

S. Dr. J. N. N. N.

Doc

lu

30.5.12

Ao Dr.

6.06.2012

4 Dr. Helena Machado
Dr. Mariana Figueira
6.6.12

ADC

29-05-2012
E-030/2012/237

I. Relatório

A “ANEPE – Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento”, com sede na Rua de São José, nº 35 D, 1150-321 Lisboa, veio interpor recurso de impugnação judicial da decisão da **Autoridade da Concorrência** datada de 31.12.2010, pela qual foi condenada pela prática de uma contra-ordenação prevista e punida pelos arts. 43 e 4 da Lei nº 18/2003 de 11.6, na coima de €1.971.397,17, na sanção acessória de publicação, pela arguida, de extracto da decisão na II Série do Diário da República, bem como da sua parte decisória num jornal de expansão nacional, e no pagamento das custas do processo.

A decisão da Autoridade da Concorrência (doravante designada AdC) fundamenta-se, resumidamente, no facto de a ANEPE ter desenvolvido uma estratégia de reacção colectiva à entrada em vigor do regime de determinação de preços pela utilização de parques de estacionamento, previsto no Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril, e no âmbito dessa estratégia, ter recomendado o aumento dos preços praticados e a fixação de preços nos parques de estacionamento geridos ou explorados pelas suas empresas associadas, designadamente propondo a fixação de um “preço de ingresso” ou o aumento dos preços aplicáveis em 15%, eliminando dessa forma a pressão concorrencial na negociação das alterações de preços entre as empresas concessionárias e as entidades concedentes, cometendo dessa forma uma infracção ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que proíbe as decisões de associações de empresas que tenham como objecto ou efeito, impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência no mercado nacional.

*

Inconformada com a decisão, a “ANEPE – Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento” (doravante designada ANEPE) interpôs o presente recurso de impugnação, pedindo que o processo seja declarado nulo por:

. preterição de diversos direitos fundamentais da Arguida, consagrados nos artigos 1º, 18º, 20º, 29º, 30º, 32º e 46º da CRP;

5

.desrespeito pela natureza dos ilícitos contra-ordenacionais aqui em causa, aos quais é forçoso aplicar na máxima extensão os direitos, princípios e garantias da Constituição Criminal, nomeadamente os dos artigos 1º, 18º, 20º, 30º, 32º da CRP;

.nulidade da prova utilizada por violação do direito ao silêncio e do princípio da não auto-incriminação e por utilização de meios de obtenção de prova proibida, com violação do disposto nos artigos 124º e 126º do CPP, 32º, nº 2, 8 e 10 da CRP e 43º, nº 3 da LdC.

E que, caso assim não se entenda, seja absolvida com fundamento no não preenchimento do tipo contra-ordenacional em causa nos autos, sob pena de violação dos princípios, constitucionalmente consagrados da legalidade e tipicidade e também, nomeadamente, dos artigos 29º da CRP, 1º, 2º, 3º, 8º e 9º do RGCO, 15º e 16º do CP, 4º e 6º da Lei 18/20003.

Subsidiariamente, requer a substituição das sanções aplicadas por uma admoestação ou, ao menos, a alteração da coima aplicada por ser desproporcional, encontrar-se insuficiente e indevidamente fundamentada e não se coadunar nem com o grau de culpa da arguida, nem com a gravidade da infracção, sob pena de violação, entre outros, do disposto nos artigos 18º e 51º do RGCO, 44º da Lei 18/2003, 40º, nº 2 do CP e 18º da CRP.

Requer ainda a revogação da sanção acessória de publicação aplicada à arguida por tal sanção ter sido aplicada sem respeito pelo disposto no artigo 45º da Lei 18/2003, de forma não fundamentada e automática, em violação do princípio da presunção da inocência proclamado no artigo 32º, nº 2 da CRP, tudo correspondendo ainda à falta de fundamentação da decisão impugnada, em violação directa do disposto nos artigos 205º, nº 1 da CRP, 58º, nº1 alínea b) do RGCO e 374º, nº 2 e 379º, nº 1 alíneas a) e b) do CPP.

