. fls. 17 da Sentença.

O escopo do direito de audiência e defesa é o de garantir à arguida a oportunidade de, antes de uma eventual condenação, se pronunciar sobre todos os elementos essenciais da infração que lhe é imputada, em termos factuais e



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

de Direito (inclusive relativamente à sanção), e não o de garantir que esta se pronuncie sobre todos os argumentos que possam constar da Decisão quando os mesmos foram desenvolvidos em resposta aos argumentos anteriormente por si apresentados na sua Defesa escrita.

Do que vem dito conclui-se que o presente processo não padece da alegada nulidade insanável desde a Nota de Ilícitude por falta de densificação do elemento subjetivo do tipo.

No que respeita à alegada **nulidade, por desrespeito de direitos fundamentais no plano das provas, face à invocada violação dos direitos de audiência e de defesa**, que a recorrente entende ter existido por ter a AdC ouvido Pedro Leal na qualidade de legal representante da ANEPE sem ter esclarecido se, estando a ser ouvido na referida qualidade, tal significava que a associação por si representada era arguida no processo.

Em sede da impugnação da Decisão e no âmbito do estatuto do arguido, a recorrente vem apontar a falta de constituição formal como arguida no processo e reclamar, pelo menos, a aplicação do estatuto de arguido, i.e., o reconhecimento do feixe de direitos que enformam esse estatuto.

Para a recorrente estão incluídos no estatuto de arguido em processo de contraordenação, entre outros, o direito ao silêncio, o direito a estar presente nos atos processuais que lhe digam respeito e o direito a ser informado sobre os direitos que lhe assistem pela autoridade perante a qual seja obrigado a comparecer.

Também no presente recurso, a recorrente reitera a tese de que a AdC,



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

“aproveitando-se dos seus poderes de supervisão, solicitou informações à ANEPE, e inquiriu Pedro Mendes Leal, na qualidade de legal representante da ANEPE” — cf. artigo 201.º das Alegações de Recurso.

Não resulta da Lei qualquer disposição que determine, durante o inquérito e previamente à notificação da abertura da instrução, nos termos do artigo 25.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 18/2003, a constituição de arguido, para que a ANEPE fizesse valer, v.g., o seu direito ao silêncio, e isto porque não há regra específica alguma que imponha a constituição de arguido no âmbito do processo contraordenacional.

Com efeito, nas disposições processuais contraordenacionais da Lei n.º 18/2003 nada se refere quanto à constituição de arguido, surgindo a primeira referência a tal figura apenas no artigo 25.º, n.º 1, alínea b): *“terminado o inquérito, a Autoridade decidirá dar início à instrução do processo, através de notificação dirigida às empresas ou associações de empresas arguidas”*.

Quanto ao RGCO, este apenas refere, nos termos do artigo 50.º, que não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contraordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre, o que implicará a comunicação dos factos por que é acusado e respetiva qualificação jurídica.

Neste sentido, considerem-se igualmente os artigos 57.º e 58.º do CPP, aplicáveis, *mutatis mutandis*, ao processo contraordenacional. Nos termos de tais normas, assumirá qualidade de arguido aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal; ora, no processo



Sgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

contraordenacional, tal aplicação imporá que a dedução de uma acusação seja notificada ao acusado, impondo-se nesse momento a sua constituição como arguido.

Tem sido este, aliás, o entendimento consistente, tanto do Tribunal do Comércio de Lisboa como do Tribunal da Relação de Lisboa, em processos contraordenacionais trazidos ao seu julgamento.

Vejam-se, nesse sentido, a decisão proferida no proc. nº 965/06.9TYLSB no 2º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, mencionada na decisão ora recorrida (vd. fls. 56 e seg. do presente acórdão), bem como a prolatada em 28.7.2009, por aquele mesmo Juízo e Tribunal, no proc. nº 648/09.8TYLSB, onde se expendeu: *“Tendo patente esta diferença de natureza de ilícito e, conseqüentemente, de regime, temos de concluir não só que não há obrigatoriedade de constituição formal de arguido no domínio contraordenacional como que o leque de direitos e deveres do arguido no processo penal é aplicável neste domínio, ou seja, a não inclusão no RGCO de uma norma prevendo a constituição de arguido e elencando os seus direitos e deveres foi intencional, não se tratando de uma lacuna”*.

Nestes termos, afigura-se-nos carecer de qualquer sentido ou fundamento o entendimento da Associação recorrente segundo o qual a constituição de arguido deveria ter ocorrido em momento anterior ao da notificação da Nota de Ilícitude.

Da alegada nulidade da sentença por falta de fundamentação

Nos termos do artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, são aplicáveis,



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

devidamente adaptados ao processo contraordenacional, os preceitos reguladores do processo criminal, razão pela qual deve a sentença recorrida obedecer, com as necessárias adaptações, aos requisitos estabelecidos no artigo 374.º do CPP.

Aliás, tal já é o resultado do disposto no artigo 64.º, n.ºs 4 e 5, do RGCO, quando referem que *“deve o juiz fundamentar a sua decisão, tanto no que concerne aos factos como ao direito aplicado”* e que *“deverá o juiz indicar porque considera os factos provados”*.

Ou seja, daqui se extrai que mesmo em processo contraordenacional deverá o tribunal fundamentar as decisões, proceder à análise crítica dos factos, dar os mesmos como provados ou não provados, bem como fazer a subsunção dos factos nas normas que concretamente considera aplicáveis ao caso *sub judice*.

Diversamente do alegado pela recorrente, a sentença recorrida satisfaz mais do que suficientemente o dever legal de fundamentação, expressamente previsto nos artigos 97.º, n.º 5, e 374.º, n.º 2, ambos do CPP, aplicáveis *ex vi* artigo 41.º do RGCO, por remissão dos artigos 39.º e 52.º da Lei n.º 18/2003.

Só a falta ou ausência de fundamentação se deve equiparar a insuficiência de fundamentação e, consequentemente, reconduz-se à nulidade da Sentença, como resulta dos normativos supra citados e do artigo 379.º, n.º 1, alínea a), do CPP, que expressamente refere que se a sentença não contiver as menções referidas no n.º 2 do artigo 374.º, está ferida de nulidade.

A estrutura de uma sentença comporta três partes distintas, a saber: o relatório, a fundamentação e o dispositivo, sendo que a fundamentação deve



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

conter a enumeração dos factos provados e não provados, bem como uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal.

Refira-se, sobre esta questão, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16.3.2005, proferido no Proc. n.º 05P662 e consultável *in* www.dgsi.pt e no mesmo sentido o Acórdão do TRP, de 25.3.2010, proferido no proc. n.º 552/07.4PJPR.T.P1 e consultável *in* www.trp.pt, podendo ler-se neste último:

“Esta imposição de fundamentação, acolhida no texto constitucional no seu artigo 205.º, n.º 1 e materializada no supra referido artigo 97.º, n.º 5, do CPP, cumpre duas funções, como salienta Tolda Pinto, A Tramitação Processual Penal, 2ª edição, págs. 206 e ss.”:

“a) Uma de ordem endoprocessual — que visa impor ao juiz um momento de verificação e controle crítico da lógica da decisão, permitir às partes o recurso da decisão com perfeito conhecimento da situação e ainda colocar o tribunal de recurso em posição de exprimir, em termos mais seguros, um juízo concordante ou divergente”;

“b) Outra, de ordem extraprocessual — que procura, acima de tudo, tornar possível um controle externo e geral sobre a fundamentação factual, lógica e jurídica da decisão, sendo que relativamente àquela, uma vez que se liga directamente com o princípio consagrado no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, a fundamentação das decisões judiciais justifica-se, desde logo, na medida em que funciona como garantia de racionalidade, imparcialidade e ponderação da própria decisão judicial: A motivação da decisão judicial funciona aqui como elemento de controlo interno necessário do princípio da livre convicção do juiz em matéria probatória”.

Mais explicitando o referido Acórdão que:



Sgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

“Os motivos de facto não são nem os factos provados (thema decidendum) nem os meios de prova (thema probandum), mas os elementos que, em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos, constituem o substrato racional que conduziu a que a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência — cfr. Marques Ferreira, Meios de Prova — Jornadas de Direito Processual Penal, pags. 228 e sgs., traduzindo-se, pois, o exame crítico, na menção das razões de ciência reveladas ou extraídas das provas produzidas, a razão de determinada opção relevante por um ou outro dos meios de prova, os motivos da credibilidade dos depoimentos, o valor de documentos e exames, que o tribunal privilegiou na formação da convicção, em ordem a que os destinatários fiquem cientes da lógica do raciocínio seguido pelo tribunal e das razões da sua convicção — neste sentido, Acórdãos do STJ de 16/01/08, Proc. n.º 07P4565, de 26/03/08, Proc. n.º 07P4833 e de 15/10/08, Proc. n.º 08P2864, todos em www.dgsi.pt”.

Assim, conclui-se que, desde que sejam inteligíveis as razões de facto e de direito que sustentam a decisão do Tribunal *a quo* num determinado sentido, permitindo ao seu destinatário, ciente dos fundamentos, decidir conformar-se com os mesmos ou proceder à sua impugnação, não há invalidade da decisão por falta de fundamentação.

Ora, *in casu*, a sentença recorrida cumpre, na íntegra e de forma exaustiva, estes requisitos.

