

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Proc.nº8638/06-9

Acordam, em audiência, na 9ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa:

RELATÓRIO.

Decisão recorrida.

No âmbito do processo de contra-ordenação nº132/05.5TYLSB do 3º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, em 12/1/2006 foi proferida sentença que julgando parcialmente procedente o recurso de impugnação judicial interposto pela arguida - Ordem dos Médicos Veterinários – da decisão administrativa proferida pela Autoridade da Concorrência, decidiu para o que aqui releva o seguinte:

a) Condenar a arguida Ordem dos Médicos Veterinários, pela prática de uma contra-ordenação prevista e punida pelos arts.4º nº1 da Lei 18/03, 81º nº1 do Tratado da C.E e 43º, nº1, al. a) da Lei nº 18/03 de 11/06, na coima de € 18 000 (dezoito mil euros);

b) Ordenar à arguida Ordem dos Médicos Veterinários que cesse de imediato a aplicação de todas e quaisquer tabelas de honorários relativas à actividade médico veterinário;

c) Nos termos do disposto nos arts.4º nº2 da Lei nº 18/2003 de 11 de Junho e 81º nº2 do Tratado CE declarar nulas e de nenhum efeito as disposições do Código Deontológico Médico Veterinário com o seguinte teor:

1. Art.28º nº2, al. a):

“2. Constituem atitudes reprováveis, nos termos do número anterior, as seguintes:

a) Estabelecimento de honorários ou avenças inferiores ao que é uso na região, ou recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários;”

2. Art.44º, al. b)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

"Os honorários do Médico Veterinário devem ser determinados com moderação, tendo em conta:

(...)

b) Tabelas praticadas na região, nomeadamente as recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários;"

3. Art.45º nº1:

"1. A prestação de serviços gratuitos ou a cobrança de honorários manifestamente inferiores aos previstos pelas tabelas, usos ou regras aplicáveis, constitui presunção de concorrência desleal."

d) Nos termos do disposto nos arts.4º nº2 da Lei nº 18/2003 de 11 de Junho e 81º nº2 do Tratado CE declarar nula e de nenhum efeito a tabela enviada aos veterinários da zona da Cova da Beira por circular datada de 07/05/04, aprovada pelo Conselho Directivo da Ordem dos Médicos Veterinários em reunião de 27/04/04;

e) Determinar a publicação, a expensas da arguida, da presente decisão, por extracto, na IIIª série do Diário da República, e num jornal diário de circulação nacional, no prazo de 30 dias contados do trânsito;

f) Determinar a publicitação pela arguida, de extracto da presente decisão na sua página da Internet, após trânsito e no número imediatamente subsequente ao trânsito em julgado na Revista da Ordem dos Médicos Veterinários;

g) Condenar a arguida nas custas do processo, fixando-se a taxa de justiça em 8 Ucs (arts.93º nº 3 e nº4, do Decreto Lei nº 433/82 de 27 de Outubro, na redacção do art. 9º do Decreto Lei nº 323/01 de 17/12 e 87º nº 1, al. c) do Código das Custas Judiciais).

Recursos.

Inconformados com esta sentença dela recorreram a Autoridade da Concorrência e a arguida Ordem dos Médicos Veterinários.

I. A Autoridade da Concorrência pugna no sentido da norma constante do nº2 do art.43º da Lei nº18/2003, de 11/6 ser interpretada no sentido de abranger todos os membros inscritos na Ordem dos Médicos Veterinários, ou seja todos os

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

médicos veterinários a trabalhar em regime independente e, por essa via, ser alterado o valor máximo da coima sancionadora da contra-ordenação praticada pela arguida, rematando a respectiva motivação com as seguintes (transcritas) conclusões:

1º. De acordo com o normativo do nº1 do artigo 52º da Lei nº18/2003, de 11 de Junho (adiante LdC), as decisões do Tribunal de Comércio de Lisboa - que admitam recurso nos termos previstos no RGCO - são impugnáveis junto do Venerando Tribunal da Relação de Lisboa, que decide em última instância.

2º. A Autoridade legitimidade para recorrer autonomamente das decisões proferidas pelo Tribunal do Comércio de Lisboa, nos termos do nº6 do artigo 51º da LdC.

3º. Em conformidade com o nº1 do artigo 74º do RGCO, aplicado ex vi do artigo 49º do mesmo regime, a 2ª instância apenas conhece da matéria de direito, não cabendo recurso das suas decisões.

4º. Vem o presente recurso interposto da dourta decisão da Mmº Juiz "a quo" que considerou por provada e, consequentemente, condenou a arguida OMV pela prática de contra-ordenação pp. na alínea a) do nº1 do artigo 4º e alínea a) do nº1 do artigo 43º, ambos da Lei 18/2003, de 11 de Junho e artigo 81º do Tratado CE;

5º. Por Decisão do Tribunal de Comércio de Lisboa a arguida OMV foi condenada da prática dolosa da contra-ordenação pp. pelos arts.4º, nº1, al. a) e 43º, nº1, al. a), da Lei 18/03 de 11 de Junho e art. 81º do Tratado CE na coima de € 18.000 (dezoito mil euros);

6º. Da exegese da Sentença da Mmº. Juiz "a quo" ora em recurso, resultam vícios claramente, do texto da dourta Sentença ora recorrida, não só por si só, como também das regras do senso comum.

7º. A OMV é uma associação de empresas na acepção do nº1 do artigo 4º da Lei nº18/2003 e do nº1 do artigo 81º do Tratado CE.

8º. A aprovação do Código Deontológico, como manifestação da vontade dos seus associados para que estes adoptem um comportamento determinado (a cobrança de honorários através de valores mínimos constante de Tabelas) no quadro da sua actividade económica, constitui uma decisão de associação de empresas, nos termos e para aplicação do nº1 do artigo 4º da Lei nº18/2003 e do nº1 do artigo 81º do Tratado CE.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

9º. A OMV é uma instituição representativa dos médicos dentistas que exercem a medicina dentária, sendo os seus órgãos executivos exclusivamente constituídos por médicos veterinários, eleitos pelos membros da profissão, os quais são considerados como empresas para efeitos de aplicação das regras da concorrência,

10º. Assim, quer as normas constantes da conjugação da alínea a) dos nº2 do artigo 28º, da alínea b) do artigo 43º e do artigo 44º do Código Deontológico quer a Tabela de Nomenclatura e Valores Relativos foram adoptadas livre e voluntariamente pela Ordem, correspondendo a uma decisão de uma associação de empresas, na acepção do nº1 do artigo 4º da LdC e do nº1 do artigo 81º do Tratado CE. Aplicando-se a todos os médicos veterinários independentemente de os mesmos terem participado, directamente ou não, na elaboração das referidas normas e concordarem com as mesmas ou não.

11º. A obrigatoriedade de respeito pelas normas deontológicas resulta da imposição de sanções disciplinares para os prevaricadores, que podem ir até à expulsão.

12º. Refere a dnota sentença no ponto 2.5 "Da escolha e medida da sanção a aplicar que "Quem participou, quem cometeu a infracção, foi a OMV, porque tomou decisão através dos seus órgãos competentes nos termos do art.7º nº2." Ora tal conclusão é errada face ao vertido no artigo 43º da LdC

13º. Com todo o respeito, não pode aceitar a Autoridade, ora recorrente, a interpretação do tribunal "a quo", no sentido de que só a OMV tenha participado no comportamento proibido, por desconforme, com a lei, o espírito da lei e das regras da concorrência.

14º. Ora as decisões das ordens aplicam-se a todos os inscritos, independentemente de eles votarem, concordarem, aceitarem ou não com as decisões dos órgãos que foram eleitos, antes ou depois da sua inscrição e que tomam decisões pelo todo.

15º. A norma constante do artigo 42º nº3 não pode ser interpretada no sentido da dnota sentença "a quo" sob pena de os membros das associações, e desde que exerçam a actividade de uma forma independente nunca, ou muito dificilmente,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

poderem ser condenados por decisões de associação, ficando a norma vazia de aplicação quanto a estes.

16º. O comportamento proibido em causa traduz-se na aprovação do Código Deontológico e respectivas tabela de honorários e sua manutenção em vigor ao longo dos anos de uma forma permanente e actual, ou seja, até à presente data, não se afigurando que tenha sido essa a intenção do legislador.

17º. O vocábulo "participação" utilizado no referido normativo tem de ser interpretado como a participação que vai para além da actuação activa e directa.

18º. No caso da OMV, todos os membros estão sujeitos às normas e aplicam-nas sob pena de incorrerem numa infracção disciplinar que poderá ter graves consequências para o exercício da sua profissão.

19º. Dado que o exercício da profissão depende da inscrição na Ordem e a violação das normas pode implicar a sua expulsão da Ordem.

20º. Assim, todos participam na infracção de uma forma permanente, quer por acção quer por omissão, e enquanto a norma violadora se encontrar em vigor.

21º. Nos termos do artigo 9º do Código Civil, a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas a reconstituição do pensamento legislativo há-de fazer-se tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas dc tempo em que é aplicada.

22º. Caso se considere a interpretação do nº2 do artigo 43º nos termos da douta sentença,

23º. Assim, o vocábulo "participação" utilizado no referido normativo tem de ser interpretado como a participação que vai para além da actuação activa e directa. No caso da OMV, todos os membros estão sujeitos às normas e aplicam-nas sob pena de incorrerem numa infracção disciplinar que poderá ter graves consequências para o exercício da sua profissão. Dado que o exercício da profissão depende da inscrição na OMV e a violação das normas pode implicar a sua expulsão.

24º. Nestes termos, todos participam na infracção de uma forma permanente, quer por acção quer por omissão, e enquanto a norma violadora se encontrar em vigor.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

25º. Tendo em conta o significado jurídico do termo utilizado no referido normativo a aplicação da coima deve ter em consideração todos os membros inscritos na Ordem para os quais aquela norma se dirige, ou seja, os médicos veterinários a trabalhar em regime independente. A douta sentença interpretou erradamente a disposição constante do nº2 do artigo 43º da LdC.

26º. A douta decisão recorrida deve ser alterada, neste ponto, por ter ofendido as disposições contidas no nº2 do artigo 43º da LdC, nos termos do artigo 73º nº1 al. a) do RGCO, ex vi do disposto no artigo 49º, da Lei nº18/2003, de 11 de Junho, e ao abrigo

II. A arguida - Ordem dos Médicos Veterinários – pugna no sentido de não ser equiparada a uma associação de empresas para efeito da Lei da Concorrência, devendo por isso ser revogada a sentença recorrida ou quando assim se não entenda a coima ser reduzida para € 500,00, concluindo a respectiva motivação com a formulação das seguintes conclusões:

1º- A Lei da Concorrência define como empresa a "entidade que exerce uma actividade económica que consista na oferta de bens e serviços num determinado mercado" pelo que a Ordem dos Veterinários nunca poderia ser enquadrada naquele conceito.

2º - A sentença recorrida, considerando os veterinários individuais como empresas, e tendo em conta o facto de a Ordem ser uma associação representativa dos mesmos, equiparou-a a uma associação de empresas, tendo entendido que as deliberações da assembleia-geral que aprovou o Código Deontológico e a do Conselho Directivo que aprovou as tabelas da SANICOB configuravam uma decisão de uma associação de empresas.

3º - Face este enquadramento o nº2 do art.43º da Lei da Concorrência determina que, no caso de associações de empresas, a coima não excederá 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado no comportamento proibido.

4º - Diversamente, a legislação anterior [decreto Lei 371/93, de 29 de Outubro], no nº2 do seu art. 37º] limitava-se a prever uma coima cujo montante oscilava entre Esc.100.000\$00 e Esc.200.000.000\$00.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5º - No caso das associações de empresas, houve, pois, uma patente preocupação da nova Lei em estabelecer uma relação directa entre a medida da pena e o número de infractores e respectivo "volume de vendas".

6º - No entanto a sentença recorrida entendeu que os associados só intervieram na assembleia da Recorrente porque uma pessoa colectiva não tem expressão própria ou vontade autónoma, tendo tal intervenção sido feita na qualidade específica de membros da assembleia-geral ou do conselho directivo, vinculando a Recorrente, que, por essa via, é a única que participou na conduta.

7º - Neste pressuposto entendeu que o volume de negócios a atender para a fixação da medida abstracta da pena é o do volume de negócios da Recorrente no ano de 2003.

8º - Esta argumentação é válida para qualquer associação de empresas ou entidade colectiva já que as deliberações são sempre tomadas pelos associados de modo a "suprir" a falta de vontade autónoma da associação, sendo sempre esta quem pratica a conduta sob o ponto de vista jurídico.

9º - Não obstante, apesar de ser este o processo que se verifica no processo de formação da vontade de todas as pessoas colectivas, a verdade é que legislador entendeu estabelecer como limite máximo da coima 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado no comportamento proibido.

10º - Se o legislador quisesse perfilar o entendimento da sentença teria simplesmente dito que a coima tinha como limite um valor equivalente a 10% do volume de negócios da associação de empresas, ou teria mantido a redacção da anterior da Lei, que se limitava a estabelecer os limites mínimos e máximos da coima.

11º - Ao proceder deste modo, isto é, ao reconduzir a fórmula "volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado no comportamento proibido" a "volume de negócios da associação" a sentença recorrida violou o disposto no nº2 do art.12º do Código Civil que estipula que não pode ser considerado o pensamento legislativo "que não tenha um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso".

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

12º - Aliás, a sentença equipara a Ordem dos Médicos Veterinários a uma Associação de Empresas para efeitos de a submeter à Lei da Concorrência, mas, ao mesmo tempo, considera que a coima a aplicar não é aquela que esse mesmo diploma legal prevê para as decisões de associações de empresas, antes a tratando como se de uma empresa se tratasse.

13º - Para que pudesse ser aplicada uma pena à Recorrente necessário seria que se soubesse o limite máximo legalmente previsto, e, para tal, seria igualmente necessário apurar o número de veterinários intervenientes nas deliberações bem como o respectivo volume de negócios, o que não aconteceu.

14º - Mesmo que o entendimento da sentença recorrida fosse válido - e não é - a medida da pena sempre seria excessiva.

15º - Basta atentarmos no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa junto aos autos para verificarmos que, no processo instaurado à Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, em que estão em causa factos essencialmente idênticos aos dos presentes autos, foi aplicada uma sanção de € 24.939,89 quando estava em causa um volume de negócios € 1.130.980,38 (no caso dos veterinários € 410.248,80), quando a fixação de honorários mínimos foi aprovada em referendo em que participaram 19.800 associados num universo de 37.286 (no caso dos veterinários 27 em mais de 3000, no caso do Código deontológico, e 7 no caso da tabela da SÁNICOBÉ), quando os honorários mínimos foram aplicados pelo menos por 10 dos TOCS (no caso dos veterinários não ficou apurada qualquer aplicação concreta) e quando a pena máxima era de € 997.595,79 (na hipótese em apreço € 41.024,88, ou seja 20 vezes menos).

16º - Independentemente deste aspecto, com valor "indicativo", a verdade, resulta da factualidade apurada que não houve qualquer benefício para a Recorrente ou para os seus associados, que não houve lugar à aplicação prática de quaisquer tabelas de honorários mínimos, e que não foram emitidas pela Autoridade da Concorrência quaisquer recomendações ou directivas genéricas a este propósito.

Ao decidir em desconformidade com as conclusões acima enunciadas a sentença recorrida violou o disposto no art.12º do Código Civil e no nº2 do art. 43º da Lei da Concorrência, pelo que deve ser revogada, ou, assim não se entendendo, deve a coima aplicada ser reduzida para o valor de € 500.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Admitidos os recursos a arguida Ordem dos Médicos Veterinários respondeu ao recurso interposto pela Autoridade da Concorrência, pugnado pela sua improcedência.

Ao recurso interposto pela Autoridade da Concorrência respondeu o Ministério Público, pugnando no sentido de lhe ser negado provimento e mantida a sentença impugnada.

Nesta Instância a Exm^a Procuradora-Geral Adjunta apôs o seu visto.

Colhidos os vistos teve lugar a audiência.

Cumpre decidir.

FUNDAMENTAÇÃO.