Alega, resumidamente, que:

i) foram preteridos no processo direitos fundamentais, violações que foram invocadas na defesa escrita e que não foram sanadas, as quais se mantêm na decisão impugnada que contém por sua vez vícios autonomizáveis em matéria de direitos fundamentais.

Foram violados, alega, direitos do arguido no plano dos factos, das provas, do direito e da sanção, a que acresce uma restrição ilegítima da liberdade de associação.

Conclui que a AdC violou direitos fundamentais consagrados no artigo 32º da CRP e nos artigos 50º do RGCO e 19º nº 1 e 26º da LdC e que tal violação redundava numa nulidade insanável, correspondendo à falta de fundamentação da decisão impugnada, em violação

directa do disposto nos artigos 205º nº 1 da CRP, 58º nº 1 alínea b) do RGCO e 374º nº 2 e 379º nº 1 alíneas a) e b) do CPP.

E que são inconstitucionais por violação dos artigos 32º nºs 5 e 10 e 205º nº 1 da CRP as normas correspondentes aos artigos 50º do RGCO e 26º nºs 1 e 4 da LdC na interpretação de que não é necessário a autoridade administrativa relevante:

- (i) fundar a sua decisão condenatória em concretos factos, bastando-se com a aplicação de conceitos por si definidos e interpretados de acordo com teorias e com meros exercícios de raciocínio;
- (ii) dar ao arguido a oportunidade de se pronunciar convenientemente sobre os novos factos e respectivo enquadramento constantes da decisão instrutória antes de esta ser proferida, apresentando a sua versão dos mesmos;
- (iii) dar ao arguido a oportunidade de contraditar convenientemente todos os elementos constantes do processo, incluindo aqueles que, neste caso, a AdC classificou como confidenciais;
- (iv) dar ao arguido a oportunidade de se pronunciar convenientemente sobre a versão e o enquadramento jurídico que a autoridade administrativa pretenda aplicar aos factos que estão na origem da censura que se pretende fazer ao arguido; e/ou
- (v) dar ao arguido a oportunidade de se pronunciar convenientemente sobre a sanção (ou sanções) que a autoridade administrativa considera dever ser aplicada ao arguido no caso concreto antes da respectiva condenação.

E que é também inconstitucional, por violação dos artigos 46º nºs 1 e 2 da CRP, a norma correspondente aos artigos 4º e 43º da LdC na interpretação que a AdC lhes confere, ao considerar uma carta que dirige aos membros da Associação em relação a alterações legislativas do sector como “recomendação” configurável com infracção às regras da concorrência, porquanto tal norma, assim interpretada, determina uma restrição à actividade legítima das associações.

ii) O aconselhamento jurídico da ANEPE e a carta de 9.5.2006 não são susceptíveis de serem qualificados como “recomendação”; a actuação da ANEPE não é apta a restringir; não existiu a monitorização do cumprimento da suposta “recomendação”, a qual não foi aplicada, de forma efectiva, pelos associados. Pelo que não foi praticada, no caso sub judice, a contra-ordenação por que a ANEPE foi condenada.

5

iii) ainda que a conduta da ANEPE pudesse, em tese enquadrar-se no tipo objectivo de ilícito em causa, sempre estaria excluída a ilicitude subjectiva.

iv) caso o comportamento da Arguida correspondesse a uma violação culposa do artigo 4º da Lei da Concorrência, na decisão impugnada não foram devidamente ponderados os critérios que devem presidir à determinação da medida da coima, tendo a sanção concretamente aplicada sido manifestamente desproporcionada e injusta em face do comportamento da ANEPE, da gravidade de infracção e dos efeitos da contra-ordenação.

iv) apesar do valor elevado da coima aplicada, a decisão não se encontra minimamente explicitada quanto ao *quantum* da sanção.