Da simples leitura da Sentença constata-se que o Tribunal *a quo* procedeu de acordo com os requisitos constantes das citadas disposições legais, a saber, a descrição dos factos provados e não provados e a respetiva fundamentação, bem como procedeu ao tratamento das questões de direito, apreciou e valorou criticamente o comportamento da recorrente, analisou a gravidade da infração, discorreu sobre a medida da coima e sanção acessória e



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

procedeu ao enquadramento legal.

No que se refere à alegada proibição de acesso a todos os documentos de prova constantes dos autos pela AdC, considera a recorrente que o Tribunal *a quo* não procedeu à ponderação dos elementos relevantes para a defesa da ANEPE.

Todavia, na Sentença, o Tribunal *a quo* explicita claramente que entende que “quando os direitos de defesa e o interesse na não divulgação dos segredos de negócio estão em confronto, há que fazer uma ponderação sobre a prevalência de um ou outro desses interesses, face ao caso concreto” — cf. fls. 34 da Sentença.

O que o Tribunal *a quo* faz, com todo o rigor, a fls. 36 da Sentença, concluindo que “o que tudo a arguida podia ter verificado, pela mera consulta do processo quando passou a ter livre acesso ao mesmo, podendo antes, quando recebeu cópias que lhe foram a seu pedido fornecidas pela AdC e verificou que as folhas em causa nada revelavam, solicitar esclarecimentos à AdC sobre o eventual lapso do funcionário que tirou as cópias, ou os esclarecimentos que entendesse” — cf. fls. 36 da Sentença.

Acrescenta ainda o Tribunal que, à semelhança do que a AdC já tinha dito, “tendo a arguida tido um comportamento totalmente passivo nesta matéria desde que foi notificada da Nota de ilicitude, o facto de vir agora suscitar esta questão raia a violação dos seus deveres de diligência e boa fé” — cf. fls. 36 da Sentença.



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Em síntese e contrariamente ao alegado pela Recorrente, a Sentença recorrida cumpre, de forma incensurável, o disposto no artigo 374.º, n.º 2, do CPP.

Da alegada deficiente apreciação crítica da prova.

Alega também a recorrente que o Tribunal *a quo*, quanto aos factos, faz apenas uma referência sumária e não especifica a prova, razão pela qual deve a sentença ser declarada nula por falta de fundamentação.

Realce-se que não é exigível que na decisão se esgotem todos os possíveis posicionamentos que se colocam a quem decide, esgotando todas as questões que lhe foram suscitadas ou que o pudessem ser.

O essencial é que a motivação seja forçosamente objetiva e clara, e assaz vasta em relação às questões suscitadas, de modo que se perceba o raciocínio seguido.

No caso *sub judice* e no que concerne à fundamentação da matéria de facto provada, o Tribunal *a quo* indicou as provas — documentais e testemunhais — que empregou para formar a sua convicção, conforme se encontra enunciado a fls. 83 e ss. da Sentença recorrida.

Verifica-se que a fls. 84 a 87 da sentença é feita uma exposição dos depoimentos que valorou, bem como um exame crítico dos demais elementos probatórios.

O juiz, para formar a sua convicção, dispõe das impressões resultantes do contacto direto com as testemunhas e demais prova.

A prova produzida foi percecionada pelo Tribunal e por todos os



Segura

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

sujeitos processuais. Seguindo-se, em face da mesma, a decisão de facto a que aquela conduziu, atenta a convicção gerada no julgador. Ou seja, no trajeto que conduziu àquela convicção, foi observado o formalismo legal e aquela convicção é a que deriva da prova produzida.

Com efeito, o exame crítico basta-se com o fornecimento das informações suficientes a permitir perceber o processo lógico que subjaz à formulação da convicção do julgador, deixando ver a razão do apreço que cada um desses meios de prova mereceu esse exame crítico é suficiente para se concluir que a decisão recorrida assentou na prova produzida e não é fruto de qualquer discricionariedade, arbitrariedade ou de uma leitura caprichosa da prova por parte do julgador.

Na Sentença encontram-se perfeitamente explicitadas as provas testemunhais e documentais em que o Tribunal fundamentou o juízo decisório, pelo que não pode proceder a alegada nulidade de fundamentação da mesma.

A recorrente, salvo o devido respeito, confunde, intencionalmente, para procurar fundar a sua razão, vícios da sentença com a discordância da decisão proferida por não lograr ver a tese por si sustentada, na Impugnação da Decisão da AdC, vertida na Sentença.

E mesmo que se considere que a fundamentação existente é uma mera *“remissão para as fls. mencionadas na Decisão Impugnada”* (cf. artigo 280.º das Alegações de Recurso), tal não constitui, ao contrário do defendido pela recorrente, uma falta de fundamentação da Sentença, nem uma nulidade e, muito menos, uma inconstitucionalidade.

Esta possibilidade não contraria o previsto na lei quando haja lugar a



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

uma total confirmação do anteriormente decidido, desde que se indiquem as razões pelas quais valida a conclusão fáctica e jurídica em apreço. Veja-se no mesmo sentido, Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário do Código do Processo Penal*, 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 2009, pp. 266-267 e tal é o que resulta expressamente do artigo 307.º do CPP.

Acresce que a fundamentação de uma decisão por remissão deve explicitar que é feita porque se adere à fundamentação para onde se remete (vd. Acórdão de 25.3.2009, do Supremo Tribunal Administrativo, proferida no proc. n.º 055/09 e consultável *in* www.dgsi.pt).

In casu, por remissão, a Sentença enumerou alguns dos factos provados alegados na impugnação que entendeu relevantes para a decisão.

Nem o recurso à remissão, nem a restrição da menção aos factos com interesse para a decisão traduzem opção censurável.

O TC também não exclui a fundamentação por remissão (vd. Acórdãos n.ºs 151/99 e 189/99, de 9.3 e 23.3.1999, 147/00, de 21.3.2000, e 521/01, de 30.11.2001, 3.ª Secção, todos consultáveis *in* www.tribunalconstitucional.pt)

Acresce que, por um lado, contrariamente ao alegado, a recorrente não viu coartado ou limitado nenhum dos direitos previstos no artigo 20.º, n.º 1, da CRP, sendo o presente Recurso reflexo do exercício pleno dos seus direitos (cf. artigos 326.º e 327.º da Alegações de Recurso).

Por outro lado, a Sentença cumpre a exigência constitucionalmente consagrada de fundamentação expressa, clara, coerente e suficiente, que é uma obrigação própria da função dos tribunais para garantir o exercício do direito ao recurso, que pressupõe “*que o destinatário da decisão possa atacar os seus*



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal, Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

fundamentos de facto e de direito, o que implica, logicamente a tomada do seu conhecimento”, como escrevem Jorge Miranda e Rui Medeiros (in Constituição da República Portuguesa anotada, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 70-83), o que faz agora a Recorrente perante este Tribunal da Relação e já antes perante o Tribunal de Comércio de Lisboa.

Além do mais, constata-se que o referido supra corresponde à realidade da situação em apreço, porquanto o presente recurso assenta nessa mesma fundamentação, não tendo sido invocada nenhuma obscuridade, incoerência, insuficiência ou ininteligibilidade da sentença recorrida.

Na verdade, todo o recurso se baseia na discordância da recorrente com o decidido de fundo, i.e., a recorrente compreendeu muito bem o alcance e o fundamento da sua condenação, como o demonstram a sua motivação de recurso e, anteriormente, a resposta à Nota de Ilícitude e a impugnação da Decisão da AdC.

Reitera-se, assim que a Sentença não padece de nenhuma nulidade por violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva, nem por violação da obrigação de fundamentação.

Da decisão sobre os factos provados assentes sob os nºs 1 a 11, 32 a 65, 85 e 88.

A recorrente defende que, tendo alegado, especificamente, no ponto 549 da Impugnação da Decisão da AdC que *“de todo o modo, e para que não restem dúvidas, a ANEPE vem impugnar todos os factos invocados pela AdC na DI que não sejam por si expressamente aceites”* (cf. 331.º das Alegações



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

de Recurso), a Sentença contém um lapso manifesto, do qual poderão resultar alterações ao sentido da decisão.

Alega, ainda, que *“a esta incorreção da sentença junta-se o entendimento do Tribunal a quo, segundo o qual em processo contraordenacional os factos que o arguido não contestar são admitidos por acordo não tendo em fase de julgamento de ser comprovados”* — cf. artigo 333.º das Alegações de Recurso.

Refira-se que, por um lado, tal como bem refere o Tribunal *a quo*, a factualidade constante da Decisão impugnada não foi posta em causa pela Recorrente, sendo certo que essa mesma factualidade decorre dos documentos juntos aos autos.

Neste âmbito, a Recorrente confunde impugnação da Decisão da AdC com impugnação de factos e/ou documentos que não foram controvertidos por si ou pela AdC, i.e., por qualquer uma das partes.

Por outro lado, o objeto do recurso, como já o dissemos, é definido e limitado pelas conclusões extraídas pela recorrente, a partir da respetiva motivação, atento o disposto nos artigos 59.º, n.º 3, e 63.º, n.º 1, ambos do RGCO.

Assim, a motivação do recurso obedece ao preceituado no artigo 59.º, devendo constar de (i) alegações de facto e ou de direito, ou fundamentos, pelos quais se impugna a decisão/atos em causa, de (ii) conclusões, ainda que sumárias e, finalmente, do (iii) pedido. Razão pela qual as questões a apreciar *in casu* resumem-se às constantes das conclusões da Impugnação da Recorrente, bem como da resposta da AdC.