Na sentença recorrida foram dados como provados os seguintes factos:

2.1. Matéria de facto provada.

2.1.1. A Ordem dos Médicos Veterinários é uma associação pública, independente dos órgãos do Estado, livre e autónoma no âmbito das suas atribuições, que representa os licenciados em medicina veterinária ou equiparados legais que exercem actividades veterinárias, nos termos do seu estatuto e demais disposições legais aplicáveis.

2.1.2. O Estatuto da Ordem dos Médicos Veterinários foi aprovado pelo Decreto Lei nº386/91 de 04/10, publicado no DR, 1^a série de 04/10/91.

2.1.3. O objectivo essencial da Ordem dos Médicos Veterinários é a defesa do exercício da profissão veterinária, contribuindo para a sua melhoria e progresso nos domínios científico, técnico e profissional, apoio aos interesses profissionais dos seus membros e salvaguarda dos princípios deontológicos que se impõem em toda a actividade veterinária.

2.1.4. Nos termos dos seus estatutos a Ordem dos Médicos Veterinários tem, entre outras, as seguintes atribuições:

- intervir na defesa da saúde pública através da salvaguarda e promoção da saúde animal e da higiene alimentar;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- zelar pela função social, dignidade e prestígio da profissão de médico veterinário e promover o respeito pelos princípios deontológicos;
- representar os médicos veterinários perante quaisquer entidades públicas ou privadas;
- emitir a cédula profissional de médico veterinário;
- exercer a jurisdição disciplinar em relação aos médicos veterinários por actos de natureza médico-veterinária, praticados no exercício da profissão nos termos do estatuto.

2.1.5. Só os médicos veterinários com inscrição em vigor na Ordem dos Médicos Veterinários podem exercer, no território nacional, a título profissional, a actividade médica veterinária.

2.1.6. Os portugueses e os nacionais de Estados membros das Comunidades Europeias que legalmente exerçam actividade nesses Estados, podem prestar em Portugal serviços médico-veterinários individualizados, considerando-se os médicos veterinários em causa, independentemente de qualquer formalismo, inscritos na Ordem para efeitos de deontologia e de responsabilidade disciplinar.

2.1.7. Nos termos do art. 10º dos Estatutos, podem inscrever-se na Ordem como membros efectivos os portugueses ou estrangeiros que residam em Portugal, licenciados em Medicina Veterinária por escolas ou universidades portuguesas autorizadas a conceder licenciaturas, e ainda os portugueses e nacionais de Estados membros das Comunidades Europeias habilitados com cursos ministrados em universidades daqueles Estados equiparados ou reconhecidos nos termos da legislação aplicável, podendo também ser admitidos como membros efectivos os nacionais de Estados membros das Comunidades Europeias, que, embora habilitados com cursos ministrados em universidades desses Estados, não equiparados ou reconhecidos, reúnam os requisitos previstos na lei para o acesso à actividade veterinária em Portugal e com cursos que sejam considerados equivalentes.

2.1.8. Em Janeiro de 2005, o número de membros da Ordem dos Médicos Veterinários com inscrição em vigor era de 3 584, dos quais eram 118 estrangeiros, sendo, destes, 92 oriundos de nove estados da União Europeia.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2.1.9. A Ordem dos Médicos Veterinários apresentou, no exercício de 2003, um total de proveitos de € 452 868,80, sendo o total de vendas e prestações de serviços de € 410 248,80, e um total de custos e perdas de € 432 052,21.

2.1.10. A Ordem dos Médicos Veterinários apresentou, no exercício de 2004, um total de proveitos de € 549 132,93, sendo o total de vendas e prestação de serviços de € 526 453,84, e um total de custos e perdas de € 495 022,45.

2.1.11. Nos termos do art. 17º dos Estatutos da OMV, são deveres, em geral, dos médicos veterinários:

“1. É dever dos médicos veterinários, em geral, exercer a sua actividade com os adequados conhecimentos científicos e técnicos, o respeito pela vida animal, a prossecução da sanidade animal e a colaboração na defesa da saúde pública, de acordo com as normas legais, éticas e deontológicas a ela aplicáveis.

2. O médico veterinário está sujeito, em especial, a deveres e obrigações para com a comunidade, a Ordem, os utentes dos serviços e para com os outros médicos veterinários.

3. A deontologia profissional dos veterinários será objecto do código deontológico veterinário, que desenvolverá os princípios constantes dos artigos seguintes.

4. A aprovação do Código Deontológico veterinário compete à assembleia geral sob proposta do conselho profissional e deontológico.”

2.1.12. Nos termos do art. 22º dos Estatutos da OMV podem ser eleitos para os órgãos da Ordem os médicos veterinários com inscrição em vigor e sem punição de carácter disciplinar mais grave que a advertência (nº1).

2.1.13. A assembleia geral, nos termos do art. 36º dos Estatutos da OMV, é constituída por todos os médicos veterinários com inscrição em vigor na Ordem.

2.1.14. O conselho profissional e deontológico, nos termos do art. 43º dos Estatutos, constitui o órgão jurisdicional da Ordem, sendo composto por sete membros eleitos por método de representação proporcional ao número de votos obtidos pelas listas candidatas.

2.1.15. Nos termos do art. 65º do Estatuto, “Os médicos veterinários estão sujeitos à jurisdição disciplinar dos órgãos da Ordem, nos termos previstos no presente Estatuto e nos respectivos regulamentos.”

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2.1.16. O Código Deontológico foi aprovado pela Assembleia Geral da Ordem realizada em 3 de Dezembro de 1994 e alterado em Assembleia Geral da Ordem realizada em 6 de Dezembro de 1997.

2.1.17. Estabelece o art. 64º do Código Deontológico que:

“1. Os médicos veterinários enquanto no exercício da sua actividade profissional na função pública ou por conta de outrem, estão vinculados aos deveres e direitos consignados neste Código.

2. Os diplomas reguladores do exercício da actividade profissional dos médicos veterinários não poderão contrariar os princípios e normas do presente código.

(...)"

2.1.17. Nos termos do disposto no art. 84º do Código Deontológico, “Compete à ordem dos Médicos Veterinários, fazer cumprir a observância das normas e princípios consignados no presente Código.”

2.1.18. Nos termos do disposto no art. 85º nº 1 do Código Deontológico “O reconhecimento da responsabilidade disciplinar dos médicos veterinários emergente de infracções ao Código Deontológico é da competência exclusiva da Ordem dos Médicos Veterinários.”

2.1.19. Estabelece o art.28º do Código Deontológico:

“1. O desvio ou a tentativa de desvio de clientela é interdito a todos os Médicos Veterinários devendo estes abster-se da prática de qualquer acto de concorrência desleal com prejuízo para os colegas.

2. Constituem atitudes reprováveis, nos termos do número anterior, as seguintes:

a) Estabelecimento de honorários ou avenças inferiores ao que é uso na região, ou recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários;

(...)"

2.1.20. O art.44º do Código Deontológico dispõe:

“Os honorários do Médico Veterinário devem ser determinados com moderação, tendo em conta:

a) A regulamentação em vigor;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- b) Tabelas praticadas na região, nomeadamente as recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários;
- c) Proporcionalidade ao tempo, natureza e grau de dificuldade do serviço prestado, bem como à distância da deslocação;
- d) Congruência com a qualificação científica e especialização do médico veterinário.”

2.1.21. Por sua vez, estabelece o art.45º do Código Deontológico:

“1. A prestação de serviços gratuitos ou a cobrança de honorários manifestamente inferiores aos previstos pelas tabelas, usos ou regras aplicáveis, constitui presunção de concorrência desleal.

2. Exceptuam-se do número anterior os casos em que tal se justifique face à notória incapacidade financeira do utente, à existência de laços íntimos de amizade ou de parentesco com o utente, ou ao facto de o utente ser colega.”

2.1.22. O Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários recomendou tabelas de honorários mínimos indicativos nos anos de 2000, 1998, 1995, 1994 e 1993, constantes do teor de fls. 91 a 123 dos autos que aqui se dá por integralmente reproduzido.

2.1.23. O Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários recomendou, nas suas zonas sindicais as tabelas de honorários mínimos para os anos de 1991, 1995, 1996, 2000 e 2002 a 2004 constantes do teor de fls. 61 a 90 dos autos que aqui se dá por integralmente reproduzido.

2.1.24. A Ordem dos Médicos Veterinários enviou aos veterinários da zona da Cova da Beira a circular de fls. 165 a 166 dos autos, datada de 07/05/04, da qual consta:

“Honorários nas OPP’s – Cova da Beira

Colega,

Com a publicação da Portaria 356/2004 de 5 de Abril, que produziu uma alteração relevante à legislação que se encontrava em vigor em 2003 (portaria 122/2003 de 5 de Fevereiro), foi reconhecido ao criador a escolha do seu médico veterinário.

Assim e na sequência desta alteração, foi solicitado pela Ordem esclarecimento junto da Direcção Geral de Veterinária sobre os efeitos que embora

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

parecerem óbvios, levantavam dúvidas na sua interpretação, porventura e em virtude de algumas direcções das OPP's entenderem que tal situação fazia recair sobre os criadores os encargos originados pela sua escolha.

Aquela Direcção-Geral tornou público através de circular remetida às Direcções Regionais e às Uniões das OPP's, datada de 4 de Maio e que anexamos, que tal escolha não comportava qualquer ónus adicional para o criador.

Por outro lado e no sentido de criar uma regra que eticamente defina os termos em que o serviço do médico veterinário deva ser remunerado, tendo em conta, por um lado a intervenção do clínico, a natureza e responsabilidade técnica do acto e as condicionantes orçamentais que existem no corrente ano, foram definidos como valores de honorários de referência, para a Cova da Beira, os seguintes montantes:

Desparasitação e vacinação (Pequenos Ruminantes)	0,30 Euros
Uma intervenção isolada (desparasitação e vacinação)	0,20 Euros
Colheita de sangue	
Pequenos Ruminantes	0,30 Euros
Bovinos	3,00 Euros
Tuberculinização com leitura	5,00 Euros
Tuberculinização com leitura e colheita de sangue	5,00 Euros

Recorda-se que a presente tabela de honorários, vigorará para o corrente ano e não envolve os médicos veterinários que integram as designadas brigadas fixas, que serão objecto de definição em termos contratuais específicos, em breve.

Nesta perspectiva e nos termos do Código Deontológico, constitui infracção disciplinar o não cumprimento destas tabelas que passam a vigorar na região da Cova da Beira."

2.1.25. Nos termos do art. 69º do Código Deontológico "O médico veterinário ao serviço de uma entidade pública ou privada, só poderá efectuar visitas, ou intervenções gratuitas no âmbito de campanhas oficiais de sanidade animal ou de prevenção da saúde pública."

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2.1.26. Finalmente prescreve o art.86º do Código Deontológico:

"1. A infracção dos deveres constantes do presente Código constitui o infractor em responsabilidade disciplinar.

2. O exercício da jurisdição disciplinar da Ordem dos Médicos Veterinários, as informações, procedimentos, e as sanções disciplinares, bem como os respectivos efeitos, regem-se pelo disposto no Capítulo VI do Estatuto da ordem dos Médicos Veterinários."

2.1.27. Nos termos do disposto no art. 66º dos Estatutos da Ordem dos Médicos Veterinários "Comete infracção disciplinar o médico veterinário que, por acção ou omissão, violar dolosa ou negligentemente algum dos deveres fixados neste Estatuto, nos seus regulamentos, no código deontológico ou nas demais disposições aplicáveis."

2.1.28. Nos termos do art. 72º do Estatuto, as penas disciplinares aplicáveis são a advertência, a censura, multa até três vezes o salário mínimo nacional, multa até três vezes o salário mínimo nacional e suspensão até seis meses, multa até cinco vezes o salário mínimo nacional e suspensão até dois anos, em caso de infracção disciplinar que afecte gravemente a dignidade e o prestígio profissional e multa até dez vezes o salário mínimo nacional e suspensão até dez anos, também apenas em caso de infracção disciplinar que afecte gravemente a dignidade e o prestígio profissional.

2.1.29. Consta do relatório de actividades de 2003 da Ordem dos Médicos publicado na Revista da Ordem dos Médicos Veterinários nº 34, na parte respeitante ao Conselho Profissional e Deontológico:

"O Conselho Profissional e Deontológico é um dos órgãos cuja actividade tem, como finalidade, o desempenho de uma das atribuições que está estatutariamente outorgada à Ordem dos Médicos Veterinários.

Do desenvolvimento da actividade do Conselho Profissional e Deontológico em 2003, ressalta, e para além dos processos de âmbito disciplinar, um numeroso conjunto de pareceres, que correspondem a solicitações, cada vez mais numerosas, por parte dos colegas.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O Conselho Profissional e Deontológico teve a necessária preocupação de exercer uma atitude proactiva junto da profissão, no sentido de alertar e prevenir situações que, claramente e a serem concretizadas, seriam do âmbito disciplinar.

Foi critério do Conselho, no âmbito das suas competências, velar pelo cumprimento das normas e regras em geral, nomeadamente as previstas no Regulamento dos Centros de Atendimento Médico Veterinário, que é um dos elementos importantes que possibilita, designadamente, a acreditação pela Ordem dos Médicos Veterinários dos locais em que se desenvolve a actividade clínica dos animais de companhia, bem como do respectivo Director Clínico.

A publicidade, cujas regras são explícitas em sede de Estatutos da Ordem dos Médicos Veterinários e do Código Deontológico do Médico Veterinário, foi motivo de grande preocupação do Conselho Profissional e Deontológico.

Com efeito, quer a limitação no sentido de angariação de clientes, que os honorários impõe, através de tabelas reconhecidas de preços mínimos, quer a forma como é exigido o exercício da actividade, quer ainda as regras éticas a que estão obrigados, transformam o prestador de serviços que é o médico veterinário, no profissional liberal no sentido legal e restrito da designação.”

2.1.30. Na Revista da Ordem dos Médicos Veterinários nº 30, de Out/Nov/Dez 2002 foi publicada uma decisão do Conselho Profissional e Deontológico da ordem dos Médicos Veterinários, no âmbito de processo disciplinar instaurado a uma associada por violação do disposto nos arts.18º nº1, al.j) do Estatuto da Ordem dos Médicos Veterinários, 16º nº1, 28º, nº2, al.a) e 45º nº1 do Código Deontológico Médico Veterinário, no qual a mesma foi absolvida por não prova da acusação.

2.1.31. Na Revista da Ordem dos Médicos Veterinários nº 30, de Out/Nov/Dez 2002 foi publicada uma decisão do Conselho Profissional e Deontológico da ordem dos Médicos Veterinários, no âmbito de processo disciplinar instaurado a um associado por violação do disposto nos arts.18º nº1, al.j) do Estatuto da Ordem dos Médicos Veterinários, 16º nº1 e 28º, nº1, do Código Deontológico Médico Veterinário, no qual o mesmo foi condenado numa pena de multa de montante igual a um salário mínimo nacional, não tendo porém, ficado demonstrada “...nenhuma das situações passíveis de consubstanciarem actos de concorrência

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

desleal elencadas a título exemplificativo no nº2 do art. 28º do Código Deontológico, em particular o disposto na alínea a) que se estabelece ao estabelecimento de honorários ou avenças inferiores ao que é uso na região, ou recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários, por não ter ficado provado o valor apurado em resultado do desconto".

2.1.32. Na Revista da Ordem dos Médicos Veterinários nº 30, de Out/Nov/Dez 2002 foi publicada uma decisão do Conselho Profissional e Deontológico da ordem dos Médicos Veterinários, no âmbito de processo disciplinar instaurado a um associado por violação do disposto nos arts. 18º nº1, al.j) do Estatuto da Ordem dos Médicos Veterinários, 16º e 28º, nº1, do Código Deontológico Médico Veterinário, no qual o mesmo foi condenado numa pena de advertência, constando da mesma "O comportamento do arguido viola ainda as normas deontológicas relativas à proibição de concorrência. O nº2 do art. 28º elenca, a título exemplificativo, situações passíveis de consubstanciarem actos de concorrência desleal, relevando, para o processo em análise a alínea a) do preceito que se refere ao "estabelecimento de honorários ou avenças inferiores ao que é uso na região, ou recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários" como acto de concorrência desleal. Esta proibição é reforçada pelo disposto na alínea b) do art. 44º, e o nº1 do art. 45º do Código Deontológico Médico Veterinário. Sendo certo que a oferta de um desconto sobre o preço de tabela – a qual deverá respeitar a tabela de honorários em vigor na região – por potenciar, com fundamento nos preços praticados, o desvio de clientela com os inerentes prejuízos para outros médicos-veterinários, se traduzirá quase sempre em situações de concorrência desleal, a verdade, porém, é que, no presente processo não ficou provado o valor apurado em resultado do desconto, pelo que não se pode ter demonstrada a violação da alínea a) do nº2 do art. 28º nem no nº1 do art. 45º, ambos do Código Deontológico Médico Veterinário.".