*

Em sede de contra-alegações, a AdC concluiu, resumidamente, o seguinte:

. a recorrente não foi condenada por quaisquer factos (que não conclusões), que não constassem da nota de ilicitude e sobre os quais teve a oportunidade de se defender, de apresentar elementos probatórios e requerer diligências complementares;

. a discordância da recorrente da interpretação dos factos e valoração da prova feita no processo pela AdC, não releva no plano da violação do seu direito de defesa e audiência ou dos princípios do contraditório ou da presunção da inocência;

. a condenação da recorrente não se baseou em meras presunções, nem se verificou qualquer inversão do ónus da prova;

. o pedido de informações e documentos dirigido à recorrente em 21.07.2006 não foi efectuado ao abrigo de poderes de supervisão, e sim enquanto “envolvida” nos factos, no âmbito de uma investigação, não tendo sido formuladas questões a solicitar respostas auto-incriminatórias, que a sujeitassem a qualquer sanção caso não respondesse;

. todas as provas, incluindo as de natureza exculpatória, constam dos autos e foram, todas, devida e exaustivamente apreciadas pela AdC, tal como a argumentação constante da defesa escrita;

. o estatuto de confidencialidade conferido a determinados documentos é justificado pelo segredo de negócio das empresas envolvidas;

. e as cópias do processo que foram remetidas à recorrente reproduzem os originais constantes do processo, não tendo a recorrente quando os recebeu feito qualquer reparo sobre as mesmas;

. a AdC apreciou os elementos da infracção por referência aos factos que deu como provados;

. foram transmitidos à recorrente os elementos relevantes para a dosimetria da coima;

. carece de fundamento a tese da recorrente de que a constituição como arguido deveria ter ocorrido em momento anterior ao da notificação da nota de ilicitude;

. a liberdade de associação não isenta uma associação de empresas do cumprimento das regras da concorrência;

. a considerar-se que a constituição formal de arguido é obrigatória em processo contra-ordenacional, a omissão é uma mera irregularidade, invocável perante a AdC, não correspondendo à falta de inquérito, nem afectando a validade ou eficácia de qualquer acto processual;

. a considerar-se terem existido as invocadas violações ao direito de audiência e defesa da recorrente, e que as mesmas merecem a sanção de nulidade, as mesmas encontram-se sanadas por aplicação do art. 121 nº1 al. c) do CPP;

. o comportamento da ANEPE subsume-se no tipo contra-ordenacional em causa;

. tendo agido com dolo directo;

. e mostrando-se a coima concretamente aplicada justificada e fundamentada.

*

A ANEPE apresentou resposta às alegações da AdC.

*

Realizou-se a audiência de julgamento, que decorreu com observância do formalismo legal.

II. Saneamento

O Tribunal é competente.

*

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

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

1. O art. 50 do RGCOC

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

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

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

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

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

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

5

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

Em anotação a este preceito Jorge Miranda afirma que *“O nº 10 garante aos arguidos em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção (...) sem que o arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas. A defesa pressupõe a prévia acusação, pois que só há defesa perante uma acusação. A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender.”*¹.

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

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

¹ in Constituição Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, Tomo I, 2005, p. 363.

do artigo 32.º da CRP, tendo sido rejeitada, no âmbito da revisão constitucional de 1997, uma proposta no sentido de consagrar o asseguramento ao arguido, “nos processos disciplinares e demais processos sancionatórios”, de “todas as garantias do processo criminal”.

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

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

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

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

pode, em todo o caso, ter lugar antes do termo do prazo inicialmente fixado para a audição por escrito.

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

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

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

*

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

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

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

*

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

comparecer, dos direitos que lhe assistem, previsto no art. 61 n.º 1, al. h) do CPP *ex vi* art. 41 n.º 1 do RGCO – dado que:

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

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

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

Conclui por isso que as declarações de Pedro Mendes Leal não podem ser utilizadas como prova, tal como previsto no art. 58 n.º 5 do CPP *ex vi* art. 41 n.º 1 do RGCO.

Da constituição de arguido

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

A aplicação subsidiária de qualquer norma, seja ela do RGCOC, seja ela do Cod. Proc. Penal, só tem lugar quando estivermos perante um caso omissivo, ou seja, quando estivermos perante uma situação não prevista na lei. A aplicação subsidiária de qualquer disposição legal pressupõe a existência de uma lacuna de previsão (falta a previsão de um caso que deve ser juridicamente regulado), i.e., a hipótese em apreciação não está contida nem na letra nem no espírito da lei.