Segura

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

“O RGCO, ao contentar-se com que a impugnação judicial das decisões administrativas conste de «alegações» e de «conclusões» não exige (...) o rigor de forma e até de substância do recurso penal», bastando-se com «uma forma mínima»: «alegações» em que o recorrente exponha os fundamentos por que recorre, e «conclusões» em que se sintetizem os fundamentos e se diga o que se pretende que o juiz decida. O RGCO viu-se confrontado com duas ordens de exigências conflitantes: ao facultar a impugnação ao próprio arguido, teve que expressamente recusar – criando um outro – o formalismo subsidiário processual penal, mas – para evitar que a impugnação se limitasse a uma «carta», a um «protesto, a um simples «requerimento dirigido ao juiz» ou a meros «arrazoados fácticos ou de direito, levantando um mundo de questões» (Manuel Ferreira Antunes) – sentiu-se na necessidade de impor a observância de uma «forma mínima»: «por escrito» e com «alegações» e «conclusões»” como se expendeu no Acórdão do TRL, de 3.11.1998, proferido no proc. n.º 6705/98-5, consultável em www.trl.pt, podendo ler-se no mesmo sentido o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29.3.1995, onde se consignou: “I - A lei (art.º 59.º, n.º 3, do D.L. n.º 433/82, de 27/10), no tocante ao ónus de alegar, no caso de recurso judicial de decisão administrativa de aplicação de coima, contenta-se com alegações sumárias. II – Assim sendo, esse ónus fica satisfeito quando o recorrente invoca, com forma simples e breve, as razões de facto ou de direito — os fundamentos —, pelas quais pede a anulação ou a reapreciação do decidido. III – As conclusões das alegações não-de ser ainda mais simples e breves, exigindo-se apenas que delimitem o objecto do recurso



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

e a respectiva fundamentação, em termos tais que possibilitem ao juiz exercer os seus poderes de plena jurisdição e de apuramento da verdade material dentro deles”.

Face ao exposto, forçoso é concluir que o Tribunal *a quo* não deu erradamente como provados os factos constantes dos pontos 1 a 11, 32 a 65, 85 e 88 da Sentença, não carecendo os mesmos de qualquer reapreciação.

Alega a Recorrente que “*na sessão da audiência de julgamento do dia 5.3.2012 requereu a junção aos autos de 6 documentos, tendo alegado naquele momento a nulidade processual decorrente do facto de alguns desses documentos, apesar de serem do conhecimento da AdC, não terem sido juntos aos autos por esta Autoridade durante o inquérito e instrução do processo*” — cf. artigo 346.º das Alegações de Recurso.

O documento a que a Recorrente alude é o documento n.º 5, um e-mail de 20.5.2008 e outro e-mail de resposta com a mesma data e que versa sobre um esclarecimento quanto à taxa de inflação utilizada nas atualizações dos tarifários.

Ora, o mencionado documento não tem, nem pode ter, o alcance que pretende emprestar-lhe a recorrente, pois a “forma de cálculo da atualização dos tarifários” não é matéria controvertida nos presentes autos, nem é objeto dos mesmos, muito menos a forma de atualização “ordinária”, “progressiva” e por “indexação” a índices de preços do consumidor ou à taxa de inflação.

O mencionado e-mail trata de um mero esclarecimento pontual sobre documentação remetida pela EMPARQUE à AdC, na sequência de pedidos de



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

elementos feitos pela AdC a 5 e 8.5.2008 (fls. 14673 e ss. e 14700 e ss.).

Ora, os pedidos de elementos feitos pela AdC, bem como a informação remetida pela EMPARQUE em resposta aos mesmos constam dos autos e aí estão devidamente referenciados e identificados (fls. 14673 ss. e 14700 ss. e fls. 14897 ss. e 14907 ss., com continuação a fls. 15011 ss., respetivamente).

Esta documentação consta, como sempre constou, do processo à qual a Recorrente teve pleno acesso, quer através da consulta do processo, quer através do pedido de cópias do mesmo.

Se a Arguida não utilizou tais dados ou documentação para exercício do seu direito de defesa, tal apenas poderá ser imputável à própria Arguida, não tendo sido violado ou prejudicado o seu direito de defesa.

Assim sendo, isto é se a citada documentação sempre constou do processo, a recorrente teve à mesma pleno acesso, quer através da consulta do processo, quer através do pedido de cópias do mesmo, razão pela qual não lhe assiste qualquer razão quando afirma que se trata uma restrição inaceitável dos direitos que lhe são constitucionalmente garantidos, pugnando pela nulidade do processo — cf. artigo 370.º das Alegações de Recurso.

Todas as provas, incluindo as de natureza exculpatória, constam dos autos – não foram retiradas, separadas ou escamoteadas – e foram, todas elas, devida e exaustivamente apreciadas, analisadas e ponderadas pela AdC no contexto do presente processo.

O que a recorrente parece querer verdadeiramente contestar é a valoração da prova efectuada pela AdC, exercício ao qual aponta falta de imparcialidade e independência.



Seguia

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Ora, esta discordância é uma prerrogativa que assiste totalmente à recorrente, mas, uma vez mais, não é questão que releve da preterição do princípio da presunção da inocência, nem das regras de apreciação de prova, cuja violação a recorrente vem, abstracta e infundadamente, invocar.

Deste modo, não tendo a recorrente pretendido exercer no devido tempo e em sede própria o seu direito, não pode agora vir alegar que o mesmo foi violado.

Dos alegados erros notórios na apreciação da prova e violação das regras de direito probatório

Alega a Recorrente, nos artigos 394.º ss. das suas Alegações de Recurso, que o Tribunal *a quo* incorreu num erro notório de apreciação da prova quando deu como provados os factos constantes dos pontos 86 e 87 da matéria de facto provada.

Não tem razão a Recorrente, como veremos.

O Tribunal *a quo* não incorreu em qualquer erro, e muito menos erro notório, de apreciação da prova:

O Tribunal *a quo*, simplesmente, fez uma apreciação da prova que desagrada à ANEPE e deu como provados factos que a Recorrente pretende afastar.

Com efeito, a tese apresentada pela Arguida, como consta, aliás, da própria Sentença recorrida, foi a de que:

“(…) em anteriores documentos internos de trabalho circulados pelos serviços da associação para recolher comentários das suas associadas e



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

eventuais observações destas contivessem expressões tais como 'recomendamos' ou 'solução preconizada', tal não pode em suma ser visto como prova de que se recomendou efetivamente e que teve intenção de recomendar. Sob pena de se asfixiar a liberdade de expressão e o funcionamento das associações. Realça o cuidado efetivamente posto em não se recomendar o que quer que seja e em desfazer equívocos relativamente à existência de qualquer recomendação. Que não teve qualquer intenção de infringir as regras da concorrência" (p. 86 ss. da Sentença recorrida).

Considerou, porém, o Tribunal:

"Conhecia-as [as regras da concorrência], contudo, não nega. As sucessivas redações do texto final que veio a divulgar publicamente, as quais ia circulando por alguns associados (recorde-se que a ANEPE não tinha uma estrutura humana permanente ou autónoma em relação às empresas associadas, dependendo da Secretária-geral) e recolhendo comentários, não deixam dúvidas quanto à intenção da arguida: recomendar aos associados a adoção das soluções que preconizava como apropriada reação à publicação do DL 81/2006, de forma a evitarem a perda de receitas que estimava, de acordo com os seus estudos, em 15%" (p. 87 da Sentença recorrida).

E acrescenta:

"O facto de ir alterando a redação do texto em nada belisca aquela conclusão. Antes a confirma. A Arguida já havia circulado, designadamente por associados seus, conforme resulta da matéria de facto assente, textos onde expressamente recomendava, e falava de soluções preconizadas. Ainda que retirando essas expressões do texto final, face ao seu teor sabia que os seus



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

destinatários iriam entendê-lo como uma recomendação de aumento de preços (seja pela bandeirada seja pelo aumento de tarifa) na medida da perda das receitas que assinalava” (p. 87 da Sentença recorrida).

Concluindo a este propósito:

“Sabia e mesmo assim enviou-o, porque queria tomar uma posição pública face a uma matéria ‘muito grave’. Não se trata aqui de liberdade de expressão: a arguida não utilizou no texto de 9 de maio a expressão ‘recomendar’ ou ‘soluções preconizadas’, ainda que tenha efetivamente representado e querido recomendar essas soluções para o problema que enunciou. Não utilizou as expressões, mas arranjou outra forma de transmitir essa sua intenção” (p. 87 da Sentença recorrida).

A comunicação formal da ANEPE – carta de 9.5.2006 – é a expressão pública da posição desta Associação, mas não esgota o seu comportamento neste domínio, como parece pretender a Recorrente.

E se é verdade que essa comunicação formal apresenta uma redação diferente e atenuada face ao que havia sido discutido entre 24.4.2006 e 2.5.2006 entre a Secretária-geral, em nome da Associação, e as empresas associadas, ao não recomendar expressamente a fixação de um “preço de ingresso” – o que é facto (que a Recorrente parece querer ignorar) é que a recomendação ou “solução preconizada” anteriormente comunicada era já do conhecimento das empresas associadas que iriam ser afetadas com a vigência do novo regime legal, as quais haviam já discutido os prejuízos “inevitáveis” em que iriam incorrer, sendo que tinham tido acesso não só às estimativas de prejuízos elaboradas a nível da Associação, como às “soluções” preconizadas



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

para a sua compensação.