2.1.33. Na Revista da Ordem dos Médicos Veterinários nº 31, de Jan/Fev/Mar 2003 foi publicada uma decisão do Conselho Profissional e Deontológico da ordem dos Médicos Veterinários, no âmbito de processo disciplinar instaurado a um associado por violação do disposto nos arts. 18º nº1, al.j) do Estatuto da Ordem dos Médicos Veterinários, 16º e 28º, nº1, do Código Deontológico

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Médico Veterinário, no qual o mesmo foi condenado numa pena de advertência, constando da mesma "O comportamento do arguido viola ainda as normas deontológicas relativas à proibição de concorrência. O nº2 do art. 28º elenca, a título exemplificativo, situações passíveis de consubstanciarem actos de concorrência desleal, relevando, para o processo em análise a alínea a) do preceito que se refere ao "estabelecimento de honorários ou avenças inferiores ao que é uso na região, ou recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários" como acto de concorrência desleal. Esta proibição é reforçada pelo disposto na alínea b) do art. 44º, e o nº1 do art. 45º do Código Deontológico Médico Veterinário. Sendo certo que a oferta de um desconto sobre o preço de tabela – a qual deverá respeitar a tabela de honorários em vigor na região – por potenciar, com fundamento nos preços praticados, o desvio de clientela com os inerentes prejuízos para outros médicos-veterinários, se traduzirá quase sempre em situações de concorrência desleal, a verdade, porém, é que, no presente processo não ficou provado o valor apurado em resultado do desconto, pelo que não se pode ter demonstrada a violação da alínea a) do nº2 do art. 28º nem no nº1 do art. 45º, ambos do Código Deontológico Médico Veterinário.".

2.1.34. Na Revista da Ordem dos Médicos Veterinários nº 31, de Jan/Fev/Mar 2003 foi publicada uma decisão do Conselho Profissional e Deontológico da ordem dos Médicos Veterinários, no âmbito de processo disciplinar instaurado a um associado por violação do disposto nos arts. 18º nº1, al.j) do Estatuto da Ordem dos Médicos Veterinários, 16º e 28º, nº1, do Código Deontológico Médico Veterinário, no qual o mesmo foi condenado numa pena de um salário mínimo nacional, constando da mesma "O comportamento do arguido viola ainda as normas deontológicas relativas à proibição de concorrência desleal. Se bem que o arguido, ao carrear para o processo a tabela de honorários praticado na sua clínica tenha conseguido demonstrar que mesmo com o desconto os honorários estariam acima da tabela aconselhada pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários, conseguindo assim afastar a eventual infracção do disposto na alínea a) do nº2 do art. 28º do Código Deontológico, na alínea b) do art. 44º, o nº1 do art. 45º do Código Deontológico Médico Veterinário que tipificam como situações passíveis de consubstanciarem actos de concorrência desleal, o estabelecimento de honorários ou

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

avenças inferiores ao que é uso na região, ou recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários, não conseguiu ainda assim afastar a violação do princípio geral de não concorrência previsto no nº1 do art. 28º do Código Deontológico Médico Veterinário (...)".

2.1.35. Na Revista da Ordem dos Médicos Veterinários nº 31, de Jan/Fev/Mar 2003 foi publicada uma decisão do Conselho Profissional e Deontológico da ordem dos Médicos Veterinários, no âmbito de processo disciplinar instaurado a um associado por violação do disposto nos arts.18º nº1, al.j) do Estatuto da Ordem dos Médicos Veterinários, 16º e 28º, nº1, do Código Deontológico Médico Veterinário e art. 3º nº1 e nº2 e art. 4º nº1 do regulamento de Exercício de Clínica Médico Veterinária dos Animais de Companhia em Centros de Atendimento Médico-Veterinários, no qual o mesmo foi condenado numa pena de dois salários mínimos nacionais em vigor no ano de 2002, constando da mesma "O comportamento do arguido viola ainda as normas deontológicas relativas à proibição de concorrência. Não tendo ficado provado o valor que resultaria da prática do desconto acordado pelo Protocolo, não se pode ter provada violação da alínea a) do nº2 do art. 28º do Código Deontológico que elenca, a título exemplificativo, como situação passível de consubstanciar acto de concorrência desleal, o "estabelecimento de honorários ou avenças inferiores ao que é uso na região, ou recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários."

2.1.36. Na Revista da Ordem dos Médicos Veterinários nº 31, de Jan/Fev/Mar 2003 foi publicada uma decisão do Conselho Profissional e Deontológico da ordem dos Médicos Veterinários, no âmbito de processo disciplinar instaurado a um associado por violação do disposto nos arts.18º nº1, al.j) do Estatuto da Ordem dos Médicos Veterinários, 16º e 28º, nº1, do Código Deontológico Médico Veterinário, no qual o mesmo foi condenado numa pena de um salário mínimo nacional em vigor no ano de 2002, constando da mesma "O comportamento do arguido viola ainda as normas deontológicas relativas à proibição de concorrência. Se não ficou provado o preenchimento de qualquer uma das situações passíveis de consubstanciarem actos de concorrência desleal elencadas, a título exemplificativo, no nº2 do art. 28º do Código Deontológico, a verdade é que o comportamento do arguido violou, ainda assim, o princípio geral que proíbe a

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

concorrência desleal previsto no nº1 do art. 28º do Código Deontológico Médico Veterinário (...).”

2.1.37. No ano de 2003 o rendimento declarado para efeitos fiscais como resultante da actividade, a título independente, de médico veterinário por 1303 sujeitos passivos de IRS foi de € 15 112 000,00 e o rendimento declarado para efeitos fiscais como resultante de actividades veterinárias por 25 sujeitos passivos de IRC abrangidos pelo regime de transparência fiscal foi de € 75 000,00.

2.1.38. A Comissão Europeia publicou, em Fevereiro de 2004 um Relatório sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais, com o teor constante de fls. 445 a 466 dos autos (excepto as notas do mesmo, que aí não constam), que aqui se dá por reproduzido.

2.1.39. A Autoridade da Concorrência não alertou a arguida para o referido relatório nem o divulgou junto dela.

2.1.40. A tabela referida em 2.1.24. foi aprovada pelo Conselho Directivo da Ordem dos Médicos Veterinários em reunião de 27/04/04, tendo estado presentes sete membros daquele órgão.

2.1.41. A tabela referida em 2.1.24. não chegou a ser aplicada.

2.1.42. A não satisfação de pedidos de informação solicitados pela AdC à arguida no âmbito do presente processo foi sancionada com coima em processo autónomo, tendo a arguida impugnado judicialmente a decisão, que foi confirmada, por sentença proferida no Proc.nº769/05.6TYLSB deste tribunal e juízo, ainda não transitada em julgado.

2.1.43. A arguida quis aprovar e manter em vigor o Código Deontológico Médico Veterinário.

2.1.44. Visando, com a sua conduta, e em especial ao prever como exemplo típico de concorrência desleal o estabelecimento pelos seus membros de honorários ou avenças inferiores ao que é uso na região, ou recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários, evitar práticas de desvio de clientela entre os seus membros.

2.1.45. E representando como possível que tal pudesses provocar restrições na concorrência e conformando-se com essa consequência.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2.1.46. Bem sabendo serem as práticas restritivas da concorrência punidas por lei.

2.1.47. Não são conhecidos antecedentes contra-ordenacionais à arguida.

2.2. Máteria de facto não provada

Com relevância para a decisão da causa não se provaram os seguintes factos:

2.2.1. Que o Código deontológico tenha sido aprovado em assembleia geral da Ordem realizada em 6 de Dezembro de 1996.

2.2.2. Que, para os efeitos previstos no art. 44º do Código Deontológico não exista qualquer regulamentação em vigor.

2.2.3. Que, para os efeitos previstos no art. 44º do Código Deontológico não existam tabelas regionais.

2.2.4. Que o Código Deontológico tenha sido aprovado por número de veterinários que não excede 5% do total.

O tribunal recorrido fundamentou a formação da sua convicção da seguinte forma:

2.3. Motivação da decisão de facto

A convicção do tribunal relativamente à matéria de facto dada como provada, fundou-se na análise crítica do teor dos documentos juntos aos autos e prova por declarações prestadas pelas testemunhas em sede de audiência de julgamento, nomeadamente.

Quanto aos factos constantes de 2.1.1. a 2.1.7., 2.1.11. a 2.1.15. e 2.1.27. a 2.1.28., a convicção do tribunal assentou nas disposições do Estatuto da Ordem dos Médicos Veterinários, anexo I aos autos entre fls. 43 e 44. Valoraram-se, quanto ao facto constante de 2.1.16., as actas constantes de fls. 431 a 441 dos autos, as respectivas datas e ordens de trabalhos.

O facto constante de 2.1.8. baseou-se na informação desse teor prestada pela OMV a fls. 146 dos autos.

Os factos constantes em 2.1.9. e 2.1.10. foram dados como provados com base nos documentos de fls. 174 a 193 (declaração mod. 22 e contas do exercício de 2003) e de fls. 376 a 430 (revistas da OMV das quais constam as contas dos exercícios de 2003 e 2004).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Relativamente aos factos constantes de 2.1.16. a 2.1.21. e 2.1.25. e 2.1.26., a convicção do tribunal assentou nas disposições do Código Deontológico Médico-Veterinário, anexo II aos autos entre fls. 43 e 44.

Os factos constantes de 2.1.22. e 2.1.23. foram tidos como provados face ao teor dos documentos de fls. 61 a 123 dos autos (conjugado com o teor de fls. 49 e 50, em especial o ponto 6).

O facto constante em 2.1.24. foi dado como provado com base no documento de fls. 165 e 166 e no depoimento das testemunhas Guilhermino Carvalho, ao tempo Presidente da Direcção da Sanicobe (Associação de Defesa Sanitária da Cova da Beira), que declarou ter a comunicação em causa sido enviada a todos os veterinários, incluindo os que para si prestavam serviços e os das brigadas fixas e municipais, facto confirmado por Hugo Brancal, médico veterinário, delegado distrital da OMV para a área de Castelo Branco desde 2003, e profissional liberal que declarou tê-la recebido, tal como a testemunha António Campos, veterinário, exercendo como profissional liberal (e municipal para a CM Belmonte).

Quanto ao facto dado como provado sob 2.1.29. a convicção do tribunal assentou no teor de fls. 402 a 430 (em especial fls. 409).

Os factos constantes de 2.1.30. a 2.1.36. resultam do teor de fls. 207 a 220 dos autos.

O facto referido em 2.1.37. foi dado como provado com fundamento na informação da DGI de fls. 141 dos autos.

O teor de 2.1.38. resulta do documento ali proferido, cuja correspondência foi verificada.

O facto constante de 2.1.39. foi confirmado pela testemunha Mariana Tavares, jurista da AdC.

O facto referido em 2.1.40. resulta do teor da acta junta a fls. 442 a 444 dos autos, em especial a passagem inicial de fls. 444, a qual conjugada com a denúncia de fls. 5 e ss. dos autos e os depoimentos das testemunhas Guilhermino Carvalho, Lourenço Proença, respectivamente ex-presidente e presidente da Sanicobe, Hugo Brancal e António Campos, ambos veterinários da região, todos tendo prestado esclarecimentos quanto à situação e génesis das circunstâncias de surgimento da

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

referida tabela, permitiu a conclusão de que a tabela aprovada naquela reunião é a referida em 2.1.24.

As mesmas testemunhas, Guilhermino Carvalho, Lourenço Proença, Hugo Brancal e António Campos, confirmaram a não aplicação da mesma tabela - facto 2.1.41.

Quanto ao facto referido em 2.1.42., ele é do conhecimento deste tribunal em virtude das funções que exerce, por ter sido neste mesmo juízo processado, julgado e decidido o processo referido.

A matéria constante de 2.1.43. a 2.1.46. resultou do globo da prova produzida, tendo sido especialmente ponderados: a redacção dos preceitos citados ao longo da decisão, o relatório de actividade de 2003 referido em 2.1.29. e o texto das decisões referidas em 2.1.30. a 2.1.36. Destes se extrai que a preocupação da arguida, quer na aprovação dos preceitos, quer na aplicação que deles fez, foi sempre a de evitar a concorrência desleal estrita entre os seus membros, nomeada e exclusivamente o desvio de clientela através da prática de preços abaixo dos previstos nas tabelas, e não directamente entorpecer a concorrência.

O tribunal manteve presente a distinção, normativa, aliás, entre concorrência e concorrência desleal, bem como a diversidade de bens jurídicos protegidos: a previsão e punição da concorrência desleal protege o património (comercial) de um determinado comerciante face às atitudes lesivas de outro comerciante e, directamente os concorrentes, enquanto que as normas que punem as práticas restritivas da concorrência protegem o livre funcionamento do mercado e, apenas mediataamente os consumidores e os concorrentes.

Ponderou-se ainda que a concorrência é um conceito simultaneamente normativo e de facto, susceptível de ser utilizado em vários sentidos, nomeadamente nos dois referidos supra, mas regra geral reconduzido, pelo público não especializado (no qual sem qualquer assombro podemos incluir a Ordem dos Médicos Veterinários) à concorrência desleal.

Com estes considerandos em mente analisaram-se os elementos já referidos e concluiu-se que, efectivamente era a estrita concorrência desleal que a Ordem queria prevenir e procurou punir (embora sem sucesso nas decisões referidas, por falta de prova).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Finalmente, e porque concorrência é, como dissemos um conceito simultaneamente normativo e de facto e, na sua acepção fáctica pura, desrido de qualquer consideração ética ou normativa tem um significado imediato e perceptível por todos, o tribunal não pode deixar de concluir que a Ordem representou como possível a existência de restrições na concorrência, embora configurando o fenómeno de forma limitada e se conformou com esse facto.

O erro na indicação de vários números de artigos do Código Deontológico e dos Estatutos da OMV verificado na decisão da AdC e no próprio recurso de impugnação da arguida, face às versões dos Estatutos e Código juntos aos autos foi considerado erro de escrita relevando do próprio contexto, já que os preceitos foram transcritos e o seu teor se encontrava correcto, tendo assim sido corrigido nos termos do disposto no art. 249º do Código Civil.

Quanto à matéria de facto dada como não provada, a convicção do tribunal fundou-se na prova produzida em sentido contrário quanto a um dos factos e total ausência de qualquer elemento de prova produzido quanto à demais.

O facto dado como não provado sob 2.2.1. foi-no com base no teor das actas de fls. 431 a 441 dos autos, nomeadamente da primeira constando claramente ter o Código Deontológico sido aprovado em assembleia-geral da Ordem de 03/12/94 e não em 06/12/96, e ter sido alterado em 06/12/97.

Nomeadamente não foi produzida qualquer prova quanto aos factos referidos em 2.2.2. e 2.2.3., não bastando, quanto ao segundo, as declarações da testemunha Hugo Brancal de que nunca viu ou aplicou qualquer tabela (senão a tabela “Sanicobe”) para contrariar nomeadamente a prova produzida quanto à existência de tabelas do Sindicato.

Quanto ao facto referido em 2.2.4., a arguida juntou para sua prova, duas actas acompanhadas das respectivas listas de presenças, uma datada de 3/12/94 e outra de 06/12/97. Sucede que em ambas, embora junta a lista de presenças, não se sabendo qual o nº de associados em cada uma das datas, tal não prova qual a percentagem de membros presentes.

O facto foi, assim, dado por não provado por total ausência de prova.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O tribunal “a quo” procedeu à subsunção legal da factualidade supra descrita da seguinte, à determinação da medida da coima e aplicação das sanções acessórias do seguinte modo:

2.4. Enquadramento jurídico

Sendo estes os factos apurados com relevo para a decisão do presente recurso, há que proceder ora ao seu enquadramento jurídico.