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

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

O RGCOC, ao contrário do Cod. Proc. Penal (arts. 58.º e segs.) não contém quaisquer regras relativas à constituição de arguido. A questão que se coloca é, pois, a de apurar se o facto de o RGCOC não conter quaisquer regras relativas à constituição de arguido é intencional, isto é, se o objectivo do legislador foi intencionalmente não impor nestes processos a obrigatoriedade de constituição de arguido, ou se, pelo contrário, se trata de uma

lacuna, caso em que teremos de recorrer à aplicação subsidiária, *ex vi* art. 44º, dos arts. 58º e segs. do Cod. Proc. Penal.

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

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

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

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

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

5

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

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

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

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

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

5

juízo só não se realizará se o tribunal considerar necessária a sua presença (arts. 67º e 68º do RGCOG).

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

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

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

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

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

O art. 61 do Código de Processo Penal, invocado pela ANEPE, enuncia os direitos de que o arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo penal. Entre esses direitos, o de estar presente aos actos processuais que directamente lhe disserem respeito (al a), o direito de ser informado, pela autoridade judiciária ou pelo órgão de polícia criminal perante os quais

seja obrigado a comparecer, dos direitos que lhe assistem (al. h), e o direito de estar presente aos actos processuais que directamente lhe disserem respeito (al. a).

Vejam os:

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

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

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

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

Temos por certo que, no processamento de contra-ordenações, nomeadamente na fase administrativa, não é aplicável, por qualquer forma, o procedimento administrativo. O direito subsidiário é, expressamente o processo penal, nos termos do art. 41º nº 1 do RGCO, quer na fase administrativa, quer na fase judicial (impugnação) - neste sentido Lacerda Costa Pinto *in* O Ilícito de Mera Ordenação Social e a Erosão do Princípio da Subsidiariedade da Intervenção Penal, *in* RPCC, ano 7, Fase. 1º, Jan-Março 1997, p. 81); Simas Santos e Lopes de Sousa *in* Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 23 ed., Vislis, p. 267, António Beça Pereira, *in* Regime Geral das Contra Ordenações e Coimas, Almedina 2001, pág. 88; Teresa Beleza, *in* Direito Penal, AAFDL, vol. I, 2ª edição, pág. 131; José P. F. Cardoso da Costa, O Recurso para os Tribunais Judiciais da aplicação das Coimas pelas Autoridades Administrativas, 1991, pp. 57 e segs. e José Gonçalves da Costa, Contra-Ordenações, CEJ, Set. 1995, pp. 46 e segs.

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

Temos, portanto, em primeiro lugar que olhar ao regime da Lei da Concorrência, seguidamente à Lei Quadro das Contra-ordenações, após o que terá que se averiguar se é necessário e admissível, para regular determinada questão de direito contra-ordenacional,

recorrer aos preceitos de direito processual penal. Se a resposta às duas questões (necessidade e admissibilidade) for positiva, terá ainda que se determinar se as regras processuais penais devem ser literalmente aplicadas ou se devem ser devidamente adaptadas à estrutura, funcionamento, valores e fins do processo de contra-ordenação - cfr. António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral *in* Notas ao Regime Geral das Contraordenações e Coimas, pg. 105, 2³ edição, em anotação ao art. 41º.

Sobre esta concreta questão da obrigatoriedade de resposta às "perguntas" e satisfação dos pedidos de informação formulados pela AdC, o regime legal está exaustivamente regulado: a AdC tem o poder de formular perguntas e solicitar elementos e informações (art. 17º n.º 1, al. a) e b) da LdC) no exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão.