A tese avançada pela recorrente é, portanto, a de que, se a comunicação formal da ANEPE de 9.5.2006, não continha as expressões “recomendar” ou “soluções preconizadas”, ter-se-ia de concluir que a ANEPE não tinha tido qualquer intenção de “recomendar”.

E concluir em sentido contrário constituiria um erro notório na apreciação da prova.

Ora, não só não podia retirar-se do simples facto de ter suprimido a expressão “recomendar” que tal deixaria, materialmente, de constituir uma recomendação e que a intenção da arguida seria a de não recomendar, como há factos provados que apontam em sentido contrário.

Factos que o Tribunal *a quo* não ignorou e não deixou de ponderar, ao contrário do que pretende a arguida.

Factos que se encontram provados através de documentos e que não foram infirmados pelos depoimentos prestados perante o Tribunal pelas testemunhas – sublinhe-se – ligadas à associação e às empresas associadas.

Sendo que o Tribunal *a quo* expressamente declarou:

“No geral as testemunhas inquiridas não contrariam os factos resultantes dos documentos em que se baseou a decisão da AdC. Antes, de uma forma que se afigurou ao Tribunal, defensiva, o que deles se extraiu”.

Não existiu, pois, qualquer erro, e muito menos erro notório na apreciação da prova.

Por outro lado, vem a recorrente invocar a violação do princípio *in dubio pro reo* e do princípio da presunção da inocência (artigos 413.º ss. das



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Alegações de recurso), uma vez que o Tribunal *a quo* teria dado como provados factos apenas porque “a arguida não os contestou”.

A própria Sentença recorrida esclarece cabalmente esta matéria:

“No processo contra-ordenacional está em causa um recurso de impugnação judicial, sendo o seu objecto fixado em função do conteúdo do articulado de impugnação. Daí resultando (e diferentemente do processo-crime, em que o julgamento é feito a partir da acusação ou da decisão instrutória, e nada está à partida provado e tudo tem de ser objecto de prova em julgamento, só podendo ser valoradas na sentença as provas que se produzirem no julgamento e aquelas que tenham sido produzidas anteriormente nos casos devidamente especificados na lei), que não há que produzir prova sobre os factos aceites pelo arguido, ficando de fora do objecto do recurso os factos constantes da decisão recorrida que o arguido não questiona. Não se trata de prova por confissão no sentido civilista, valendo aqui o princípio da presunção de inocência e o consequente ónus da prova e apreciada a factualidade posta e causa pelo arguido, e não os factos constantes da acusação que o arguido não questiona” (pp. 83 e 84 da Sentença recorrida).

Como se expendeu no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Outubro de 2008, relatado pelo Exmº Cons. Arménio Sottomayor (publicado in JusNet 5547/2008): “A violação deste princípio [o do *in dubio pro reo*], segundo uma vez mais se afirmou-se no ac de 22-03-2007 - proc 4/2007-5, em que o aqui relator foi adjunto, “dizendo respeito à matéria de facto e sendo um princípio fundamental em matéria de apreciação e



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

*valorização da prova, só pode ser sindicado pelo STJ dentro dos seus limites de cognição, devendo por isso resultar do texto da decisão recorrida em termos análogos aos dos vícios do art. 410.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, ou seja, quando seguindo o processo decisório evidenciado através da motivação da convicção se chegar à conclusão de que o tribunal, tendo ficado num estado de dúvida, decidiu contra o arguido, ou quando a conclusão retirada pelo tribunal em matéria de prova se materialize numa decisão contra o arguido que não seja suportada de forma suficiente, de modo a não deixar dúvidas irremovíveis quanto ao seu sentido, pela prova em que assenta a convicção" Ora, da análise da decisão não resulta que, quer na 1ª instância, quer na Relação, tenha perpassado pelo tribunal dúvida alguma quanto aos factos praticados pelo recorrente, assentando os factos provados nas provas produzidas e nas ilações que delas tiraram as instâncias, o que é legalmente consentido. Também, por conseguinte, o princípio *in dubio pro reo* não se mostra violado."*

Com efeito, na sentença recorrida não se impôs lançar mão do princípio jurídico-processual penal do *in dubio pro reo*, decorrente da presunção de inocência (até ao trânsito em julgado da sentença condenatória) constitucionalmente consagrada no artigo 32º nº 2 da C.R.P., pois, no caso concreto, não subsistiu no espírito do tribunal *a quo*, e o mesmo se pode afirmar para este tribunal *ad quem*, uma dúvida relevante e invencível sobre a prática de factos integradores da contraordenação prevista e punida pelos arts. 43.º e 4.º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, por parte da recorrente, e que são os descritos na da matéria de facto dada por provada.



Segura

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

O “*in dubio pro reo*”, com efeito, «parte da dúvida, supõe a dúvida e destina-se a permitir uma decisão judicial que veja ameaçada a concretização por carência de uma firme certeza do julgador» (cfr. Cristina Líbano Monteiro, «*In Dubio Pro Reo*», Coimbra, 1997). Impõe este princípio que qualquer *non liquet* na questão da prova seja valorado a favor do arguido, apresentando-se aquele, na fase de decisão, como corolário daquela presunção – Acórdão do Tribunal Constitucional nº 533/98, DR, II Série, de 25-02-1999.

Tal não aconteceu no tocante aos factos que integrariam a contraordenação da autoria da recorrente.

Não existe, pois, qualquer violação do princípio *in dubio pro reo* e da presunção de inocência.

Face ao exposto, será forçoso concluir que também neste segmento improcede o recurso.

Da invocada não subsunção dos factos provados no tipo infracional *sub judice* e violação do princípio da legalidade

Neste contexto, argumenta a recorrente que nem a AdC, nem o TCL são claros a indicar qual a decisão da ANEPE que está em causa no presente processo (artigo 441.º das Alegações de Recurso), afirmando que, “*em conclusão e em boa verdade, a ANEPE tomou apenas duas decisões através dos seus órgãos competentes para o efeito: (i) a decisão de enviar ao Governo em 22.12.2005 o parecer que este lhe havia solicitado sobre o projeto de diploma, decisão que parece não estar em causa; (ii) e a decisão de enviar aos associados, ao Governo e à ANMP a carta circular de 9.5.2005 alertando*



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

para o previsível impacto da nova lei”.

A estratégia da recorrente passa, assim, uma vez mais, por tentar reduzir a sua conduta (i) à sua intervenção ainda no processo legislativo (parecer sobre o projeto de diploma remetido ao Governo a 22.12.2005) e (ii) à carta oficial circular de 9.5.2005;

Procurando, desta forma, convenientemente, afastar todos os outros factos dados como provados pelo Tribunal *a quo*, em particular, os que constam dos pontos 46 a 60 da Sentença recorrida (retomados a pp. 92 e 93 da Sentença recorrida), mas também os que constam dos pontos 62 ss. da mesma Sentença.

Ou seja, segundo a recorrente, apenas podem ser levadas em linha de conta, num primeiro momento, a sua intervenção no processo legislativo (parecer da ANEPE de 22.12.2005); e quanto à sua atuação posterior à aprovação do regime legal, apenas será relevante a comunicação formal da ANEPE de 9.5.2012.

Supostamente, porque apenas aí adotou a ANEPE uma posição pública e formal.

Tudo o que se passou entre 22.12.2005 e 9.5.2012 (e posteriormente a esta data) é, do seu ponto de vista, irrelevante.

Deve, pois, segundo a recorrente, ignorar-se o discutido nas reuniões da Associação 21.3.2006 de e 20.4.2006 (pontos 46 a 50 da Sentença recorrida)

E deve, sobretudo, olvidar-se as comunicações circuladas pela Secretária-geral da ANEPE (reconhecida como sendo uma representante



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

externa da associação, que, recorde-se, não tinha uma estrutura humana permanente ou autónoma em relação às empresas associadas, dependendo da Secretária-geral) pelas empresas associadas entre 20.4.2006 e 2.5.2006 (pontos 51 a 60 da Sentença recorrida).

Nas várias versões do texto circuladas havia referências a quebra de receitas na ordem dos 15% e à inevitabilidade da subida das tarifas em vigor nos parques de estacionamento, ou através de uma taxa de ativação nos primeiros 15 minutos conjugada com um aumento de cerca de 2.5% das tarifas então em vigor, ou através de um aumento de 15% das tarifas então em vigor.

Em todas as versões do texto circuladas está presente a mesma representação gráfica que ilustra as situações descritas.

Na versão de 2.5.2006, “recomenda-se”, expressamente, a instituição de um preço de ingresso ou, em alternativa, aumento de 15% (ponto 56 da Sentença recorrida).

Tais versões não só foram do conhecimento das empresas associadas, como foram sendo comentadas por várias delas.

Ora, reitere-se, a comunicação formal da ANEPE (carta de 9.5.2006) é a expressão pública da posição desta associação, mas não esgota o seu comportamento neste domínio.

A recomendação ou solução preconizada anteriormente comunicada era já do conhecimento das empresas associadas que iriam ser afetadas com a vigência do novo regime legal, as quais haviam já discutido os prejuízos “inevitáveis” em que iriam incorrer e que tinham tido acesso não só às estimativas de prejuízos elaboradas a nível da associação, como a soluções



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

preconizadas para a sua compensação.