À arguida vem imputada a prática, de uma contra-ordenação prevista e punida pelos arts.4º nº1 da Lei nº 18/03 de 11/06, 81º nº1 do Tratado CE e 43º nº1, al. a) da referida Lei nº 18/03, sinteticamente por ter aprovado e mantido em vigor desde Dezembro de 1996 o Código Deontológico contendo este, nos seus arts.28º, 43º e 44º, regras que obrigam os seus membros à prática de honorários mínimos, o que, para a AdC, constitui uma limitação à concorrência entre os seus membros, afectando o mercado nacional e o comércio entre os Estados membros.

A defesa da concorrência, nas palavras de Alberto Xavier (in Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, nº 136, pg. 87) é, conjuntamente com a propriedade privada e a livre iniciativa, uma das instituições em que assenta o sistema de livre economia de mercado, seu pressuposto e condição de funcionamento. Daí a sua consagração ao nível de Lei Fundamental, quer na Constituição da República Portuguesa [arts.80º a) e 81º e)] quer no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (arts.3º nº1, al.g) e 4º, nº1), que encara a concorrência como um instrumento da própria construção europeia.

O direito de defesa da concorrência tem como função a preservação das estruturas concorrenenciais do mercado contra o comportamento dos agentes económicos nesse mesmo mercado – José Mariano Pego in A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência, pg. 11). Surge como uma garantia de igualdade de oportunidades que a todo o homem assiste e de um sistema equilibrado de desconcentração de poderes, em que os particulares não possam, indevidamente, constranger, e o Estado permaneça imune ao domínio e influência de grupos de particulares – loc. e autor citados, pag.12.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Arranca do próprio texto constitucional, resultando a necessidade de defesa da concorrência da protecção de um dos direitos fundamentais económicos, previsto no art. 61º nº1 da Constituição da República Portuguesa¹.

A defesa da concorrência surge consagrada em Portugal através do necessário instrumento legislativo logo após a adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia, com a publicação e entrada em vigor do Decreto Lei nº 422/83 de 03/12, que veio a ser revogado pelo Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, o qual visou adaptar a ordem jurídica portuguesa aos desenvolvimentos entretanto verificados na economia nacional e internacional e ainda prosseguir mais de perto o objectivo constitucional do melhor equilíbrio da concorrência (préambulo do Decreto Lei nº 371/93) e aproximar a ordem jurídica portuguesa aos grandes princípios comunitários do direito da concorrência – Adalberto Costa in Regime Geral da Concorrência, Legis Editora, 1996, pag.27.

A Lei nº 18/03 de 11/06, actualmente em vigor, veio, por sua vez, revogar o Decreto Lei nº 371/93, no quadro de uma reforma global do direito da concorrência, quer nacional, quer a nível comunitário, no qual se criou a Autoridade da Concorrência (Decreto Lei nº 10/03 de 18/01) e se teve em conta o denominado pacote de modernização e o Regulamento (CE) nº 1/2003 de 16/12/02.

Pedra de toque do regime de defesa da concorrência é, na esteira do art.85º do Tratado (actual art. 81º), a proibição das práticas restritivas da concorrência, previstas no art. 4º da Lei nº 18/03.

Prescreve o citado art.4º:

«1. São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, 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.

¹ A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(...).»

O art.81º do Tratado, por sua vez prescreve:

«1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros e que tenham por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;

(...).»

O bem jurídico protegido por estas normas é, como já deixámos entrevisto na introdução, o livre jogo do mercado.

O legislador optou por não especificar e concretizar o que sejam acordos, práticas concertadas ou decisões de associações que tenham por objecto ou efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, criando o que se denomina uma norma penal (no caso contra-ordenacional) em branco.

Há apenas aqui que recordar que, nos termos do disposto no art. 32º do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10, actualizado pelo Decreto Lei nº 244/95 de 14/09, se aplicam subsidiariamente à fixação do regime substantivo das contra-ordenações, as normas do direito penal.

A norma penal em branco será aquela que tem a particularidade de descrever de forma incompleta os pressupostos de punição de um crime remetendo parte da sua concretização para outras fontes normativas, denominando-se a primeira norma sancionadora e as segundas normas complementares ou integradoras.

Teresa Beleza e Frederico Costa Pinto (in O Regime Penal do Erro e as Normas Penais em Branco, Almedina, 1999, pag.31 e ss.) advertem que a norma penal em branco tem uma característica específica – a sua descrição é incompleta, sendo integrada por outros instrumentos que podem ou não ter natureza normativa, sendo que a integração pode ser feita por fontes normativas inferiores à lei penal, dando o exemplo das fontes de direito comunitário.

Há ainda que prevenir tratar-se de uma infracção de perigo concreto – não se exige a verificação do resultado (impedir, falsear ou restringir a concorrência),



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

patente na expressão legal “que tenha por objecto ou por efeito”, mas é exigível a adequação a produzir tal resultado.

Discordamos, assim de Eduardo Paz Ferreira (in Direito da Economia, AAFDL, 2001, pg. 495), que, talvez numa outra perspectiva, reduz a proibição às infracções que resultem em falsificação ou restrição da concorrência.

O legislador optou por consagrar a norma em branco e concretizá-la com alguns exemplos – as alíneas do nº1. Trata-se de uma opção legislativa frequentemente usada mas de contornos não isentos de crítica, como nos dão notícia Teresa Beleza e Frederico Costa Pinto na obra citada, e como podemos verificar no caso concreto.

A fonte deste preceito é, claramente e de forma quase repetitiva o já citado art.85º (actual art. 81º) do Tratado, que tem sido objecto de intenso labor por parte da Comissão do TPI e do TJC, o qual terá, evidentemente, que ser tido em conta na interpretação e aplicação do art. 2º. Pode afirmar-se com segurança que, com as devidas adaptações, é, no caso, às orientações da Comissão e decisões desta e dos Tribunais Comunitários que deve ir buscar-se a integração da norma. Os conceitos são os mesmos e têm sido intensamente trabalhados e estudados e valem para o nosso direito interno como para o direito comunitário.

Há porém que ter em conta que no direito interno temos que considerar também princípios tão basilares como o in dubio pro reo e todas as suas consequências, processuais e substantivas, quando, como no caso, ponderamos a aplicação de uma coima a arguida a quem é imputada a prática de factos subsumíveis a esta previsão e puníveis nos termos do art. 43º nº1 al. a) da Lei nº 18/03.

Feitas estas advertências passemos à análise do tipo contra-ordenacional.

Há que analisar, sucessivamente, e para preenchimento do tipo objectivo:

- se a arguida configura uma associação de empresas tal como prevista no preceito, estando sujeita ao regime do direito da concorrência;
- se a aprovação do Código Deontológico configura uma decisão de associação de empresas;
- qual o mercado relevante;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- se a decisão tomada tem por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado definido e se tal sucede de forma sensível.

2.4.1. Aplicabilidade do regime jurídico da concorrência

O art. 1º nº1 da lei 18/03 prescreve que «A presente lei é aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo.»

O art. 2º nº1 define como empresa para efeitos do regime da concorrência «... 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.»

Finalmente, terminando a caracterização geral do âmbito subjectivo de aplicabilidade do regime da concorrência para os efeitos aqui relevantes, o art. 3º nº1 estabelece que «As empresas a quem o Estado tenha concedido direitos especiais ou exclusivos encontram-se abrangidas pelo disposto na presente lei, (...).»

A Ordem dos Médicos Veterinários (doravante OMV) é uma associação pública, independente dos órgãos do Estado, livre e autónoma no âmbito das suas atribuições que representa os licenciados em medicina veterinária ou equiparados legais que exercem actividades veterinárias, nos termos do seu estatuto e demais disposições legais aplicáveis.

O seu Estatuto foi aprovado pelo Decreto Lei nº 386/91 de 04/10, sendo, nos termos deste, o objectivo essencial da Ordem dos Médicos Veterinários é a defesa do exercício da profissão veterinária, contribuindo para a sua melhoria e progresso nos domínios científico, técnico e profissional e apoio aos interesses profissionais dos seus membros e salvaguarda dos princípios deontológicos que se impõem em toda a actividade veterinária.

Para tanto estão previstas as seguintes atribuições:

- intervir na defesa da saúde pública através da salvaguarda e promoção da saúde animal e da higiene alimentar;
- zelar pela função social, dignidade e prestígio da profissão de médico veterinário e promover o respeito pelos princípios deontológicos;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- representar os médicos veterinários perante quaisquer entidades públicas ou privadas;
- emitir a cédula profissional de médico veterinário;
- exercer a jurisdição disciplinar em relação aos médicos veterinários por actos de natureza médico-veterinária, praticados no exercício da profissão nos termos do estatuto.

Apenas os médicos veterinários com a inscrição em vigor na OMV podem exercer, no território nacional, a título profissional, a actividade médica veterinária.

Os portugueses e os nacionais de Estados membros das Comunidades Europeias que legalmente exerçam actividade nesses Estados, podem prestar em Portugal serviços médico-veterinários individualizados, considerando-se os médicos veterinários em causa, independentemente de qualquer formalismo, inscritos na Ordem para efeitos de deontologia e de responsabilidade disciplinar.

Podem inscrever-se na Ordem como membros os médicos veterinários que preencham as condições previstas no art. 10º dos Estatutos.

Os médicos veterinários exercem a sua actividade por conta própria ou de outrem e têm o dever de observar as regras estatutárias, deontológicas e demais legislação aplicável.

Face a este quadro conclui-se que os médicos veterinários inscritos na OMV são operadores económicos que prestam serviços veterinários, de forma dependente ou independente, percebendo pela mesma uma remuneração.

Assim sendo, os médicos veterinários que exercem de forma independente a sua actividade económica são profissionais liberais, cabendo, pois, na definição de empresa prevista no art. 2º nº1 da Lei nº 18/03 – cfr. pontos 46 e 47 do Ac. TJCE de 19/02/02, Wouters, C-309/99 e decisões ali citadas, no qual se apreciou e concluiu que os advogados constituem empresas na acepção dos então arts.85º e 86º do Tratado.

Por sua vez a OMV é uma ordem profissional, uma entidade criada com o objectivo de controlar o acesso e o exercício de uma determinada profissão (médico veterinário) com o objectivo de representar os interesses profissionais dos seus associados. Para exercer a referida profissão é obrigatória a inscrição na Ordem,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

tendo esta por missão, entre outras, velar pelo cumprimento das regras reguladoras da profissão e sancionar os comportamentos que as violarem.

A OMV é uma pessoa colectiva de direito público, criada para assegurar a prossecução de certos interesses públicos, que se apresenta como uma associação de empresas e a quem, por força dos citados arts. 2º e 3º, é aplicável o regime jurídico da concorrência – cfr. ainda o Ac. Wouters, pontos 64 a 66 quanto à qualificação no caso da Ordem dos Advogados neerlandesa como associação de empresas e a irrelevância do respectivo estatuto de direito público e decisões ali citadas.

2.4.2. Decisão de associação de empresas

A acepção de decisão de associação de empresa usada pelo art. 4º nº1 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.

Neste sentido pode ver-se o comentário à decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades, no caso Société Technique Minière contra Maschinenbau Ulm GmbH, (Acórdão de 30/06/66 – C-56/65) em 1966, onde se refere que uma recomendação de uma associação de empresas, mesmo desprovida de força obrigatória, não escapa à previsão do então art. 85º nº1 do Tratado de Roma (ora art. 81º nº1 e preceito fonte do art. 4º da Lei nº 18/03), posto que a aceitação da recomendação pelas empresas destinatárias exerce uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no 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. Logo, estão aqui abrangidas as decisões das associações profissionais.

A aprovação pela assembleia geral da OMV de um Código Deontológico bem como a aprovação pelo respectivo Conselho Directivo de uma tabela (a tabela “Cova da Beira”), são claramente decisões de uma associação de empresas.

Trata-se, em ambos os casos, de resoluções aprovadas por órgãos sociais da OMV, órgãos que a representam e vinculam, destinadas a todos os seus associados e tomadas no âmbito da defesa dos seus interesses. Logo, são decisões de uma associação de empresas.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Refira-se, aliás, que é a circunstância de as resoluções terem sido tomadas pelos órgãos sociais da OMV, no âmbito das suas funções que nos termos do art. 7º nº2 do RJCOC leva à responsabilização da pessoa colectiva OMV.

2.4.3. Mercado relevante

O mercado a considerar é o da prestação de serviços médicos veterinários, prestado pelos médicos veterinários que exercem a sua actividade no território nacional enquanto profissionais liberais, inscritos obrigatoriamente na OMV, e todos aqueles que procuram esses mesmos serviços.

Em termos geográficos o mercado a considerar é o território nacional na medida em que a OMV exerce as suas atribuições e competências em todo o território nacional e que qualquer médico veterinário, português ou estrangeiro, para poder exercer a sua profissão em Portugal tem de estar inscrito na Ordem.

2.4.4. Decisão tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência

Em causa nestes autos está a prática pela arguida da contra-ordenação prevista no art. 4º nº1 al. a) da Lei nº 18/03, contra-ordenação essa consubstanciada em duas decisões, a aprovação do Código Deontológico que remete para determinadas tabelas e uma tabela aprovada directamente pela OMV, através do seu Conselho Directivo.

Pode uma associação profissional fazer valer tabelas de honorários?

Uma vez que já concluímos pela plena aplicação dos arts.4º da Lei 18/03 e 81º do Tratado a associações profissionais, a resposta é imediata.

A conduta em causa preenche uma das concretizações da proibição geral exemplificativamente enumeradas.

Uma Ordem, tal como qualquer outra associação não pode fixar os preços a praticar pelos seus associados na prestação dos respectivos serviços. Ao determinar a fixação de preços por referência a uma tabela, indicando, aliás que a prática de preços abaixo desta constitui presunção de concorrência desleal, passível de procedimento disciplinar, está-se obviamente a interferir com o regular funcionamento do mercado, influenciando a formação da oferta e da procura, (sendo que o factor "preço" é decisivo neste binómio oferta/procura), ou seja, está-se a adoptar um comportamento que provoca distorções no mercado.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A fixação dos preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respectivo cliente, não havendo qualquer justificativo para que seja imposto (por uma entidade terceira que não está inserida no circuito prestador/comprador) ao primeiro e, consequentemente, também ao segundo. A fixação do preço deve resultar apenas e tão só do livre jogo do mercado, tendo embora que respeitar certas regras e princípios, regras essas que visam regular o funcionamento do mercado e não colocar-lhe entraves e introduzir-lhe distorções.

A arguida defende que o preceito relativo à fixação de honorários prevê uma pléiade de critérios para efeitos de fixação de honorários, razão pela qual é absurdo sustentar que foram fixadas tabelas mínimas.

O art.44º do Código Deontológico prevê:

“Os honorários do Médico Veterinário devem ser determinados com moderação, tendo em conta:

- a) A regulamentação em vigor;
- b) Tabelas praticadas na região, nomeadamente as recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários;
- c) Proporcionalidade ao tempo, natureza e grau de dificuldade do serviço prestado, bem como à distância da deslocação;
- d) Congruência com a qualificação científica e especialização do médico veterinário.”

Olhado apenas este preceito, isoladamente, temos efectivamente uma multiplicidade de critérios entre os quais concorrem as tabelas praticadas na região, nomeadamente as recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários.

Deste preceito não decorre, pois a fixação de honorários mínimos, pois as referidas tabelas são apenas um dos factores a ter em conta (se bem que, para efeitos concorrenciais a mera existência de uma tabela de preços recomendados, que se não é fixada pela Ordem é por ela, através deste preceito, tornada uma referência, interfere nos mecanismos do mercado e na formação do binómio oferta/procura).

Mas a obrigatoriedade da prática de honorários mínimos resulta, com toda a clareza, da conjugação do disposto no art. 28º, nº2, al. a) e do art. 45º do Código Deontológico que, recorde-se, prevêem:

Art.28º do Código Deontológico:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

“1. O desvio ou a tentativa de desvio de clientela é interdito a todos os Médicos Veterinários devendo estes abster-se da prática de qualquer acto de concorrência desleal com prejuízo para os colegas.