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

O facto de este poder da AdC estar consagrado também para procedimentos sancionatórios (aos quais é aplicável o RGCO e o CPP pela via já assinalada) sem que se faça qualquer distinção de regime quanto aos destinatários do dever, pelo contrário, especificando na alínea a) do art. 17º n.º 1 que este poder se dirige também contra os representantes legais das empresas ou associações de empresas envolvidas, leva à conclusão de que, neste particular, o legislador quis expressamente afastar a aplicabilidade de preceitos em contrário.

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

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

Improcede, pois, a alegação da arguida.

*

5

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

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

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

O processo contra-ordenacional tem início oficiosamente, mediante participação elaborada pelas autoridades policiais/agentes de fiscalização ou por denúncia de particulares (art. 54º, nº 1º, do RGCOC e 24º da Lei 18/03). Aberto um processo contra-ordenacional são praticados os actos de investigação reputados de necessários com vista à decisão final (citado art. 54º, nº 2º). Terminada a investigação e concluindo o titular do processo (autoridade administrativa) que há fortes indícios da prática de uma contra-ordenação e de quem é o seu autor, profere uma decisão, usualmente designada de nota de ilicitude, na qual identifica o arguido e os factos praticados, subsumindo-os ao direito aplicável, e indica as sanções aplicáveis (art. 5º da Lei 18/03). Tal decisão tem de ser notificada ao arguido a quem tem de ser dada a possibilidade de sobre ela se pronunciar em tempo razoável (citado art. 50º do RGCOC e 26º da Lei 18/03).

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

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

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

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

Significa isto que é lícito à AdC realizar diligências de prova mesmo após notificar a arguida da nota de ilicitude desde que permita à arguida pronunciar-se sobre esse meios de

prova. Ora se estes meios de prova forem realizados em momento posterior ao da notificação à arguida da nota de ilicitude (como permite o citado art. 26º) é manifesto que não podem ser referidos nessa mesma nota de ilicitude. Sendo a própria lei que permite a sua realização em momento posterior ao do exercício do direito de defesa escrito ou oral da arguida é evidente que não há qualquer irregularidade no facto de virem a ser usados como meio de prova na decisão final apesar de não terem sido mencionados na nota de ilicitude desde que tenham sido dados a conhecer á arguida que sobre eles se pôde pronunciar.

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

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

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

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

»

Alega a arguida que quer a nota de ilicitude - na qual a imputação feita à arguida tem por base meras conclusões e não verdadeiros factos - quer a decisão final, que condena a

arguida com base nas conclusões já apresentadas em sede da nota de ilicitude, desconsiderando a alegação feita em sede de defesa escrita - violam o direito de defesa da arguida, consagrado no n.º 5 do artigo 32.º da CRP, no artigo 50.º do RGCO e no artigo 19.º da LdC, e o princípio da presunção de inocência do arguido, consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da CRP.

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

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

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

A discordância da fundamentação da decisão não é de facto confundível com a sua falta de fundamentação, e, salvaguardada a *liberdade de expressão* pela qual aliás a arguida pugna no seu recurso a propósito da “recomendação”, a citada passagem da extensa decisão da AdC não é mais do que a referência ao que atrás expusemos sobre o processado da chamada fase administrativa do processo de contra-ordenação: terminada a investigação e concluindo a autoridade administrativa que há fortes indícios da prática de uma contra-ordenação e de quem é o seu autor, profere uma decisão, que é notificada ao arguido, e que pode, se não se conformar com a nota de ilicitude, exercer o seu direito de defesa, que passa não só pela resposta aos factos que lhe são imputados e respectivo enquadramento jurídico, como pela apresentação da prova que entender necessária e/ou pelo requerimento de realização de diligências de prova.

A decisão impugnada descreve no ponto II. os factos que a AdC considera provados (e cuja motivação para tanto descreve no ponto II.4, refutando a essencialidade da defesa da

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

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

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

Refira-se que a arguida não chega a alegar que não foi feita a referida operação de subsunção, apenas que não foi feita “uma verdadeira operação de subsunção”, sustentando por ex. que se procedeu a uma análise “muito pouco objectiva” da factualidade, que tirou “conclusões subjectivas”. Tendo a arguida impugnado a decisão, é ao Tribunal e nesta sede que caberá apreciar a correcção daquela subsunção; apreciar e decidir se os factos que resultaram provados nos autos, integram ou não a prática da contra-ordenação imputada à arguida. Mas não estamos já no plano da violação de direito de defesa da arguida no processo de contra-ordenação.