Sendo que, mesmo sem referência expressa a qualquer “recomendação”, como reiteradamente refere a recorrente, tal comunicação de 9.5.2006 não deixava de se socorrer de uma representação gráfica de tais “recomendação” ou “solução preconizada”, que tinha sido apresentada logo no primeiro texto circulado pelas empresas associadas, a 24.4.2006, precisamente para explicitar tais propostas.

Tudo isto são factos dados como provados pelo Tribunal *a quo*.

Factos que não foram, nem podiam ser, ignorados.

Factos que devem ser lidos no seu conjunto (como determina, aliás, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia – “TJUE”).

Factos que não foram erradamente subsumidos no tipo contra-ordenacional em causa – bem pelo contrário.

O n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 proíbe os acordos e as práticas concertadas entre empresas, bem como as decisões de associações de empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência no todo ou em parte do território nacional, fornecendo uma lista meramente exemplificativa das situações abrangidas por tais proibições.

Para que estejamos perante uma “decisão de associação de empresas” abrangida pela previsão do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, não se afigura necessário, sequer, que a mesma apresente efeitos jurídicos obrigatórios ou vinculativos: a decisão existe, para efeitos da aplicação do regime jusconcorrencial, quer os respectivos associados a cumpram ou não, e



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

independentemente da forma que tal decisão possa revestir.

Como tal, estas recomendações podem verificar-se através dos mais variados meios: circulares, boletins informativos, cartas, mensagens de correio electrónico, declarações a órgãos de comunicação social por diretores ou representantes das associações; e podem, em igual medida, apresentar os mais variados teores, mais ou menos explícitos quanto ao seu objeto e conteúdo: podem limitar-se a fazer eco dos aumentos de preços praticados por outras empresas ou setores, tornando-os credíveis e justificando os aumentos que hajam de verificar-se no sector onde as empresas associadas operam, podem referir a necessidade de repercutir a jusante os custos sentidos pelas associadas a montante, com reflexos nos preços praticados.

O facto de se recorrer a meios mais ou menos explícitos de recomendação ou sugestão de uma determinada conduta não evita o carácter restritivo da conduta da associação, se o teor for transmitido de modo adequado a coordenar o comportamento comercial ou no mercado das empresas associadas.

Assim, a aceção de decisão de associação de empresas constante do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 abrange necessariamente todo e qualquer comportamento que traduza uma orientação emitida por uma associação, seja qual for a forma externa de que possa concretamente revestir-se, desde que tenha a suscetibilidade de exercer uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no mercado em causa.

Nestes termos, deve entender-se que subjacente à proibição do artigo 4.º Lei n.º 18/2003 e do artigo 101.º do TFUE está a preocupação fundamental



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

em garantir, para o funcionamento do livre jogo concorrencial, o princípio da autonomia comercial dos operadores do mercado enquanto elemento estruturante do processo concorrencial, salvaguardado pelas regras nacionais e europeias de defesa da concorrência. Como reafirmado pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 4.6.2009 proferido no proc. n.º C-8/08 (T-Mobile): *“Importa recordar que os critérios de coordenação e de cooperação constitutivos de uma prática concertada devem ser interpretados à luz da conceção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum.”* e que *“Se é exacto que esta exigência de autonomia não exclui o direito dos operadores económicos de se adaptarem inteligentemente à atuação conhecida ou prevista dos seus concorrentes, opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos diretos ou indiretos entre tais operadores, que possa quer influenciar a atuação no mercado de um concorrente atual ou potencial, quer permitir a esse concorrente descobrir a atuação que o outro ou os outros operadores decidiram adotar ou planeiam adotar nesse mercado, quando esses contactos tenham por objetivo ou efeito originar condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa.”*.

Neste sentido, também o TCL sublinha a necessidade de garantir a autonomia comercial dos operadores do mercado, por um lado, e a rigorosa proibição de condutas, por parte das associações de empresas, que direta ou indiretamente a ponham em causa.



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Como referido pelo TCL (4.º Juízo) na Sentença de 25.6.2010 proferida no proc. n.º 178/09.8TYLSB (AdC/AIPL – Associação dos Industriais da Panificação de Lisboa): *“O que é relevante, no que respeita à teleologia da norma constante do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, bem como, do artigo 81.º CE [101.º TFUE], é que não se admita que através de uma qualquer forma de cooperação empresarial, também sob a forma de uma associação de empresas — que pode ter finalidades legítimas, como a concertação social, normalização técnica ou a representação de interesses coletivos — permita ou potencie a coordenação ou o condicionamento, efetivo ou potencial, do comportamento comercial das empresas associadas.*

Tal estatuição vem, como não pode deixar de se sublinhar, reforçar a própria proibição dos comportamentos colusivos entre empresas (acordos e práticas concertadas), incluindo nela eventuais situações que, por via da interposição de uma entidade com personalidade jurídica distinta das empresas, obviassem à interdição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência” (p.32).

Quanto ao que se entenda por “decisão de associação de empresas”, o TCL, na citada Sentença AIPL, referiu ainda que:

“Por sua vez, as ‘decisões de associações de empresas’, na aceção dos identificados diplomas legais, poderão definir-se, entre outros, como atos de vontade coletiva emanados do órgão legal ou estatutariamente competente da respetiva associação, embora não necessariamente, uma vez que se deverá privilegiar, também neste domínio, uma interpretação com base na finalidade da proibição, bastando que se verifique uma exteriorização que reflita, com



Seguros

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

precisão mediana e inteligível para os seus destinatários, o desejo ou a vontade dessa associação coordenar o comportamento dos seus membros. (...) Assim, a aceção de decisão de associação de empresas constante do artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003 abrange necessariamente todo e qualquer comportamento que traduza uma orientação emitida por uma associação, seja qual for a forma externa que possa concretamente revestir, desde que tenha a suscetibilidade de exercer uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no mercado em causa”.

A decisão do Tribunal *a quo* não merece, pois, qualquer reparo neste domínio, não tendo existido qualquer errada aplicação do direito aos factos.

Objeto e efeito da decisão da ANEPE, mercado relevante e restrição sensível

Quanto ao objeto e efeito da decisão da ANEPE, argumenta a recorrente, em suma, nos artigos 479.º ss. das suas Alegações de Recurso que estamos perante um mercado que “*é caracterizado apenas ao nível da concessão, concretamente no contexto da abertura dos concursos públicos para adjudicação de conceção, construção e/ou gestão e exploração dos parques de estacionamento (“competition for the market”) não existindo concorrência fora destes concursos*” (496.º das Alegações de Recurso).

Concluindo que “*a alegada conduta ilícita da Arguida, tal como descrita na sentença recorrida, nunca seria suscetível de afetar a concorrência na sua dimensão relevante!*”

E que “*deste modo, a prática que vem imputada à arguida na sentença*



Sgauris

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

recorrida não tem por objeto – nem nunca poderia ter – uma restrição sensível da concorrência, em especial no mercado da gestão de parques de estacionamento que tenha do lado da procura concedentes e do lado da oferta concessionários” (artigo 501.º das Alegações de Recurso).

Acrescenta que “a prática imputada à Recorrente era também inadequada a produzir efeitos restritivos da concorrência na dimensão retalhista do mercado relevante” (artigo 503.º das Alegações de Recurso), uma vez que, “dada a dimensão geográfica do mercado, as tarifas concretamente praticadas são pouco ou nada determinantes da escolha do utilizador.” (artigo 505.º das Alegações de Recurso).

E conclui que não foi feita prova de efeitos restritivos da concorrência.

Quanto ao mercado relevante, argumenta a Recorrente que andou mal o Tribunal a quo na definição do mercado do produto (523.º ss. das Alegações de Recurso), tendo também errado na definição do mercado geográfico (artigos 531.º ss. das Alegações de Recurso).

Quanto ao carácter sensível da restrição da concorrência, segundo a ANEPE “atendendo ao que ficou dito relativamente à inexistência de aptidão para restringir a concorrência na relação concedente/concessionário, o carácter sensível da alegada restrição fica manifestamente prejudicado nesta dimensão do mercado” (artigo 569.º das Alegações de Recurso).

Acrescenta a Recorrente que, “por outro lado, na medida em que a concorrência no mercado retalhista da oferta de lugares de estacionamento – que constitui, recorde-se, o mercado relevante neste processo – reveste um carácter local, é inexistente ou marginal será um paradoxo considerar-se que



Segundo

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G. - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

a mesma possa sequer ser afetada pela implementação de uma qualquer prática” (artigo 570.º das Alegações de Recurso).

Objeto e efeito

Segundo a jurisprudência do TJUE, para avaliar se uma prática tem um objeto anticoncorrencial é suficiente que se verifique o potencial de ter um impacto negativo na concorrência. Por outras palavras, a prática concertada deve apenas ser apta num caso concreto, tendo em conta o contexto jurídico e económico específico, a impedir, falsear ou restringir a concorrência³.

Determina a jurisprudência comunitária que cada concorrente tem de determinar de forma autónoma a sua política comercial e que *“a troca de informações entre concorrentes é suscetível de infringir as regras da concorrência quando reduz ou suprime o grau de incerteza quanto ao funcionamento do mercado em causa, tendo por consequência a restrição da concorrência entre empresas”*⁴.