2. Constituem atitudes reprováveis, nos termos do número anterior, as seguintes:

a) Estabelecimento de honorários ou avenças inferiores ao que é uso na região, ou recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários;

(...)"

Art.45º do Código Deontológico:

“1. A prestação de serviços gratuitos ou a cobrança de honorários manifestamente inferiores aos previstos pelas tabelas, usos ou regras aplicáveis, constitui presunção de concorrência desleal.

2. Exceptuam-se do número anterior os casos em que tal se justifique face à notória incapacidade financeira do utente, à existência de laços íntimos de amizade ou de parentesco com o utente, ou ao facto de o utente ser colega.”

Destes preceitos resulta claramente que as tabelas são uma referência mínima, ou seja, o limiar abaixo do qual o preço não pode ser fixado, sob pena de presunção de ilícito disciplinar e respectivo procedimento e sanção.

Ou seja, da conjugação dos preceitos resulta que as referidas tabelas são o limite mínimo dos honorários que, daí para cima, serão fixados em função dos demais critérios.

Não existe, não foi alegada e não resulta da análise dos elementos dos autos qualquer causa que justifique a existência de tabelas atendíveis, quer em termos do objecto da Ordem – defesa dos profissionais que representa – quer em termos concorrenciais.

Nesta parte resta frisar que o facto de as tabelas a atender serem emitidas por terceiro – o Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários – em nada interfere com a infracção constatada:

O Sindicato emite tabelas de preços recomendados para os seus próprios fins e efeitos que aqui não estão sob análise.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

É a Ordem que, através dos preceitos do Código Deontológico em questão os transforma em honorários mínimos a serem observados pelos profissionais liberais que prestam serviços médicos veterinários.

No que toca à sensibilidade da restrição, basta atentar que as disposições em causa são aplicáveis aos médicos veterinários profissionais liberais de todo o território nacional, pois apenas podem exercer se inscritos na Ordem, sendo que, mesmo na prática esporádica se consideram, para efeitos deontológicos, inscritos na Ordem e, logo, sujeitos a estes deveres, para se concluir que a restrição afecta todo o mercado relevante da forma já assinalada.

Há ainda que prevenir que a mera previsão de tabelas preenche também o ilícito em causa. Fixar preços obrigando a atender a tabelas (mesmo elaboradas por outrem) distorce e impede a concorrência interferindo na livre fixação de preços. A sua simples previsão tem este objecto de restrição da concorrência – recordando-se que lidamos com uma norma de perigo como supra referido.

Ou seja, e concluindo: Ao aprovar e manter em vigor normas do seu Código Deontológico que prevêem a obrigatoriedade de seguir uma tabela de honorários e vinculam os seus membros à sua observância a OMV tomou uma decisão que tem por objecto impedir de forma sensível a concorrência no mercado nacional.

Esta infracção manteve-se e mantém-se enquanto as normas citadas vigorarem pois a arguida tomou uma resolução e manteve-a. Este é, aliás, um ilícito de natureza permanente, pois a sua execução e a consumação perduram no tempo, compreendendo, numa primeira fase, toda a conduta do agente até ao evento, seguindo-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 antijurídica.

Assim, no que respeita aos arts. 44º, al. b), 28º, nº2, al. a) e nº1 do art. 45º do Código Deontológico, encontram-se preenchidos todos os elementos objectivos do tipo.

A aprovação e envio da tabela “Cova da Beira” insere-se na mesma resolução antijurídica, sendo os mesmos preceitos que a tornam vinculativa.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Como resulta de tudo o já exposto, e porque estamos face a um ilícito de perigo concreto, indiferente resulta que as tabelas tenham sido efectivamente aplicadas ou não. Quanto à tabela "Cova da Beira" apurou-se que não foi aplicada. Quanto às tabelas do Sindicato apurou-se apenas a existência de processos disciplinares por concorrência desleal com base no art. 28º, nº2, al. a) do Código.

Estes processos – irrelevante sendo que tenham terminado com absolvição no tocante à infracção concreta – demonstram apenas que a OMV considera as tabelas vinculativas, tal como previsto no Código, e que as considera como fixando honorários mínimos. A tal ponto que instruiu processos disciplinares por esta violação que terminaram por não conduzir a condenação por falta de prova. No entanto não permitem concluir que os membros da Ordem na sua actividade tenham aplicado as referidas tabelas. Tal ponto, como dissemos e voltamos a dizer não afasta a verificação dos elementos objectivos da infracção, mas poderá e deverá ser relevado em sede de escolha e medida da sanção, caso se venha a concluir pela prática da infracção.

Tendo-se apurado que a arguida quis agir da forma por que o fez ao aprovar e manter em vigor as disposições referidas, representando como possível que tal pudesses provocar restrições na concorrência e conformando-se com essa consequência, conclui-se que agiu com dolo eventual – art. 8º do RJCOC.

A punibilidade dos ilícitos contra-ordenacionais encontra também fundamento e medida constitutiva na culpa – vide desenvolvidamente Jorge de Figueiredo Dias, Breves Considerações sobre o Fundamento, Sentido e a Aplicação das Penas em Direito Penal Económico in Direito Penal Económico e Europeu: textos Doutrinários, Vol. I, Problemas Gerais, pag.375 e ss – entendido como um princípio de imputação com finalidades preventivas (cfr. Costa Pinto in O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal, RPCC, Ano 7º, fascículo 1º, pags.19 e 20, nota 26)

Vamos agora passar a analisar especificamente os argumentos da arguida em ordem a concluir sobre a relevância do erro que invoca, abstractamente susceptível de afastar o dolo ou a consciência da ilicitude.

Os argumentos serão brevemente analisados per se e depois em globo, já que a arguida reporta o erro que invoca ao quadro global que descreve: existência na

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ordem jurídica de outras normas violadoras da concorrência, nova interpretação trazida pelo Relatório da Comissão de 2004 e conduta da Autoridade.

Começa a arguida por argumentar que o estatuto dos Revisores Oficiais de Contas, em vigor, contém normas que prevêem preços fixos.

Não vamos obviamente analisar do ponto de vista jusconcorrenciais se as normas invocadas restringem ou não a concorrência². Não é esse o objecto dos nossos autos e os argumentos valem o que valem. Não é o facto de, a jusante, uma outra entidade, por via legal ou convencional praticar factos semelhantes, reputados de ilícitos, sem sofrer, justificadamente ou não (idêntica) perseguição que exclui a responsabilidade da arguida.

O mesmo se diga da apontada incoerência do legislador. Não pode deixar de se notar que o que é apontado é uma incoerência entre disposições legais relativas a uma profissão liberal e uma decisão administrativa concreta dirigida à Ordem profissional de outra profissão liberal, esta sindicável no seu mérito, precisamente pela presente via.

Não queremos com isto dizer que o Estatuto dos ROCs não mereça análise. Mas não a nossa nem, com todo o respeito, a da arguida, uma vez que dispomos de uma Autoridade legalmente competente para o fazer. Aliás, existem muitas outras profissões liberais em que inexistem tabelas e preços fixos, pelo que não se pode extraír apenas destas disposições um qualquer justificativo para a conduta da arguida.

O mesmo se dirá quanto ao sector das farmácias. É claramente um sector extremamente problemático em termos de concorrência, mas por razões longínquas da fixação de honorários para profissionais liberais. Na posição de quem faz uma análise abstracta e pessoal de uma problemática muito complexa que não tem a pretensão de dominar, dir-se-á que o farmacêutico é hoje ainda um profissional liberal mas só de nome. Era-o, de facto, no tempo em que os medicamentos eram feitos por ele na própria farmácia, constituindo o preço daqueles a remuneração dos seus serviços. Hoje em dia a farmácia é um retalhista, um agente económico situado na ponta final de uma cadeia que inclui fabricantes e distribuidores e que vende aos

² Como ficou patente pelo excuso supra, não basta a mera análise das regras para se concluir pela existência de violação. Há que analisar a natureza da decisão, a sua fonte, o mercado, etc., tudo elementos em falta para que se possa sequer perfumatoriamente fazer uma análise intelectual honesta.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

consumidores finais, sendo que muitos dos produtos que vende têm margens fixadas por lei. Enfim, é, com todo o respeito, um mundo à parte, sendo que a análise e discussão dos problemas de restrição e distorção de concorrência no sector das farmácias não tem qualquer paralelo com o quadro em que a arguida exerce a sua actividade e em nada adianta para os presentes autos – veja-se, disponível no sítio da AdC o estudo por esta encomendado sobre a situação concorrencial no sector das farmácias, elaborado pelo Centro de Estudos de Gestão e Economia Aplicada.

Temos, pois, que concluir a total irrelevância do facto de o legislador manter em vigor as regras referidas pela arguida quanto aos ROCs e às farmácias para efeitos de verificação da contra-ordenação em causa nos autos.

A arguida esgrime ainda um acervo de argumentos, relacionados com os anteriores extraídos do Relatório publicado em Fevereiro de 2004 pela Comissão Europeia sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais.

Entende a arguida que, se este relatório foi elaborado e publicado é porque se sentiu a necessidade de clarificar vários aspectos, nomeadamente quanto aos honorários mínimos e indicativos das profissões liberais e contribuir para alterar as regras profissionais que violem a concorrência.

Depois alega que não tendo a AdC alertado as várias entidades para as recomendações da Comissão, aplicou “retroactivamente” a nova interpretação imputando à arguida a prática de uma infracção continuada desde Dezembro de 1996.

O tribunal discerne aqui dois argumentos, um explícito e outro implícito: o primeiro que só a partir de Fevereiro de 2004 a lei foi interpretada no sentido ora aplicado à arguida, punindo-a por uma conduta anterior; o segundo que a AdC deveria ter começado por alertar, nomeadamente a arguida para esta nova interpretação e não começar por aplicar uma coima como o fez.

Começando pelo primeiro argumento, basta a leitura do Relatório da Comissão para verificar que este não faz qualquer nova interpretação de regras que, recorde-se, se mantêm praticamente desde o Tratado de Roma (arts.85º e 86º, depois 81º e 82º, fontes directas e transcritas dos preceitos correspondentes de direito nacional, quer do actual quer dos progressos diplomas, o art. 2º do Decreto Lei nº 371/93 e art. 13º do Decreto Lei nº 422/83 e que, diga-se de passagem tem uma

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

origem ainda mais remota, mais precisamente os arts.65º e 66º do Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço).

Este documento cristaliza e reporta, como relatório que é, a evolução da situação até ao presente. A problemática da fixação de honorários mínimos, quer no direito nacional, quer no direito comunitário e os seus efeitos anti-concorrenciais não é nova nem foi preocupação surgida apenas em Fevereiro de 2004 com a apresentação deste Relatório. Este consciencializa que a Comissão quer dinamizar o tratamento esta problemática, nomeadamente através da eliminação das regras de efeitos anti-concorrenciais não justificadas e convida todos os interessados (pontos 93 e 94 do Relatório), e; em primeiro lugar as autoridades de regulamentação dos Estados Membros (que não se pode aqui ler como Autoridade da Concorrência que não é uma autoridade de regulamentação no sentido aqui utilizado, pois a legislação específica de qualquer sector não se integra na sua esfera de competências, que é transversal a todos os sectores) a realizarem uma análise da legislação ou regulamentação que integra a sua esfera de competências e, igualmente convida todos os organismos profissionais a darem início a uma análise semelhante das suas regras e regulamentações.

O próprio relatório no seu considerando 20 refere: "Paralelamente, a Comissão prosseguiu os seus trabalhos de análise tradicional de casos. Dez anos após a sua primeira decisão que condenava a fixação de tarifas para os serviços das profissões liberais³ - a Comissão lamenta verificar que continuam a persistir níveis de preços mínimos."

A nível nacional, como referido pela AdC, podem citar-se o Parecer 3/85 do Conselho da Concorrência de 11/12/85, relativo aos médicos radiologistas, a decisão do mesmo Conselho no processo 2/00 da Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas e decisões judiciais no mesmo caso (sentença do 1º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa de 09/03/01 e Ac. TRL de 05/02/02, todos nos autos).

Nada, sequer uma interpretação, nas palavras da própria Comissão, surgiu de novo em Fevereiro de 2004.

Depois, mesmo que assim se não entendesse, a única interpretação retroactiva proibida é a da lei – art. 3º do RJCOC – e o art. 4º nº1 corresponde ao art.

³ Decisão da Comissão de 30 de Junho de 1993.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2º do Decreto Lei nº 371/93, que por sua vez já correspondia ao art. 13º do Decreto Lei nº 422/83 e todos ao actual art. 81º do Tratado, que por sua vez corresponde integralmente ao art. 85º nº1 do Tratado na sua versão anterior.

A questão é de se os factos apurados nestes casos se enquadraram nestes dispositivos legais e não outra.

Concluindo-se por uma resposta positiva estamos claramente ante uma infracção de consumação permanente ou duradoura com início na data da aprovação do Código Deontológico e que perdura enquanto estas estiverem em vigor, punível pela lei ora em vigor.

Aqui temos porém que fazer uma precisão. Imputa-se à arguida a aprovação e manutenção em vigor, desde 06/12/96 do Código Deontológico contendo as disposições que vimos analisando.

No entanto a conduta apenas poderá ser considerada a partir de 06/12/97. E isto porque embora se tenha apurado que o Código foi aprovado em 3/12/94, apurou-se também que foi alterado em 06/12/97. Uma vez que não sabemos exactamente quais as alterações introduzidas (a instrução do processo foi claramente escassa neste ponto) mas sabemos qual o resultado final, só podemos com segurança imputar a conduta a partir de 06/12/97.

O segundo argumento levanta outra ordem de questões. Pode ser valorado num quadro de erro, o que constitui um dos fundamentos de defesa da arguida e será tratado adiante, e pode ser valorado enquanto conduta da AdC, assacando-se-lhe um vício que inquinaria a sua decisão.

Nesta última perspectiva, à míngua de argumentos invocados e não discernindo o tribunal outros, dir-se-á que, além dos preceitos citados pela arguida compete também à AdC, na vertente sancionatória da sua competência, aplicar coimas quando verifique uma conduta típica ilícita e culposa.

Estabelece o art. 7º nº1 dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto Lei nº 10/03 de 18/01, para o desempenho das suas atribuições a Autoridade dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação. Nos termos do nº2, al. a) do mesmo preceito, no exercício dos seus poderes sancionatórios à AdC cumpre identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação nacional e

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for o caso, as sanções previstas por lei.

A verdade é que não existe, por parte da AdC qualquer dever de advertir os agentes económicos, ao constatar uma infracção, para cessar tal conduta sem o sancionar. Pode fazê-lo – cfr. art.28º nº1, als.b) e c) – mas não tem o dever de o fazer.

Leia-se, aliás, nesta parte o considerando 81 do mesmo Relatório da Comissão. As ANC's podem, tal como a Comissão, exigir que a associação ponha termo à infracção ou impor coimas, constatada uma infracção ao art.81º.

No máximo o que vislumbramos aqui é um argumento de natureza ética. Também concordamos que, aliás no quadro da proposta da Comissão, uma advertência prévia, um alertar, um chamar a atenção seria correcto. Mas constatou-se uma infracção e aplicou-se a lei, inexistindo qualquer vício que inquine a decisão nesta perspectiva.

2.4.5. Erro

Alega a arguida que todo o quadro legislativo, comportamentos e omissões a induziram em erro sobre a ilicitude, razão pela qual considera excluído o carácter culposo da sua conduta.

Invoca assim o erro sobre a ilicitude ou sobre a proibição que exclui o dolo – art. 8º nº2 do RJCOC.

Prevêem-se neste preceito três tipos de erro: o erro sobre elementos do tipo, o erro sobre a proibição e o erro de tipo permissivo.

O alegado reconduz-se ao erro sobre a proibição, ou seja o erro sobre a ilicitude ou sobre a punibilidade que ocorre quando o agente, embora tenha conhecimento do tipo objectivo não o tem quanto ao seu desvalor jurídico por falta de conhecimento ou consciência da proibição.

Refere-se, muito brevemente que o erro previsto na última parte do preceito, o erro de tipo permissivo não é um erro sobre o “estado de coisas”, mas sim sobre a própria lei e a falsa suposição de uma causa de exclusão da ilicitude ou culpa que a lei não admite, não sendo, pois o nosso caso – cfr. António Mendes e José Cabral in Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas, 2ª edição, pags.43 e 44.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No direito penal, fonte desta disposição, o erro sobre a proibição não tem, por regra, relevância senão quando se reporte a condutas axiologicamente neutras.