»

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

Analisemos pois a nota de ilicitude.

No ponto III.1.7., sob a epígrafe “elemento subjectivo” da nota de ilicitude, conclui a AdC que a ANEPE agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da infracção que lhe é imputada. Considerando os factos “supradescritos” e o conjunto de elementos de prova “precisos e concordantes”, conclui a AdC que a ANEPE cometeu a infracção com dolo, tendo

representado e querido a prática concertada. Refere nos arts. 304 a 306 que a leva a concluir pela existência clara de uma actuação dolosa, culposa e consciente.

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

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

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

Refere-se na nota de ilicitude que a arguida delineou, a partir do conhecimento do primeiro anteprojecto legislativo relativo ao regime jurídico a aplicar aos parques de estacionamento e na primeira reacção junto das associadas, a 16.12.2005, uma estratégia que culminou entre 24.04.2006 e 9.05.2006 na definição de um conjunto de recomendações em matéria de política de preços a adoptar pelas associadas. Recomendações essas que se consubstanciam nos textos que constam dos factos imputados (e que a arguida não alegou desconhecer e cuja autoria sequer pôs em causa). Tendo omitido expressamente na comunicação pública de 9.05.2006 as recomendações em matéria de preços que havia comunicado entre 24.04 e 2.05.2006, embora a representação gráfica que a acompanha seja clara nesse sentido, o que demonstra claramente uma actuação dolosa da sua parte, da gravidade da sua conduta e da afectação do bem jurídico protegido pelas normas de defesa da concorrência que a mesma implicava. E não podia desconhecer as obrigações que lhe incumbem à luz do Direito da Concorrência.

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

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

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

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

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

»

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

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

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

Nem tinha de o fazer.

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

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

Com efeito, impor à autoridade administrativa a obrigação de notificar a arguida da coima e sanção acessória que considera vir a aplicar é impor-lhe a obrigação de comunicar à arguida o projecto de decisão final, imposição essa que não existe. De facto, só após a defesa apresentada pela arguida é considerada a globalidade da prova produzida, incluindo a produzida pela arguida e, por conseguinte, só nesse momento tem a autoridade condições para determinar as sanções concretas que julga serem as adequadas. Logo, com a nota de ilicitude a autoridade não pode notificar a arguida da sanção que pensa vir a aplicar pelo simples facto de que, nesse momento, ainda não dispõe de todos os elementos necessários para o efeito. Aliás, se a AdC, com a nota de ilicitude, comunicasse à arguida qual o montante da coima que

tencionava aplicar, então sim, estaria a fazer um juízo sobre a ilicitude e culpabilidade da arguida absolutamente fora de tempo, daí resultando que a audição da arguida para se pronunciar não seria mais do que o cumprimento de uma formalidade.

Significa isto que com a nota de ilicitude a autoridade administrativa apenas tem que dar a conhecer à arguida as sanções abstractamente aplicáveis caso conclua que a contra-ordenação imputada à arguida foi por esta cometida.

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

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

»

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

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

Vejamos.

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

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

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

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

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

Analisemos então agora a decisão impugnada.

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

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

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

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

Neste trecho está perfeitamente explicitada a posição da AdC que a leva a concluir pelo dolo: a ANEPE tinha consciência, sabia, que estava a recomendar uma *"solução preconizada"* em termos de adaptação dos preçários das empresas associadas ao Decreto-Lei n.º 81/2006 que passasse pela fixação de um *"preço de ingresso"* ou pelo aumento dos preços

em 15%, com vista à definição de uma actuação concertada das empresas associadas no âmbito das negociações de preços com as entidades concedentes e quis fazê-lo, agindo de forma livre.

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

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

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

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

»

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

havia sido tidos em conta na nota de ilicitude, com total surpresa da arguida que sobre os mesmos, com a configuração ora dada pela AdC, não se pronunciou.