Com efeito, como esclarece o TJUE, o artigo 101.º do TFUE (e, recorde-se, à sua semelhança, o artigo 4.º da Lei n.º 18/2003), foi concebido para proteger a estrutura do mercado e a concorrência em si mesma⁵. Assim, e para que se conclua que uma prática tem um objecto restritivo da concorrência não é necessário, sequer, que exista uma relação entre a prática e os preços pagos pelo consumidor⁶:

Ora, uma decisão de associação de empresas que tenha por objeto uma

³ Acórdão cit. *T-Mobile* § 28 ss. e *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, de 6 de Outubro de 2009, Procs. apensos n.ºs C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P, C-519/06 P, § 31.

⁴ *T-Mobile* § 32, 35 e 41.

⁵ *Idem* § 38.

⁶ *Idem* § 36 ss. e *GlaxoSmithKline*, cit., § 63.



Sgauris

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

recomendação da política de preços a adoptar pelas empresas associadas, constitui, *per se*, uma prática que tem por objeto restringir ou distorcer a concorrência, sendo, em consequência, proibida nos termos do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003.

Quanto a este ponto, tem sido recorrente a jurisprudência do TCL, quando identifica no artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 uma infração de perigo, bastando que o bem jurídico tutelado — a proteção da concorrência — seja posto em perigo, ou seja, basta a possibilidade de lesão, ou a adequação à produção de tal lesão, para que a infracção se considere cometida⁷.

Além do mais, como referido já, *“a exigência de autonomia da política de qualquer operador económico, que é inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, opõe-se rigorosamente a qualquer contacto direto ou potencial (...) que possa influenciar o comportamento no mercado de um concorrente atual ou potencial ou desvendar a tal concorrente comportamento que ele próprio decidiu ou planeia ter no mercado”*⁸.

Quer isto dizer que a decisão da ANEPE — recomendando condições de definição de preços é implementando uma coordenação dos comportamentos das associadas quanto às propostas que iriam apresentar às entidades concedentes e, finalmente, comunicando a tais concedentes a necessidade de reajustamento dos tarifários com vista a garantir o equilíbrio financeiro das concessões, garantindo assim que as empresas associadas beneficiam de uma menor pressão concorrencial na definição das alterações de

⁷ Sentenças do TCL, de 9.12.2005, 2.º Juízo, Proc. n.º 1307/05.6TYLSB, e de 12.1.2006, 3.º Juízo, Proc. n.º 1302/05.5TYLSB.

⁸ Acórdão cit. *T-Mobile*, § 33.



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G: - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

preços propostas — é, pelo seu objeto, uma infração ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003.

Deverá ainda referir-se que o que está em causa no presente processo não são os efeitos verificados no mercado, i.e., é irrelevante para o preenchimento do tipo e a imputação da infração à ANEPE que se demonstre (ou que seja necessário demonstrar) que esta tenha logrado concertar efetivamente as políticas comerciais das associadas ou que as condutas comerciais efetivamente verificadas sejam imputáveis, exclusiva ou principalmente, à recomendação da ANEPE.

Para além de ser concretamente adequada a impedir, falsear ou restringir a concorrência — tratando-se, como se trata, de uma decisão associativa com vista à coordenação das políticas de preços das empresas associadas — a decisão da ANEPE foi acolhida, pelo menos, pelas associadas referidas, que a adoptaram nas suas respetivas políticas comerciais, o que demonstra uma afetação efetiva da estrutura concorrencial do mercado em causa, ao condicionar-se claramente a autonomia dos operadores económicos na definição da sua política comercial e ao pôr em causa elementos tipicamente concorrenciais na definição dos preços propostos pelas empresas concessionárias às entidades concedentes.

Também neste capítulo não merece censura a Sentença recorrida, tendo sido correta a aplicação do direito aos factos.

O mercado relevante

A prática descrita na Sentença incide no mercado da prestação de serviços de gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

em locais públicos.

Deverá ser tido em conta que, no funcionamento deste mercado, a iniciativa de construção ou disponibilização de parques de estacionamento depende, nos casos em que não estejam em causa edifícios ou locais privados, de concessões municipais; nestes casos, interessará não apenas o acesso ao concurso promovido para a atribuição da concessão, como também as condições de manutenção da referida concessão: por exemplo, relativamente às tarifas de estacionamento a praticar, o próprio concurso, aquando do lançamento, estabelece em regra os limites máximos para as tarifas a vigorar e anualmente o município aprova as alterações de preços apresentadas pela empresa detentora da concessão.

A ANEPE representa os interesses de empresas que gerem tais parques e zonas de estacionamento (identificadas pela associação como “operadores”), bem como de outras empresas que comercializam ou representam os equipamentos necessários à gestão e exploração desses parques e zonas de estacionamento (barreiras de entrada, equipamentos automáticos de cobrança e pagamento, parquímetros, entre outros), identificadas como “instaladores”, ou seja, é uma associação representativa dos interesses de empresas que se encontram em concorrência direta entre si (dentro de cada uma daquelas categorias) e que se posicionam do lado da oferta no mercado relevante.

Não existem dados estatísticos oficiais quanto ao número de empresas em Portugal que operam neste mercado, nem do número de lugares de estacionamento em locais públicos existentes à data dos factos.

Não obstante, concluiu-se, pelo cruzamento das respostas das diversas



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal, Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

empresas e da própria ANEPE, e sem que a Recorrente o conteste, que esta Associação representa as maiores empresas a operar no sector, o que se verifica desde logo pelo número total de lugares de estacionamento geridos pelas associadas em 2006 (cerca de 130.000), como pela dispersão geográfica dos parques e zonas de estacionamento em causa (abrangendo todo o país, Portugal continental e regiões autónomas), com especial incidência nas principais regiões urbanas.

A única exceção relevante será a empresa Bragaparkes — Estacionamentos, S.A., que, em 2006, geria um total de 22 parques e zonas de estacionamento, representando 10.150 lugares, nos distritos de Braga, Porto, Coimbra, Castelo Branco, Santarém, Lisboa e Setúbal, e que não é associada da ANEPE (a fls. 13960 ss.).

Nestes termos, verifica-se estarmos perante um mercado de tipo oligopolista, em que um número reduzido de empresas — 13 associadas da ANEPE, das quais 7 pertencem ao universo empresarial do Grupo Emparque — concorre, a nível nacional, pela atribuição das concessões.

No caso concreto, não se verifica a necessidade de determinar um mercado geográfico distinto do mercado nacional: está em causa um serviço homogéneo (a construção e/ou exploração de um ou mais parques e zonas de estacionamento), normalmente dependente (no caso de entidades concedentes públicas) de procedimentos concursais de escolha do concessionário que obedecem às mesmas regras e aos quais podem submeter propostas quaisquer empresas que preencham os requisitos mínimos de submissão, não se verificando condições diferentes de concorrência na oferta e procura de



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

serviços de gestão de parques de estacionamento que justifique uma definição mais restritiva da dimensão geográfica do mercado relevante, para efeitos do presente processo.

Por outro lado, ainda que se admitisse a existência de um mercado geográfico mais amplo, ou mais restrito, que o mercado nacional, tal seria irrelevante para a conclusão e decisão do presente processo; independentemente da determinação concreta de tal mercado geográfico, o Tribunal concluiu pela verificação de comportamentos restritivos da concorrência imputáveis à arguida, ora recorrente, que abrangem todo o mercado nacional.

Finalmente, não poderá deixar de se sublinhar que a definição de mercados relevantes, muito embora importante na determinação dos efeitos concorrenciais dos comportamentos das empresas envolvidas e, em particular, nas operações de controlo de concentrações, não é necessário ou indispensável em processos de práticas restritivas da concorrência, em especial perante acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas com objetivo restritivo da concorrência, nomeadamente através da fixação, direta ou indireta, de preços ou de outras condições que permitam a sua determinação.

A recorrente pretende que a concorrência, no mercado relevante definido pelo Tribunal, se esgota no acesso ao mercado, ou seja, no acesso aos procedimentos concursais promovidos por entidades públicas ou privadas para a construção, exploração e gestão de parques de estacionamento.

Tal poderia até ser verdade, não fora o facto de o mercado em causa,



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

como a própria recorrente — e bem — o reconhece, estar sujeito a regras de concorrência não apenas no acesso, como na permanência.

Quer isto dizer que as empresas concessionárias de parques de estacionamento (os associados “operadores” da ANEPE), na vigência dos respetivos contratos de concessão, não deixam de estar sujeitos a regras de concorrência, quanto mais não seja porque as condições de funcionamento dos respetivos contratos a tanto obrigam, em especial no que respeita ao fator concorrencial que aqui importa discutir: os preços.

A própria ANEPE reconhece que a fixação dos preços de acesso e permanência nos parques de estacionamento, por um lado, são determinados e revistos por acordo entre as concessionárias e as entidades concedentes, e por outro, lado têm em conta condicionamentos concorrenciais que não se coadunam com a pretensa redução da análise concorrencial às condições de acesso ao mercado: (i) a localização concreta do estacionamento; (ii) a capacidade do parque e dos parques concorrentes; (iii) a oferta de estacionamento na zona; (iv) as alternativas ao transporte individual; (v) as políticas locais ou regionais de mobilidade; e (vi) o perfil predominante da procura; são, todos, fatores que as empresas gestoras de parques de estacionamento têm em consideração quando propõem às entidades concedentes alterações dos preços aplicáveis.