No caso das contra-ordenações foi já defendido, face à indiferença ética e neutralidade axiológica da acção, a relevância geral do erro sobre a proibição (cfr. Figueiredo Dias in *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, pg. 384).

No entanto, como refere Costa Pinto (*O Ilícito de Mera Ordenação Social e a Erosão do Princípio da Subsidiariedade da Intervenção Penal*, in RPCC, Ano 7º, fasc. 1, pg. 76) e reconhece, aliás, Figueiredo Dias, é possível encontrar contra-ordenações em que as condutas não são axiologicamente neutras, sendo que, quanto a estas, a simples ignorância da proibição não pode excluir o dolo e deve ser apreciada em sede de consciência da ilicitude, ou seja, nos quadros do art. 9º do RJCOC.

Ora, precisamente, estamos ante uma contra-ordenação em que se não pode clamar por qualquer neutralidade axiológica. Protege-se a concorrência e o livre funcionamento do mercado, que se reflecte em todos os seus intervenientes, consumidores incluídos, sendo aliás a protecção da concorrência instrumental ao bem comum.

Trata-se de um valor constitucionalmente protegido – arts.80º a) e 81º e) da Constituição da República Portuguesa e arts.3º nº1, al.g) e 4º nº1 do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia.

Ou seja, mesmo que tratássemos de um caso de erro puro sobre a proibição, não podemos considerar excluído o dolo.

Mas o caso parece-nos integrar antes o denominado erro suposição – aquele em que o agente não ignora a existência da norma mas lhe dá uma interpretação mais adequada aos seus interesses. Ora, este erro, como refere Costa Pinto (loc. cit., pag. 77) nunca é relevante pois o agente conhece a proibição ou parte dele, apenas configurando erradamente a sua extensão ou âmbito.

Afastado, pois, o erro sobre a ilicitude, teremos que analisar o problema sob a vertente da consciência da ilicitude – art.9º do RJCOC e 17º nº1 do Código Penal.

Este preceito, prevê uma forma de erro que recai directamente sobre a lei, e não sobre o facto ou um estado de coisas - o agente age com uma consciência

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

errónea da licitude do facto. Trata-se de um erro moral, que apenas releva se o erro não for censurável. Movemo-nos, distintamente, na área da culpa e do seu elemento consciência da ilicitude.

A questão passa a colocar-se, assim, na censurabilidade do erro cometido - se este lhe é censurável ao agente, deverá ser punido, nos termos do nº2 do art. 9º - se, pelo contrário, o erro não for censurável, terá, necessariamente, que ser absolvido.

Para tanto há que analisar o conteúdo ético e axiológico da norma proibitiva em causa, para que possamos então avaliar da culpa, que neste domínio se não traduz numa censura ética dirigida à pessoa do agente e à sua atitude interna, antes numa imputação do facto à responsabilidade social do autor ou, nas palavras de Figueiredo Dias a "adscrição social de uma responsabilidade que se reconhece exercer ainda uma função positiva e adjuvante das finalidades admonitórias da coima". Avalia-se, pois, a capacidade e esfera de competências do agente, o quadro em que exerce a sua actividade, a essencialidade da norma atingida e a razoabilidade do seu atendimento. Este percurso traça-se em dois momentos distintos: a avaliação da essencialidade axiológica da norma atingida e, em função desta, a avaliação da censurabilidade do agente.

Relativamente à valoração axiológica da norma já nos pronunciámos supra. De entre as condutas tipificadas como contra-ordenações esta não tem certamente neutralidade axiológica. Basta pensar que noutras ordenamentos jurídicos de grande responsabilidade na criação e desenvolvimento do direito da concorrência, como é o caso do sistema norte-americano, este tipo de condutas são criminalmente punidas, sendo a sua tipificação como ilícitos não penais uma opção europeia.

A arguida baseia-se no quadro composto pela existência de normas jurídicas violadoras da concorrência no ordenamento nacional, pelo facto de lhe ter sido aplicada uma interpretação nova destas disposições e no não ter sido alertada pela AdC para esta nova interpretação. Teria assim agido em erro sobre a lei. Ou seja, não alega o desconhecimento da lei, alega, de forma indirecta, o desconhecimento da sua interpretação. Recorde-se que se apurou, porém, que a arguida tinha era a intenção de evitar a concorrência desleal entre os seus membros.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em primeiro lugar à arguida competia informar-se, ao aprovar e manter em vigor as normas, sobre a sua licitude, numa atitude proactiva, nomeadamente junto da AdC ou, antes, do Conselho da Concorrência.

Depois, nunca a existência de outras regras que entende serem violadoras da concorrência poderia justificar a existência destas regras.

Remetemos enfim para tudo o que deixamos dito ao apreciar de per se cada um dos argumentos da arguida para concluir que o erro lhe é censurável.

Não estando excluída a culpa pode ter lugar a atenuação especial da coima nos termos do disposto no art. 9º nº2 do RJCOC.

Sucede, porém, que a atenuação especial só se justifica se houver uma diminuição acentuada da ilicitude do facto ou da culpa. Neste sentido Robalo Cordeiro refere que "Não obstante o novo Código não o exigir expressamente, flui da lógica do sistema que nos casos de atenuação especial facultativa o uso pelo juiz dos poderes modificativos da pena esteja condicionado pela diminuição acentuada da ilicitude do facto ou da culpa do agente, nos termos do nº 1, in fine do art. 73º" (correspondente ao actual art. 72º- in Jornadas de Direito Criminal, pag.249).

No caso presente a errada interpretação da norma incriminadora feita pela arguida não diminui de forma acentuada nem a ilicitude do facto nem a sua culpa já que não se verifica que quer uma quer outra não assumam a gravidade pressuposta pelo legislador no tipo legal.

Assim, o erro aqui em causa vai operar não como circunstância atenuante modificativa mas sim como circunstância de natureza atenuante geral, isso é, não vai operar ao nível da moldura abstracta da coima mas sim ao nível da medida concreta da coima.

Tendo-se concluído que a conduta da arguida viola o disposto no art. 4º, nº 1, al. a), da Lei nº 18/03 há agora que apurar se a mesma também é violadora do art.81º do Tratado CE.

Conforme resulta directamente da norma em causa, supra transcrita, pressuposto da sua aplicação é que a decisão violadora das regras da concorrência afecte o comércio entre os Estados membros. Para ajudar a definir e a uniformizar a interpretação e o alcance que deve ser dado a esta noção, a Comissão emitiu uma comunicação com a epígrafe "Orientações sobre o conceito de afectação do

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

comércio entre Estados-Membros previstos nos artigos 81º e 82º do Tratado” (JO nº C 101, de 27 de Abril de 2004). Por esta comunicação ser bastante clara passa a transcrever-se parte do seu conteúdo.

“O critério de afectação do comércio circunscreve o âmbito de aplicação dos arts.81º e 82º a acordos e práticas abusivas susceptíveis de ter um nível mínimo de efeitos transfronteiriços na Comunidade. Segundo o Tribunal de Justiça, a possibilidade de o acordo ou prática afectar o comércio entre os Estados-membros deve ser “sensível”. (...) Decorre da formulação dos arts.81º e 82º e da jurisprudência dos tribunais europeus que, na aplicação do critério de afectação do comércio, deve ser prestada especial atenção a três elementos: a) O conceito de “comércio entre os Estados-Membros”, b) A noção de “susceptível de afectar” e c) O conceito de “carácter sensível”.”

A propósito do primeiro dos referidos conceitos (comércio entre os Estados-Membros), a comunicação refere que “o conceito de “comércio” não se limita às tradicionais trocas transfronteiriças de bens e serviços. Trata-se de um conceito mais amplo, que cobre toda a actividade económica transfronteiriça. (...) O requisito de afectação (...) implica que deve haver um impacto nas actividades económicas transfronteiriças que envolva, no mínimo, dois Estados-Membros. (...) A aplicação do critério da afectação do comércio é independente da definição dos mercados geográficos relevantes. (...”).

Sobre o segundo conceito (susceptível de afectar), diz-se que com o mesmo se pretende “definir a natureza do impacto necessário no comércio entre os Estados-membros. De acordo com o critério de base desenvolvido pelo Tribunal de Justiça, a noção de “susceptível de afectar” implica que deve ser possível prever, com um grau de probabilidade suficiente com base num conjunto de factores objectivos de direito ou de facto, que o acordo ou a prática pode ter uma influência, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros. (...) Nos casos em que o acordo ou a prática é susceptível de afectar a estrutura concorrencial no interior da comunidade, a aplicabilidade do direito comunitário fica estabelecida. (...) A avaliação da afectação do comércio baseia-se em factores objectivos. Não é necessária uma intenção subjectiva por parte das empresas em causa....”.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Do exposto resulta que para se poder concluir que uma determinada prática afecta o comércio entre os Estados Membros teremos de dar como assente que a mesma tem um impacto nas actividades económicas de pelo menos dois Estados-Membros, impacto esse que interfere na estrutura concorrencial desses Estados. Demonstrados estes requisitos haverá ainda que analisar se tal impacto afecta de forma sensível essas mesmas actividades económicas.

Ora como resulta da própria comunicação, a conclusão de que estamos perante uma actividade que afecta de forma sensível o comércio entre os Estados Membros é casuística e tem se ser extraída de factores objectivos que demonstrem o "impacto nas actividades económicas transfronteiriças" e que permitam "prever, com um grau de probabilidade suficiente com base num conjunto de factores objectivos de direito ou de facto, que o acordo ou a prática pode ter uma influência, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros".

Entendeu a AdC que a OMV ao prever nos seus estatutos a existência de uma tabela de honorários e ao ter uma tabela de honorários está a adoptar uma prática que afecta o comércio entre os Estados-membros. Justifica este seu entendimento com os seguintes argumentos:

- A decisão aplica-se a todo o território nacional e, por conseguinte, tem, pela sua própria natureza, por efeito consolidar barreiras de carácter nacional, como já decidido em vários acordos e conforme Comunicação da Comissão sobre profissões liberais;
- A decisão é aplicável a todos os médicos veterinários inscritos na Ordem, portugueses e estrangeiros, que exerçam a sua actividade de forma independente;
- O exercício da profissão de médico veterinário está regulado a nível comunitário e a fixação de honorário mínimos é uma circunstância determinante para a avaliação da produção de efeitos intracomunitários, como foi já decidido a propósito da Ordem dos Arquitectos Belgas.

Considerando o quadro factual em causa nos presentes autos, entende o Tribunal que assiste razão à AdC. Que está em causa uma decisão, de uma associação de empresas, susceptível de impedir de modo sensível a concorrência

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ficou já assente. Resta então definir se essa decisão é susceptível de afectar o comércio entre os Estados Membros.

A decisão aqui em causa estende-se a todo o território nacional e é aplicável a todos os médicos veterinários, nacionais ou estrangeiros, que exerçam a sua actividade económica de modo independente em Portugal (uma vez que para o fazerem têm obrigatoriamente de estar inscritos na Ordem).

O exercício da actividade de médico veterinário está regulado a nível comunitário (Directiva 78/1026/CEE do Conselho). Pretende-se com essa regulação criar um quadro normativo que facilite e permita o livre exercício desta profissão, dando assim concretização, neste domínio, à livre circulação de pessoas e de prestação de serviços pretendidas a nível comunitário, eliminando quaisquer entraves que possam existir a nível dos vários Estados-Membros.

Ora ao nível das profissões liberais, a existência de regulamentações nacionais restritivas, sendo evidentemente restritiva, como se concluiu supra, a existência e previsão de tabelas de honorários, podem eliminar ou "limitar a concorrência entre os prestadores de serviços, reduzindo assim os incentivos para que os profissionais trabalhem segundo uma boa relação custo-eficácia, diminuam os preços, aumentem a qualidade ou ofereçam serviços inovadores. (...) Estas restrições (...) podem por exemplo permitir que os preços se mantenham acima dos níveis concorrenenciais. (...) Os preços fixos ou os preços mínimos são os instrumentos de regulação que poderão ter efeitos mais prejudiciais para a concorrência, eliminando ou reduzindo de forma significativa os benefícios que os mercados concorrenenciais proporcionam aos consumidores." (Relatório sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais, de 9 de Fevereiro de 2004, que embora não abranja as profissões médicas tem inteira aplicação no caso).

É precisamente esta a situação dos autos: a previsão da existência e obrigatoriedade de preços mínimos por parte da arguida coloca em causa, pela sua própria natureza, a interpenetração económica pretendida pelo tratado, i.e., estabelece barreiras de carácter nacional e, consequentemente, afecta, efectiva ou pelo menos potencialmente, medida suficiente como tem sido decidido na jurisprudência comunitária, de forma sensível, o comércio entre os Estados Membros, sendo certo que não ficou demonstrada que essa fixação de preços seja necessária para a boa

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

prossecução dos interesses dos médicos veterinários ou ao bom exercício da sua profissão (cfr., neste sentido, Ac. Wouters do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, já citado, e decisão da Comissão de 24 de Junho de 2004, proc. COMP/38.549 - PO).

Face a todo o exposto, entende o tribunal que a conduta da arguida é também violadora do art.81º, nº 1, al.a), do Tratado CE.

Verificadas a tipicidade e ilicitude da conduta da arguido, temos que cometeu uma contra-ordenação prevista pelos arts.4º nº1 da Lei nº 18/03 de 11/06 e 81º nº1 do Tratado CE.

2.5. Da escolha e medida da sanção a aplicar

Determinada a prática da contra-ordenação há que apurar a sanção a aplicar.

«A determinação da medida da coima faz-se em função da gravidade da contra-ordenação, da culpa, da situação económica do agente e do benefício económico que este retirou da prática da contra-ordenação.» (art. 18º nº1 do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10).

Há também que atender aos critérios fixados no art. 44º da Lei nº 18/03, ou seja, a gravidade da infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional, as vantagens retiradas pelas infractoras em consequência da infracção, o carácter reiterado ou ocasional da mesma, o grau de participação, a colaboração prestada à AdC até ao termo do processo administrativo e o comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e reparação dos prejuízos causados à concorrência.

Nos termos do disposto no art. 43 nº1 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.».

Por seu turno, o nº2 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.»

A primeira questão que aqui se coloca é a de saber qual o volume de negócios a atender. A AdC baseou o cálculo do montante máximo nas informações

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

obtidas junto da Direcção Geral dos Impostos relativas aos rendimentos auferidos no ano de 2003 por todas as entidades que praticam actos veterinários.

A arguida defende que apenas os rendimentos dos médicos veterinários que aprovaram o Código e os rendimentos dos médicos veterinários que aprovaram a tabela "Cova da Beira" devem ser tidos em conta.

A AdC funda a sua posição no facto de entender que o escopo da norma quando refere a participação não se relaciona com a infracção, antes se pretendendo calibrar a coima em função da abrangência da decisão de associação.

Não partilhamos desta visão, desde já se adianta, mas, no caso, acaba por ser irrelevante.

É que temos uma pessoa colectiva que, através dos seus órgãos competentes tomou uma decisão que é vinculativa para os seus membros que representa.

Essa pessoa colectiva é juridicamente distinta dos seus membros e uma coisa é valorar a sua função representativa de determinados agentes económicos para efeitos de concluir pela aplicabilidade do regime da concorrência e pela qualificação como associação de empresas e outra muito distinta é desconsiderar essa personalidade jurídica ficcionando a participação de todos os representados na decisão da representante.

E falamos em ficcionar participação, conscientes de que o termo participação tem demasiados "pergaminhos" na dogmática penal para ser levemente afastado, mais a mais num quadro legal contra-ordenacional que se apoia fortemente (e cada vez mais, dada a reforma de 1995) no direito penal – cfr. sobre o assunto Costa Pinto, loc. cit., pags. 15 e 16.

É certo que o regime das contra-ordenações relativas à concorrência tem muitas especificidades. No entanto é ainda no quadro geral do RJCC que temos que buscar as soluções, já que na Lei nº 18/03 não encontramos quaisquer regras gerais quanto, por exemplo a participação, formas da infracção, aplicação da lei no tempo, etc.

Quem participou, quem cometeu a infracção, foi a OMV, porque tomou uma decisão através dos seus órgãos competentes nos termos do art. 7º nº2.

Essa é aliás o fundamento jurídico da sua punição e não apenas das pessoas singulares que, no seio dos órgãos tomaram a decisão.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

É também por essa razão que não podemos concordar com a arguida que considera só o volume de negócios dessas pessoas físicas pode ser considerado para efeitos de determinação da moldura abstracta aplicável. Essas pessoas só participaram fisicamente na conduta porque uma pessoa colectiva não tem expressão própria ou vontade autónoma. Fizeram-no numa qualidade específica a de membros da assembleia geral ou do conselho directivo e vincularam a pessoa que representam a qual, por essa via é a única que participou na conduta.

Considerar o volume de negócios de todos os obrigados (aliás, não o volume de negócios mas os rendimentos...) pela decisão é, neste caso concreto, desligar completamente a medida da coima da infracção, o que nos parece ser precisamente o inverso da finalidade pretendida pelo legislador.

Ou seja, e concluindo, o volume de negócios a atender para a fixação da medida abstracta da pena é o do volume de negócios da arguida no ano de 2003, o que significa que a coima terá que ser fixada até 10% de € 410 248,80 (isto é € 41 024,88).

A contra-ordenação praticada é grave dado estar em causa a protecção de valores fundamentais para a estrutura e funcionamento da economia, designadamente os valores da liberdade de formação da oferta e da procura e de acesso ao mercado, por um lado, e de salvaguarda dos interesses dos consumidores, por outro, sendo certo que os profissionais liberais têm um papel fundamental na economia e na actividade empresarial.

A gravidade da conduta é ainda acentuada pelo facto de se ter prolongado desde Dezembro de 1997, havendo ainda que ponderar a aprovação, em 2004, da tabela relativa à Cova da Beira.

Mais apurou-se a afectação de todo o mercado nacional e a adequação à afectação do comércio entre os estados membros.

No que concerne às vantagens retiradas da prática da infracção, nada ficou demonstrado nos autos. As vantagens a ter em conta têm que ser concretas e apuradas, não sendo de considerar como tal o nível de rendimento mínimo dos associados.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O desvalor da acção é elevado (acção entendida como toda a conduta susceptível de ser praticada pelos agentes idóneos), como resultado do que fica supra exposto.

Já o desvalor do resultado, não se tendo apurado a aplicação efectiva das tabelas, e ponderando tratarmos de uma infracção de perigo concreto, não releva.

A arguida agiu com dolo eventual, num limite muito próximo da negligência consciente.

A arguida, vem ainda pôr em causa a valoração da falta de colaboração da arguida que a decisão terá feito, invocando que a coima que lhe foi autonomamente aplicada foi objecto de recurso jurisdicional.

A arguida tem razão, pois a sua conduta não colaborante não pode aqui ser valorada por constituir, em si, um ilícito contra-ordenacional, tendo-lhe por tanto sido aplicada uma coima, objecto de recurso, que foi já decidido, mas cuja decisão não transitou ainda em julgado.

E tanto tem razão que a AdC se limitou a dizer isso mesmo na sua decisão (nº 148 da decisão), ou seja que estes factos não foram valorados na decisão, tal como o não vão ser agora, na presente sede.

Não se apurou a existência de antecedentes contra-ordenacionais, não relevando, por não transitada em julgada, a condenação referida em 2.1.42.

No que toca à situação económico-financeira da arguida ficou demonstrado que a arguida apresentou, no exercício de 2003, um total de proveitos de € 452 868,80, sendo o total de vendas e prestações de serviços de € 410 248,80, e um total de custos e perdas de € 432 052,21 e no exercício de 2004, um total de proveitos de € 549 132,93, sendo o total de vendas e prestação de serviços de € 526 453,84, e um total de custos e perdas de € 495 022,45.

São elevadas as necessidades de prevenção geral, importando fazer sentir a todos os organismos profissionais a gravidade e efeitos nefastos deste tipo de condutas, tal como aliás as necessidades de prevenção especial, urgindo motivar a arguida a não voltar a ponderar sequer a fixação de tabelas dados os seus efeitos anti-concorrenciais, que em nada beneficiam os seus associados ou os consumidores dos seus serviços.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Pondera-se ainda o grau da culpa, atenuada, como supra ficou explicitado, embora como circunstância geral e não especial.

Tudo visto e ponderado, numa moldura abstracta aplicável até € 41 024,88 o Tribunal entende adequado fixar a medida da coima concreta em € 18 000.

A decisão recorrida aplicou ainda à arguida as seguintes prescrições:

- ordenou que cessasse de imediato a aplicação do art. 28º, nº2, al. a), 43º, al. b) e 44º do Código Deontológico e todas e quaisquer tabelas de honorários relativas à actividade médica veterinária;

- ordenou que revogasse, no prazo de 15 dias, as disposições do Código Deontológico e quaisquer tabelas de honorários aplicáveis à actividade dos médicos veterinários em regime liberal que por si tenham sido elaboradas, nomeadamente as relativas à execução de acções sanitárias pelas OPPs da Cova da Beira;

- ordenou que publicitasse, no prazo de 15 dias, nomeadamente na sua página de Internet e no primeiro número da revista da Ordem publicado após 30 de Junho, junto de todos os seus associados a adopção das medidas referidas;

- ordenou, a título de sanção acessória, a publicação, no prazo de 20 dias, da versão integral da decisão na IIIª série do Diário da República e da parte decisória num jornal nacional de expansão nacional.

A primeira medida é de manter, mas apenas quanto à aplicação de tabelas, pois a arguida aplica tabelas elaboradas por outrem, sendo de suma importância a cessação imediata da conduta.

Quanto à segunda medida aplicada, deixou de fazer qualquer sentido, na presente fase processual, impor à arguida a obrigação de revogar disposições do seu Código Deontológico.

Aplicando o disposto nos arts. 4º nº2 da Lei nº 18/03 e 81º nº2 do Tratado, há que declarar nulas as disposições do Código violadoras, as quais perdem imediatamente a sua eficácia.

Não pode aliás, deixar de se referir que fixar um prazo de 15 dias para revogar disposições do Código Deontológico que se sabe terem que passar por uma deliberação da assembleia geral é manifestamente insuficiente. Principalmente quando se encontra junto aos autos o Estatuto, no qual se prevê (art. 41º nº1), que a assembleia geral é convocada por anúncios publicados em dois jornais diários com a

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

antecedência mínima de 30 dias em relação à data designada para a reunião. Tal questão fica porém, ultrapassada com a declaração de nulidade.

No que toca à tabela "Cova da Beira" (designação que, evidentemente adoptámos por comodidade) ela vai ser também objecto de declaração de nulidade, não se tendo apurado a existência de qualquer outra tabela elaborada pela OMV.

Esta declaração de nulidade deve ser publicitada junto dos associados da arguida, quer no seu "site" quer no Revista da Ordem dos Médicos Veterinários. Com efeito, tal é essencial para que os médicos se consciencializem que os artigos em causa já não estão em vigor, que já não estão sujeitos a qualquer processo disciplinar por violação dos mesmos e que não se devem orientar pelas tabelas aprovadas pelo Sindicato.

Por último no que respeita à condenação da arguida na publicação da decisão, estribou-se a AdC no art. 45º que prevê essa publicação como sanção acessória. Quanto à publicação de uma súmula da decisão num jornal de grande circulação, entende o tribunal estar plenamente justificada a condenação já que o mercado geográfico relevante é o nacional e pode afirmar-se que é do interesse público levar esta decisão ao conhecimento de todos os que procuram os serviços dos médicos veterinários.

Já a publicação integral da decisão no DR surge injustificada. O que interessa é levar ao conhecimento geral uma súmula da decisão e não a decisão no seu todo. Por outro lado tal publicação, face à extensão da decisão, iria acarretar um custo injustificado à arguida, satisfazendo, a sua extractação as finalidades de publicação».

Apreciando.

Não vindo alegado nem se vislumbrando que a sentença recorrida enferme de algum dos vícios previstos no nº2 do art.410º do CPP, tem-se por definitivamente assente a factualidade dada como provada naquela decisão, confinando-se os poderes de cognição deste tribunal "ad quem" à matéria de direito (art.75º, nº1 do Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas (RGCC), aprovado pelo DL nº433/82, de 27/10, actualizado pelos Decretos-Leis nº356/89, de 17/10; nº244/95,

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de 14/9 e nº109/2001, de 24/12, aplicável subsidiariamente ex vi art.49º da Lei nº18/2003, de 11 de Junho.

Como é sabido o objecto do recurso é delimitado pelas conclusões que o recorrente extraí da correspondente motivação (art.412º, nº 1, do CPP, aplicável subsidiariamente ao processo contra-ordenacional ex vi do art.41º, nº1, do RGCC e 49º da Lei nº 18/2003 de 11/6).

Assim, as questões a examinar que reclamam solução consistem no seguinte:

Quanto ao recurso interposto pela Autoridade da Concorrência se o tribunal "a quo" incorreu em erro de direito na interpretação que fez da norma constante do art.43º, nº2 da Lei nº18/2003, de 11/6 e por conseguinte se deve ser interpretada no sentido preconizado pela recorrente de abranger todos os membros inscritos na Ordem dos Médicos Veterinários, ou seja todos os médicos veterinários a trabalhar em regime independente e, por essa via, ser alterado o valor máximo da coima sancionadora da contra-ordenação praticada pela arguida.

Relativamente ao recurso interposto pela arguida Ordem dos Médicos Veterinários se como esta defende esta associação profissional não pode ser equiparada a uma associação de empresas para efeito da Lei da Concorrência, devendo por isso ser revogada a sentença recorrida, por falta de um dos elementos objectivos típicos da contra-ordenação por que foi condenada; e

Se a coima deve ser reduzida para € 500,00,

Vejamos.

Segundo a recorrente Autoridade da Concorrência o vocábulo "participação" utilizado no nº2 do artº43º da LdC tem de ser interpretado como a participação que vai além da actuação activa e directa.

No caso da OMV todos os membros estão sujeitos às normas e aplicam-nas sob pena de incorrerem em infracção disciplinar que poderá ter graves consequências para o exercício da sua profissão.

Todos participam na infracção de uma forma permanente, quer por acção quer por omissão e enquanto a norma violadora se encontrar em vigor.

Tendo em conta o significado jurídico do termo utilizado no referido normativo a aplicação da coima deve ter em consideração todos os membros

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

inscritos na Ordem para os quais aquela norma se dirige, ou seja os médicos veterinários a trabalhar em regime independente.

Ao concluir que quem participou, quem cometeu a infracção foi a OMV, porque tomou a decisão através dos seus órgãos competentes nos termos do art.7º, nº2, do RGCC violou o disposto no artº9º do Código Civil e nº2 do artº43º da Lei da Concorrência. Esta questão prende-se directamente com o critério legal aplicável para efeitos de determinação do valor máximo da coima.

Atentemos então se o tribunal recorrido fez uma errada interpretação da Lei da Concorrência, tendo consequentemente violado o art.º9º do Código Civil e nº 2 do art.º43º da citada lei.

Nos termos do disposto no art. 43, nº1 al. a), a violação do art.º4º, da citada Lei 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.

Por seu turno, o nº2 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.

A primeira questão que aqui se coloca é a de saber qual o volume de negócios a atender.

A AdC baseou o cálculo do montante máximo nas informações obtidas junto da Direcção Geral dos Impostos relativas aos rendimentos auferidos no ano de 2003 por todas as entidades que praticam actos veterinários.

Sucede que o nº2º do art. 43º refere que se tem de atender ao volume de negócios das empresas "que tenham participado no comportamento proibido".

O comportamento proibido aqui em causa traduz-se na aprovação do código deontológico e respectiva tabela de honorários e sua manutenção em vigor ao longo dos anos. Não foi feita qualquer prova de que os médicos que declararam rendimentos no ano de 2003 como médicos veterinários tenham aprovado quer o código deontológico em 1994, posteriormente alterado em 1997 quer as tabelas de honorários.

Acresce que também não se pode afirmar que os médicos veterinários, pelo simples facto de estarem inscritos na Ordem, beneficiem dos entraves à concorrência

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

e, por essa via, participem no comportamento proibido. É que não só não ficou provado que todos os médicos veterinários concordem com a existência das tabelas, como se provou que pelo menos alguns não concordam já que foram sancionados por infringirem a tabela (processos disciplinares referidos em 2.1.30 a 2.1.36). Quanto a estes médicos sempre se terá de considerar que a participarem no comportamento proibido o fazem por a tal serem obrigados.

Significa isto que não fica provado que todos os médicos veterinários que declararam rendimentos provenientes dessa actividade tenham participado no comportamento proibido (não estando demonstrada esta participação perde efeito útil analisar a argumentação da arguida no que toca aos rendimentos a atender para efeito do estabelecimento do limite máximo da coima).

Logo, apenas se pode atender na fixação da moldura abstracta ao volume de negócios da arguida que foi, no ano de 2003, de € 410.248,80, pelo que o valor máximo da coima é de € 41.024,88 (10% daquele valor).

Ora refere o nº^o2º do art. 43º que " No caso de associação 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".

Como é referido, a nosso ver, de forma certeira na sentença recorrida o comportamento que aqui se encontra proibido resulta da aprovação do código deontológico e respectiva tabela de honorários e sua manutenção em vigor ao longo dos anos.

Como dissemos, dos factos provados não se vislumbra qualquer prova, directa ou indirecta de que os médicos que declararam rendimentos no ano de 2003, na qualidade de médicos veterinários tenham aprovado, o código deontológico ou tenham aprovado a tabela de honorários.

Assim, salvo o merecido respeito, entendemos ser no mínimo abusivo generalizar a responsabilidade, como pretende a recorrente AdC, de forma a vincular os médicos a esse comportamento contra-ordenacional.

O simples facto dos médicos veterinários estarem inscritos na Ordem, única condição de poderem exercer medicina e de poderem praticar o acto médico, não faz nascer essa responsabilidade, não sendo curial afirmar, como faz a referida

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

recorrente, que também beneficiam dos entraves à concorrência e, por essa via, participem no comportamento proibido.

Até porque a vontade dos médicos é irrelevante, no quadro legal que rege a sua Ordem, para efeitos de aprovação da tabela de preços.

Também, repete-se, não ficou provado que todos os médicos veterinários concordem com a existência da tabela.

Aliás, como resulta dos factos provados, alguns não concordam já que foram sancionados por infringirem a tabela (processos disciplinares referidos em 2.1.30 a 2.1.36).

Logo todos os médicos foram obrigados a participarem no comportamento proibido, o que se verificou de forma eloquente, com aqueles que infringiram a tabela.

O quadro legal em que se movem não deixa muita margem, dai que a interpretação das normas aplicáveis feita pela recorrente AdC, de forma a envolverem os médicos nessa responsabilidade, é, para além, de infundada, despropositada e injusta.

Importa atentar nas seguintes normas:

Estabelece o art. 64º do Código Deontológico que:

"1. Os médicos veterinários enquanto no exercício da sua actividade profissional na função pública ou por conta de outrem, estão vinculados aos deveres e direitos consignados neste Código.

2. Os diplomas reguladores do exercício da actividade profissional dos médicos veterinários não poderão contrariar os princípios e normas do presente código.

(...)"

Nos termos do disposto no art. 84º do Código Deontológico, "Compete à ordem dos Médicos Veterinários, fazer cumprir a observância das normas e princípios consignados no presente Código."

Nos termos do disposto no art. 85º nº 1 do Código Deontológico "O reconhecimento da responsabilidade disciplinar dos médicos veterinários emergente de infracções ao Código Deontológico é da competência exclusiva da Ordem dos Médicos Veterinários."

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Estabelece o art.28º do Código Deontológico:

"1. O desvio ou a tentativa de desvio de clientela é interdito a todos os Médicos Veterinários devendo estes abster-se da prática de qualquer acto de concorrência desleal com prejuízo para os colegas.

2. Constituem atitudes reprováveis, nos termos do número anterior, as seguintes:

a) Estabelecimento de honorários ou avenças inferiores ao que é uso na região, ou recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários;

(...)"