Tendo em conta o que se refere supra, em especial o reconhecimento pela recorrente do funcionamento concorrencial do mercado, não apenas no acesso ao mercado, como — e neste caso, principalmente — na permanência dos operadores no mesmo, a recorrente pretende confundir os



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

condicionamentos concorrenciais que se verificam num mercado com os impactos que se possam verificar noutros mercados com ele direta ou indiretamente relacionados.

Não podemos, aliás, deixar de notar, tal como o faz a AdC na sua resposta ao recurso, que a estratégia da recorrente passa por tentar, nesta sede, pulverizar os mercados relevantes, tentando fazer crer que, para que fosse possível uma condenação por violação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, seria necessário provar que a conduta a ANEPE teria tido “efeitos” em vários mercados locais ou regionais.

Mais: o que parece pretender a recorrente é que apenas estaríamos perante um ilícito anticoncorrencial caso fosse feita prova de que todas as empresas associadas teriam feito exatamente o mesmo ajustamento de preços em todo e cada parque de estacionamento por si gerido.

Ora, tal linha de argumentação não procede nem pode proceder, uma vez que, em suma:

O mercado relevante é nacional e não local ou regional, como pretende fazer crer a recorrente;

Independentemente da determinação concreta de tal mercado o Tribunal concluiu pela verificação de comportamentos restritivos da concorrência imputáveis à recorrente em todo o território nacional;

O enfoque foi e deve ser colocado na relação entre as empresas operadoras e as entidades concedentes;

Com efeito, é aí que se determinam, entre outras condições, os preços de acesso (tendo em conta, como referido, fatores concorrenciais, mormente



Sgauna

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal, Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

os preços praticados nos parques de estacionamento concorrentes);

Foi a esse nível (na relação concedente - concessionário) que a recorrente garantiu uma menor pressão concorrencial na definição das alterações dos preços e das propostas;

Foi a esse nível que se verificou a prática restritiva da concorrência da recorrente;

Estamos perante uma decisão de associação de empresas que tem por objeto restringir ou distorcer a concorrência;

Quando se verifica que uma prática tem por objeto restringir ou distorcer a concorrência, não é necessário demonstrar os efeitos anticoncorrenciais efetivos;

Verifica-se que a recorrente ANEPE promoveu, implementou e procurou garantir o cumprimento de uma reação coletiva das empresas associadas às alterações legislativas decorrentes do Decreto-Lei n.º 81/2006, tendo em conta a estrutura do mercado em que as mesmas empresas operam, ou seja:

Trata-se de um mercado em que o número de empresas que operam a nível nacional é muito reduzido;

A alteração legislativa implicaria a alteração dos preços aplicáveis na generalidade dos parques de estacionamento, uma vez que os preços eram fixados por períodos horários, passando a ser fixados por períodos de 15 minutos;

Nos termos do referido Decreto-Lei n.º 81/2006, teriam de ser as entidades concedentes municipais, quando tal decorresse já do respetivo



Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

contrato de concessão, a autorizar a alteração dos preços, por proposta das empresas concessionárias;

As empresas concessionárias, na definição dos preços ou na sua alteração têm necessariamente em conta as condições de preços vigentes noutros parques de estacionamento, geridos por si ou por empresas concorrentes, ou seja, a definição dos preços nos parques de estacionamento tem sempre uma relação com os parâmetros de comportamento dos concorrentes;

As entidades concedentes têm, também, interesse em assegurar o equilíbrio financeiro da exploração dos parques de estacionamento concessionados, de forma a garantir que não venham a ser chamadas a compensar as empresas concessionárias; o processo de alteração de preços negociados com as entidades concedentes visará, assim, garantir que as entidades concedentes não possam ser responsabilizadas, por via contratual ou outra, por eventuais quebras de receita das empresas concessionárias;

Como tal, resulta evidente que a ANEPE, ao definir e coordenar a reação das empresas associadas à alteração dos preços imposta pelo Decreto-Lei n.º 81/2006 estava essencialmente a definir qual o parâmetro de comparação que as empresas associadas poderiam utilizar para negociar as alterações de preços com as entidades concedentes, que assim seriam confrontadas com a mesma argumentação. Se, em condições normais de funcionamento do mercado, tal parâmetro deveria ser definido por cada empresa, com a intervenção da Recorrente passou a ser definido coletivamente.



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal, Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Como tal, são igualmente improcedentes os argumentos invocados pela recorrente nesta sede.

Restrição sensível

Face ao exposto, improcedem também, necessariamente, os argumentos da recorrente em relação ao carácter sensível da restrição a concorrência.

Imputação subjetiva

Argumenta a recorrente nos artigos 576.º ss. das suas alegações de recurso que os factos provados não constam quaisquer elementos que integrem o tipo subjetivo infracional em causa.

Acrescenta que se tratou de um comportamento heterodeterminado, que cai no plano de liberdade de associação.

Do que se trata no presente processo, ao contrário do que pretende fazer crer a recorrente, não é do mero exercício legítimo das funções de uma associação, nem, tão simplesmente, de um “comportamento heterodeterminado” e “provocado por alterações legislativas que cumpria analisar pela associação do sector”, que “cai no plano da liberdade de associação”.

Ficou cabalmente demonstrado que a ANEPE, desenvolveu uma estratégia de reação coletiva à entrada em vigor do regime de determinação de preços pela utilização de parques de estacionamento, previsto no Decreto-Lei n.º 81/2006 e, no âmbito dessa estratégia, recomendou o aumento dos preços praticados e a fixação de preços nos parques de estacionamento geridos ou explorados pelas suas empresas associadas, designadamente propondo a



Sgauris

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tri@tribunais.org.pt

fixação de um “preço de ingresso” ou o aumento dos preços aplicáveis em 15%, eliminando a pressão concorrencial na negociação das alterações de preços entre as empresas concessionárias e as entidades concedentes, cometendo uma infração grave prevista no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, que proíbe as decisões de associações de empresas que tenham como objeto ou efeito, impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência no mercado nacional.

Não pode aceitar-se o argumento de que *“a Arguida não tinha sequer consciência de que poderia estar a atuar contra as regras da concorrência uma vez que regeu sempre o seu comportamento pelos princípios de atuação associativos e sempre tendo em consideração a essência e a função da ANEPE enquanto promotora dos interesses dos associados”* (602.º Alegações de Recurso).

Ora, ninguém duvida de que a ANEPE tenha atuado no interesse dos seus associados. Fê-lo, porém, de forma ilícita e em violação do Direito da Concorrência, procurando suprimir a pressão concorrencial e subtrair os seus associados das regras da livre concorrência.

A admitir a argumentação da recorrente, qualquer associação poderia invocar o seu objeto estatutário para contornar as suas obrigações legais e escusar-se ao cumprimento das regras da concorrência.

Cumpre lembrar, em todo o caso, que a questão central não é se a arguida, ora recorrente, tinha intenção de violar a lei; a questão que se coloca é se, sabendo ou devendo saber que as suas condutas eram proibidas por lei, quis realizar todos os atos necessários à prática dos factos que preenchem a



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

infração (ou, pelo menos, teria podido prever a realização da infração como consequência necessária ou possível das suas condutas, conformando-se com esta realização).

Ora, a recorrente não podia deixar de conhecer as obrigações que lhe incumbem à luz do Direito da Concorrência, pelas quais qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado, impondo rigorosamente a abstenção de qualquer iniciativa das associações de empresas que, procurando substituir-se às empresas associadas, ponha em causa tal autonomia comercial, substituindo-a por mecanismos de cooperação ou coordenação de condutas comerciais.

Mais: o próprio Tribunal *a quo* deu como provado que a Recorrente conhecia essas regras (p. 87 da Sentença recorrida).

A conduta, reconhecida pela ANEPE e dada como provada na Sentença recorrida, confirma que a Recorrente, tinha perfeito conhecimento e consciência das consequências decorrentes da divulgação de uma comunicação contendo as expressões “recomendação” ou “solução preconizada” e, sem prejuízo de atingir o mesmo fim — efetivamente, recomendando a adoção de uma solução preconizada para a adaptação dos preçários das empresas associadas ao Decreto-Lei n.º 81/2006 —, altera o texto da comunicação de 9.5.2006.

Como tal, a conduta em causa nunca poderia resultar de uma falta de cuidado ou desatenção da recorrente, a qual seria, ainda assim, punível, nos termos e para os efeitos do artigo 43.º, n.º 6, da Lei n.º 18/2003.

A ANEPE agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

infração que lhe é imputada.

Considerando os factos descritos na sentença recorrida e o conjunto de elementos de prova que se encontram junto aos autos, verifica-se que tal infração foi cometida a título de dolo, tendo a recorrente representado e querido recomendar uma “solução preconizada” em termos de adaptação dos preços das empresas associadas ao Decreto-Lei n.º 81/2006 que passava ela fixação de um “preço de ingresso” ou pelo aumento dos preços em 15%, com vista à definição de uma atuação concertada das empresas associadas no âmbito das negociações de preços com as entidades concedentes.

Como tal, agiu com dolo direto, nos termos do artigo 14.º, n.º 1, do Código Penal, aplicável subsidiariamente nos termos gerais do RGCO.

Improcedem, assim, também os argumentos da recorrente apresentados nesta sede.