O art.44º do Código Deontológico dispõe:

"Os honorários do Médico Veterinário devem ser determinados com moderação, tendo em conta:

a) A regulamentação em vigor;

b) Tabelas praticadas na região, nomeadamente as recomendadas pelo Sindicato Nacional dos Médicos Veterinários;

c) Proporcionalidade ao tempo, natureza e grau de dificuldade do serviço prestado, bem como à distância da deslocação;

d) Congruência com a qualificação científica e especialização do médico veterinário."

Por sua vez, estabelece o art.45º do Código Deontológico:

"1. A prestação de serviços gratuitos ou a cobrança de honorários manifestamente inferiores aos previstos pelas tabelas, usos ou regras aplicáveis, constitui presunção de concorrência desleal.

2. Exceptuam-se do número anterior os casos em que tal se justifique face à notória incapacidade financeira do utente, à existência de laços íntimos de amizade ou de parentesco com o utente, ou ao facto de o utente ser colega".

Assim, as tabelas de honorários só podem ser atendidas como obrigatorias, vinculando todos os médicos veterinários.

Na fixação de honorários, deve o médico veterinário proceder com justo critério, tendo em conta, nomeadamente, a importância dos cuidados prestados, o tempo gasto, a dificuldade da intervenção e a sua qualificação científica e especialização.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O médico veterinário deverá respeitar sempre os valores mínimos fixados pela tabela de honorários, elaborada pela respectiva Ordem, salvo nas situações excepcionais referidas, sendo certo que, como já vimos, o médico tem a obrigação de respeitar o que consta do seu Código Deontológico, sob pena de responsabilidade disciplinar.

Aliás, como é sublinhado no acórdão deste tribunal e secção de 29/7/2007, proferido no âmbito do recurso nº1372/07, relatado pelo Exmº Desembargador Rui Rangel, que vimos seguindo de perto nesta exposição, é mesmo duvidoso, se a tabela de preços, que fixa valores mínimos e máximos, é do interesse dos médicos, como parecer retirar, sem mais a recorrente AdC quando pretende imputar a cada um dos médicos, essa responsabilidade, dizendo que eles beneficiaram dos entraves à concorrência e, por isso, participaram no comportamento proibido.

É uma imputação vaga, imprecisa e pouco rigorosa, que carece de demonstração factual, o que não foi feito.

Afirmar e imputar é o mais fácil.

O difícil é provar, e, neste domínio, a referida recorrente nada provou.

Significa isto que não ficou provado que todos os médicos veterinários que declararam rendimentos provenientes dessa actividade tenham participado no comportamento proibido.

Acrescenta o mencionado aresto que o tribunal recorrido, na determinação da medida da pena ao reconduzir, para efeito do cálculo do montante da coima a aplicar, a formula "volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado no comportamento proibido" a "volume de negócios da associação" não violou o disposto no Artº9º do C. Civil, na medida em que actuou em conformidade e no estrito cumprimento dos critérios fixados nos artº43º, nº2 e 44º da LdC.

Ou seja, quem participou, quem cometeu a infracção, foi a OMV, porque tomou a decisão através dos órgãos legitimamente competentes para o efeito, nos termos do Artº7º, nº2.

Os médicos não foram tidos nem achados nesta matéria, ou seja não tiveram qualquer participação activa ou mesmo passiva no aparecimento da tabela de preços que viola as regras de concorrência, em suma, as regras de mercado livre que não se

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

compadecem com medidas proteccionistas que vão ao arreio das normas comunitárias.

Nesta medida, ainda, que se aceite, como não podia deixar de ser, toda a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, invocada pela recorrente nas suas alegações, em matéria de decisões de associações de empresas e de aplicação do nº1, do artigo 81º, do Tratado CE, tal entendimento não pode conduzir a aceitar-se a conclusão que a AC pretende extrair da mesma.

A conclusão de que todas as empresas representadas pela sua associação, no caso, a OMV, participam numa infracção qualificada como decisão de associação de empresas.

Também não acompanhamos a recorrente na interpretação que faz da expressão "participação" empregue pelo legislador no nº 2 do art. 43º da Ldc.

Como é salientado do dito acórdão, e comungando do entendimento nele expresso, também nos parece uma interpretação excessiva considerar que a expressão "participação" quer significar que pelo simples facto de um agente económico ser associado de uma ordem profissional ou de uma associação representativa dos seus interesses profissionais, o torna automaticamente também parte activa do comportamento qualificado como sendo uma decisão de associação de empresas.

Aceitar a interpretação da recorrente AdC de que todos os médicos veterinários participam na infracção de uma forma permanente, quer por acção quer por omissão, nomeadamente enquanto a norma em causa estiver em vigor, conduziria, sem mais, a responsabilizar sempre os médicos veterinários, mesmo em situações em que se manifestaram, expressamente contra uma qualquer medida que viesse a ser tomada pela OMV, que constituisse um ilícito contra-ordenacional, o que seria um absurdo e um abuso de direito.

Como lapidarmente nele é referido, a situação de negação de direitos, a vingar, deixaria os médicos veterinários completamente desprotegidos, ainda que tivessem votado negativamente os estatutos ou o Código Deontológico.

Perdendo a votação eram impotentes para impedir ou alterar o curso das coisas. Assim, não faz qualquer sentido jurídico, responsabilizá-los por um ilícito

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

contra-ordenacional pelo simples facto de estarem inscritos na dita OMV, sabendo nós, que este acto é obrigatório para o exercício da profissão.

O comportamento proibido no caso dos autos traduz-se na aprovação do código deontológico e respectiva tabela de honorários e sua manutenção em vigor ao longo do tempo.

Ora, como vimos, não ficou provado que todos os médicos veterinários que declararam rendimentos provenientes dessa actividade tenham participado no comportamento.

A Ordem dos Médicos Veterinários é uma associação de empresas na acepção do nº1 do artigo 4º da Lei nº18/2003 e do nº1 do artigo 81º do Tratado da Comunidade Europeia.

A aprovação do Código Deontológico, como manifestação da vontade dos seus associados para que estes adoptem um comportamento determinado (a cobrança de honorários através de valores compreendidos entre o mínimo e o máximo constante da Tabela de Nomenclatura e Valores Relativos) no quadro da sua actividade económica, constitui uma decisão de associação de empresas, nos termos e para aplicação do nº1 do artigo 4º da Lei nº18/2003 e do nº1 do artigo 81º do Tratado CE.

Trata-se de uma instituição representativa dos médicos veterinários que exercem a medicina veterinária, sendo os seus órgãos executivos exclusivamente constituídos por médicos veterinários, eleitos pelos membros da profissão, os quais são considerados como empresas para efeitos de aplicação das regras da concorrência. Assim, quer as normas constantes do artigo 44º e 45º do Código Deontológico quer as tabelas de honorário foram adoptadas livre e voluntariamente pela Ordem, correspondendo a uma decisão de uma associação de empresas, na acepção do nº1 do artigo 4º da LdC e do nº1 do artigo 81º do Tratado CE, aplicando-se a todos os médicos veterinários independentemente de os mesmos terem participado, directamente ou não, na elaboração das referidas normas e concordarem, ou não, com as mesmas.

As deliberações e as decisões da associação vinculam os médicos veterinários que tem a obrigação de as acatar.

Como é referido também naquele acórdão, diferente é considerar que pelo simples facto de serem associados da OMV, os torna responsáveis pelo ilícito contra-ordenacional.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Os médicos veterinários podem exercer a sua actividade por conta própria ou de outrem e têm, entre outros, o dever de cumprir o Estatuto e respectivos regulamentos, bem como as normas deontológicas que regem o exercício da medicina veterinária, integradas no respectivo Código Deontológico, no Estatuto e na demais legislação aplicável.

Em face desta factualidade é de concluir que os médicos veterinários inscritos na OMV são operadores económicos que prestam serviços num determinado mercado (da saúde animal e da higiene alimentar), podendo exercer essa actividade de forma dependente ou independente, auferindo uma remuneração pelos serviços que prestam. Consequentemente, é manifesto que os médicos veterinários, enquanto profissionais liberais, exercem uma actividade económica e constituem empresas na acepção do citado art.2º.

A OMV é uma ordem profissional, isto é, é uma entidade criada com o objectivo de controlar o acesso e o exercício de uma determinada profissão (médico veterinário) com o intuito primordial de representar os interesses profissionais dos seus associados. Para exercer a referida profissão é obrigatória a inscrição na Ordem, tendo esta por missão, entre outras, velar pelo cumprimento das regras reguladoras da profissão e sancionar os comportamentos que as violarem.

Trata-se, pois, de uma pessoa colectiva de direito público, criada para assegurar a prossecução de certos interesses públicos, que se apresenta como uma associação de empresas e a quem, por força dos citados arts.2º e 3º, da Lei nº18/2003 de 11 de Junho, é aplicável o regime jurídico da concorrência.

Acresce que daí não se pode afirmar que os médicos veterinários, pelo simples facto de estarem inscritos na Ordem, beneficiem dos entraves à concorrência e, por essa via, participem no comportamento proibido. É que não só não ficou provado que todos os médicos veterinários concordem com a existência da tabela como se provou que pelo menos alguns não concordam já que foram sancionados por infringirem a tabela. Quanto a estes médicos sempre se terá de considerar que a participarem no comportamento proibido o fazem por a tal serem obrigados.

Significa isto que não fica provado que todos os médicos veterinários que declararam rendimentos provenientes dessa actividade tenham participado no comportamento proibido.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Não fez, por isso, o tribunal recorrido uma incorrecta interpretação da lei, como pretende a recorrente AdC.

Pelas razões já atrás mencionadas e pelas que também estão exuberantemente explanadas na sentença recorrida, que neste particular merece igualmente a nossa adesão, a Ordem dos Médicos Veterinários, é equiparada a uma associação de empresas para efeito da Lei da Concorrência, tal como foi entendido na sentença impugnada, pelo que lhe falece razão ao pretender que não fosse estabelecida essa equiparação e, por via disso, ver afastado tal elemento objectivo típico da contra-ordenação por que foi condenada.

Prosseguindo.

Examinemos para finalizar se a coima deve ser reduzida para o valor preconizado pela recorrente – OMV.

Liminarmente convirá referir, que como atrás deixámos antever, e ao contrário do que defende a recorrente OMV, é ao volume de negócios da arguida no ano de 2003, que se deve atender para a determinação do limite máximo abstracto da coima, pelo que no caso vertente esse limite é de € 41.024, 88, correspondente a 10% daquele valor, que se cifra em € 410.248,80.

Com efeito, como é afirmado com toda a propriedade na sentença impugnada, quem participou, quem cometeu a infracção foi a OMV, porque tomou uma decisão através dos seus órgãos competentes nos termos do art.7º, nº2 do RGCC, sendo este o fundamento jurídico da sua punição e não apenas das pessoas singulares que no seio dos órgãos tomaram a decisão, pelo que salvo o merecido respeito, falece razão à arguida ao pretender que só o volume de negócios dessas pessoas físicas poderia ser considerado para aquele efeito. Como ai se diz, essas pessoas só participaram fisicamente na conduta porque uma pessoa colectiva não tem expressão própria. Fizeram-no numa qualidade específica a de membros da assembleia-geral ou do conselho directivo e vincularam a pessoa que representam, que por essa via é a única que participou na conduta.

Não nos merece, pois, reparo a posição adoptada na sentença recorrida.

Os critérios de determinação da medida da coima encontram-se plasmados no art.44º da LdC, que manda atender às seguintes circunstâncias:

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- a) À gravidade da infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional;
- b) Às vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infracção;
- c) O carácter reiterado ou ocasional da infracção;
- d) O grau de participação na infracção;
- e) A colaboração prestada à Autoridade, até ao termo do procedimento administrativo;
- f) O comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados com à concorrência.

Para além destas circunstâncias específicas, há ainda que atender às circunstâncias gerais, que decorrem do art.18º do RGCC.

Tendo em conta estes critérios, na sentença recorrida, para determinação da coima concreta aplicada, foram ponderadas do modo que se segue, as seguintes circunstâncias, que não vem sequer postas em crise:

A contra-ordenação praticada é grave dado estar em causa a protecção de valores fundamentais para a estrutura e funcionamento da economia, designadamente os valores da liberdade de formação da oferta e da procura e de acesso ao mercado, por um lado, e de salvaguarda dos interesses dos consumidores, por outro, sendo certo que os profissionais liberais têm um papel fundamental na economia e na actividade empresarial.

A gravidade da conduta é ainda acentuada pelo facto de se ter prolongado desde Dezembro de 1997, havendo ainda que ponderar a aprovação, em 2004, da tabela relativa à Cova da Beira.

Mais apurou-se a afectação de todo o mercado nacional e a adequação à afectação do comércio entre os estados membros.

No que concerne às vantagens retiradas da prática da infracção, nada ficou demonstrado nos autos. As vantagens a ter em conta têm que ser concretas e apuradas, não sendo de considerar como tal o nível de rendimento mínimo dos associados.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O desvalor da acção é elevado (acção entendida como toda a conduta susceptível de ser praticada pelos agentes idóneos), como resultado do que fica supra exposto.

Já o desvalor do resultado, não se tendo apurado a aplicação efectiva das tabelas, e ponderando tratarmos de uma infracção de perigo concreto, não releva.

A arguida agiu com dolo eventual, num limite muito próximo da negligência consciente.

Não foi valorada a sua conduta não colaborante por constituir, em si, um ilícito contra-ordenacional, tendo-lhe por tanto sido aplicada uma coima, objecto de recurso, que foi já decidido, mas cuja decisão não transitou ainda em julgado.

Não se apurou a existência de antecedentes contra-ordenacionais, não relevando, por não transitada em julgada, a referida condenação.

No que toca à situação económico-financeira da arguida ficou demonstrado que a arguida apresentou, no exercício de 2003, um total de proveitos de € 452 868,80, sendo o total de vendas e prestações de serviços de € 410 248,80, e um total de custos e perdas de € 432 052,21 e no exercício de 2004, um total de proveitos de € 549 132,93, sendo o total de vendas e prestação de serviços de € 526 453,84, e um total de custos e perdas de € 495 022,45.

São elevadas as necessidades de prevenção geral, importando fazer sentir a todos os organismos profissionais a gravidade e efeitos nefastos deste tipo de condutas, tal como aliás as necessidades de prevenção especial, urgindo motivar a arguida a não voltar a ponderar sequer a fixação de tabelas dados os seus efeitos anti-concorrenciais, que em nada beneficiam os seus associados ou os consumidores dos seus serviços.

Pondera-se ainda o grau da culpa, atenuada, como supra ficou explicitado, embora como circunstância geral e não especial.

Ponderadas todas estas circunstâncias, e considerando o limite máximo abstractamente aplicável (€ 41 024,88), a coima foi fixada em € 18 000.

Sopesando em todas as referidas circunstâncias e considerando a moldura abstracta supra mencionada, temos por ajustada e equilibrada a coima fixada na sentença recorrida que, por isso mantemos.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Aliás, o reduzido valor da coima preconizado pela arguida [€ 500,00], sempre seria de reputar insuficiente para satisfazer as necessidades reclamadas pela prevenção geral negativa e prevenção especial negativa.

É que na esteira do ensinamento do Prof. Américo Taipa de Carvalho, in Direito Penal Geral – Questões Fundamentais, pag.162/163, que perfilhamos, «as funções principais das sanções do ilícito de mera ordenação social são de dissuasão geral (prevenção geral negativa) e de dissuasão individual (prevenção especial negativa); dissuasão de todos os destinatários das respectivas normas; dissuasão do infractor condenado em relação à reincidência».

Nesta conformidade e sem mais desenvolvidas considerações, por desnecessárias, negamos provimento aos recursos e mantemos integralmente a dota sentença recorrida, que não viola, nem posterga ou afronta qualquer princípio ou norma legal, designadamente as invocadas pelas recorrentes.

DECISÃO.

Nestes termos e com tais fundamentos nega-se provimento aos recursos interpostos pela Autoridade da Concorrência e pela arguida – Ordem dos Médicos Veterinários – mantendo integralmente a dota sentença recorrida.

Custas pelas recorrentes, fixando-se a taxa de justiça devida individualmente por cada uma delas em 8 UC's.

Lisboa, 5 de Julho de 2007.

(Elaborado e integralmente revisto pelo relator).