Da alegada violação do direito constitucional de associação

A recorrente insiste (e dedica todo um capítulo a esta matéria) na tese de que mais não fez do que cumprir a sua missão de representação dos interesses profissionais dos seus associados.

Acrescenta que o Tribunal *a quo* não poderia deixar de ter ponderado a atividade legítima das associações.

Ora, o Tribunal *a quo* não deixou de ponderar esta matéria. Simplesmente, não o fez como pretendia a recorrente, sobretudo, porque chegou a uma conclusão com a qual discorda.

Pode, pois, ler-se a pp. 42 da sentença recorrida:



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

“Ora, o facto de a AdC ter considerado a carta que a ANEPE dirigiu aos membros da associação em relação alterações legislativas do sector como ‘recomendação’ configurável como uma infração às regras da concorrência não viola a liberdade de associação constitucionalmente consagrada. Tal só configura uma restrição à atividade legítima das associações se, de facto, tal prática for legítima; se se compreender no prosseguimento dos seus fins e não constituir um ilícito, nomeadamente contraordenacional, e em concreto uma prática proibida pelo artigo 4.º da LdC”.

Tanto a nível nacional como a nível comunitário, as “decisões de associações de empresas” são abrangidas, de forma idêntica aos acordos e práticas concertadas, pelas normas e princípios jusconcorrenciais:

“A atuação das associações empresariais tem contudo limites que decorrem da legislação que enquadra a sua atividade, e na qual se deve incluir o direito da concorrência. Nesta perspetiva, nem os estatutos das associações empresariais, nem as suas iniciativas, devem instituir ou potenciar limitações ou constrangimentos à livre determinação das opções dos associados relacionadas com a atividade económica que exercem. Tão-pouco podem as associações ser o instrumento de uma concertação condenável à luz do ordenamento jusconcorrencial”⁹.

De facto a admitir a argumentação da recorrente, qualquer associação poderia invocar o seu objeto estatutário para contornar as suas obrigações legais e escusar-se ao cumprimento das regras da concorrência.

As associações de empresas podem fornecer aos seus associados

⁹ Conselho da Concorrência, Relatório de Actividades, 1992, Lisboa: Ministério do Comércio e Turismo, pp. 15 e 16.



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

informações de carácter genérico sobre o funcionamento do mercado, bem como prestar ajuda na gestão dos seus negócios. Todavia, os conselhos, diretivas, indicações ou recomendações emanados de uma associação de empresas não podem ter uma influência, direta ou indireta, sobre o livre jogo da concorrência no sector em causa, não podem induzir as empresas associadas a não determinarem autonomamente as suas políticas comerciais.

Com especial interesse para os presentes autos, refere a AdC na sua resposta ao recurso, um caso da jurisdição espanhola subjacente à Resolución 556/03, Empresas Cárnicas, de 13.2.2004, do Tribunal de Defensa de la Competencia, onde estava em causa a recomendação de uma associação empresarial no sentido de, no contexto da reação às medidas administrativas adotadas pelo Estado espanhol contra a encefalopatia espongiforme bovina, se fazer repercutir os custos dessas medidas nos demais operadores na cadeia agroalimentar.

Recorde-se que, também no presente caso, a ANEPE divulgou entre os seus associados (mas também junto da ANMP, de outras entidades públicas e do público em geral) que a mera divisão por quatro da tarifa horária traria custos às empresas, sugerindo um aumento dos preços (a serem pagos pelos utilizadores dos parques), através da fixação de uma “bandeirada”, ou através de um aumento na ordem dos 1.5%.

Ora, concluiu o Tribunal espanhol de Defensa de la Competencia, no mencionado aresto, que se tratava de uma recomendação que visava propiciar comportamentos paralelos das empresas associadas, o que restringia e falseava a liberdade comercial nesse sector. Realçou ainda o referido tribunal que a



Segundo

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

infração se verifica a partir do momento em que se adota tal recomendação, não sendo necessário, para a consumação da referida infração, que a mesma seja efetivamente implementada.

Ou seja, ainda que se admitisse que a mera divisão por quatro das tarifas horárias traria custos às empresas e que a ANEPE apenas pretendia evitar que fossem as empresas associadas a arcar com esses custos, não podia a associação recomendar, aconselhar, ou orientar as empresas no sentido de repercutirem esses custos nos preços a serem pagos pelos utilizadores dos parques; caberia a cada empresa, autonomamente, avaliar em que medida a implementação da nova legislação justificaria uma alteração de preços – se é que se justificava de todo.

Não se nos afigura inconstitucional o artigo 43.º n.º 1 da LdC, por violação dos artigos 18.º n.º 2 (*"A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"*), 37.º (*"liberdade de expressão e informação"*) e 46.º (*"liberdade de associação"*) da CRP, tal como foi interpretado pelo Tribunal *a quo*.

Deste modo, improcede também o recurso neste seu outro segmento.

Da alegada violação do Direito da União Europeia

Argumenta ainda a recorrente que, seguindo o entendimento do TJUE e da Comissão Europeia, e por força do disposto no artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a AdC e o TCL estariam obrigados a aplicar, no



Segunda

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

caso presente, não apenas o artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, mas também, em simultâneo, o artigo 101.º do TFUE.

Resulta das Orientações da Comissão Europeia, sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previstos nos artigos 81.º e 82.º do Tratado¹⁰ (presentemente, 101.º e 102.º do TFUE), que: *“O critério de afetação do comércio constitui um critério autónomo de direito comunitário, que deve ser apreciado numa base casuística. (...) O direito comunitário da concorrência não é aplicável a acordos e práticas que não sejam suscetíveis de afetar sensivelmente o comércio entre Estados-Membros”* (§ 12).

Resulta das mesmas Orientações que é necessário que seja *“possível prever, com um grau de probabilidade suficiente, com base num conjunto de fatores objetivos de direito ou de facto que o acordo ou prática pode ter uma influência, direta ou indireta, efetiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros”* (§ 23).

E ainda: *“No caso de acordos ou práticas abusivas que abrangem o território de um único Estado-Membro, pode ser necessário proceder uma avaliação mais aprofundada da possibilidade de esses acordos ou práticas abusivas afetarem o comércio entre Estados-Membros”* (§ 77).

As mesmas Orientações referem alguns exemplos que *“não são exaustivos, limitando-se a indicar casos em que se pode considerar que acordos circunscritos ao território de um único Estado-Membro são suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros”* (§ 77).

¹⁰ JOUE C 101/81, 27.4.2004.



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038.
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

E como principal exemplo de acordos que são suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros indicam-se os cartéis horizontais:

“Os cartéis horizontais que cobrem a totalidade de um Estado-Membro são, em princípio, suscetíveis de afetar o comércio entre Estado-Membros” (§ 78)

Isto porque “têm, pela sua própria natureza, o efeito de reforçar a segmentação dos mercados numa base nacional, na medida em que dificultam a penetração económica pretendida pelo Tratado” (§ 78).

Ou seja, e em suma, a aplicação do artigo 101.º do TFUE a um acordo circunscrito ao território de um Estado-Membro não é automática; é necessário verificar, casuisticamente, se é suscetível de afetar sensivelmente o comércio entre Estados-Membros.

Ora, não só a Recorrente parece presumir que a aplicação do artigo 101.º do TFUE é automática, como, para reforçar a sua argumentação, equipara mesmo a decisão de associação de empresa da ANEPE a um cartel (artigo 674.º das Alegações de Recurso), o que é no mínimo, curioso.

E parece, portanto, também presumir (embora nada tenha escrito a este respeito) que a conduta da ANEPE teve por efeito segmentar o mercado.

Ora, à luz das Orientações da Comissão que vimos citando, nem aplicação do artigo 101.º do TFUE é automática, como parece pretender a recorrente, nem existem, no presente processo, fatores objetivos que permitam prever, com grau de probabilidade suficiente, que a recomendação da ANEPE pudesse ter uma influência na estrutura do comércio entre Estado-Membros, designadamente, porque tivesse por efeito segmentar o mercado.



Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Não merece, pois, qualquer censura a sentença recorrida, não tendo aplicação no presente caso o artigo 101.º do TFUE.

Nos termos do artigo 267.º do TFUE: *“O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: Sobre a interpretação dos Tratados; Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União”*.

Ora, não tendo aplicação nos presentes autos o artigo 101.º do TFUE, não está em causa a interpretação dos Tratados, não sendo o TJUE competente para decidir a título prejudicial nos termos do artigo 267.º do TFUE.

Daí que não se veja motivo para fazer intervir o TJUE, como pretende a recorrente, formulando-lhe diversas questões interpretativas (cfr. conclusão 174ª), assim se indeferindo tal pretensão.

III – Decisão

Tudo visto e ponderado, e em conformidade com o exposto, acordam os Juízes desta Relação em negar provimento ao recurso, confirmando-se a decisão recorrida.

Custas pela recorrente, fixando-se em 5 (cinco) UCs a taxa de justiça - artigo 514.º, n.º 1, do CPP.

Notifique nos termos legais.

(o presente acórdão, integrado por duzentas e vinte e uma páginas com os versos em branco, foi processado em computador pelo relator, seu primeiro signatário, e integralmente revisto por si e pelo Exmº Juiz Desembargador Adjunto – art. 94.º, n.º 2 do Cód. Proc. Penal) **Lisboa, 4 de Abril de 2013**