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

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

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

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

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

que toca ao enquadramento jurídico, a arguida não teve a oportunidade de se pronunciar e exercer o seu direito de defesa.

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

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

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

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

*

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

Direito à não auto-incriminação da arguida

Em suma alega a arguida que a AdC se valeu dos seus poderes de supervisão para instruir um processo de contra-ordenação, socorrendo-se do mecanismo previsto no art. 17 n.º 1 al. a) da LdC e fundando a matéria de facto objectiva e subjectiva nos documentos fornecidos pela arguida em resposta a solicitações suas, sem que tenha referido expressamente que essa solicitação, ainda que efectuada no âmbito de um inquérito, estava a servir na realidade para instruir um processo de contra-ordenação em que a própria ANEPE era arguida.

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

A AdC sustenta que o seu (único) pedido de informações e documentos dirigido à arguida no processo não foi efectuado ao abrigo de poderes de supervisão, antes sob a égide do disposto no art. 17 n.º1 al. a) da Lei n.º 18/2003, o que foi claramente identificado no texto da correspondência que lhe enviou. O pedido foi formulado à arguida, sustenta, enquanto “envolvida” nos factos, ou seja, no âmbito de uma investigação. Ainda, que no pedido não foram formuladas quaisquer questões a solicitar respostas auto-incriminatórias por parte da arguida. E que esta não forneceu em momento algum quaisquer respostas ou elementos probatórios auto-incriminatórios que tenha sido usados contra si na nota de ilicitude ou na decisão.

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

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

No âmbito do exercício das suas funções, a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação (art. 7 dos Estatutos). No exercício dos primeiros cabe-lhe, designadamente, *“identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei”*, adoptando medidas cautelares, se necessário (art. 7 n.º2, als. a) e b) dos Estatutos).

Para o exercício quer dos seus poderes sancionatórios, quer dos seus poderes de supervisão, nos termos do disposto no art. 17 n.º1 al. a) da Lei n.º 18/03 (LdC), a AdC, através dos seus órgãos e funcionários, pode inquirir os representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos.

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

Finalmente o art. 43 n.º 3 al. b) da LdC, tipifica como contra-ordenação punível com coima até 1% do volume de negócios do ano anterior a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoidade no uso dos seus poderes sancionatórios ou de supervisão.

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

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

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

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

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

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

Uma das manifestações do direito à não auto-incriminação é o direito ao silêncio, claramente aplicável e com toda a amplitude em processo penal (v. art. 61 n.º 1 al. c) e 132 n.º 2 do CPP).

Também em procedimento sancionatório relativo às contra-ordenações da concorrência é aplicável o direito à não auto-incriminação, como instrumento do princípio da presunção de inocência, atento o disposto nos arts. 12 n.º 1, 32 n.º 2 e 32 n.º 10 da CRP.

Por outro lado, as regras próprias deste procedimento prevêm a obrigatoriedade de satisfação dos pedidos de informação e elementos solicitados pela AdC, pelos próprios investigados, sendo a recusa ou prestação de informações falsas punidos com coima.

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

- . a base jurídica e o objectivo do pedido;
- . o prazo para a comunicação das informações ou o fornecimento dos documentos;
- . as sanções a aplicar na hipótese de incumprimento do requerido;

. a informação de que as empresas deverão identificar, de maneira fundamentada, as informações que considerem confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações.

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

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

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

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

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

Pelo que improcede a arguida nulidade.

Utilização de prova selectiva

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

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

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

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

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

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

É legítimo.

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

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

No mais, sendo legítima a discordância da arguida sobre a valoração da prova feita pela AdC, não se vislumbra qualquer preterição do princípio da presunção de inocência nem das regras de apreciação de prova. A AdC não retirou é da análise e valoração dos elementos trazidos ao processo pela arguida as conclusões que esta pretendia que retirasse. Ora, saber se os tais elementos foram ou não bem valorados é questão de julgamento, que não está em apreciação nesta sede. O que importa aqui, é saber se tais elementos foram ou não valorados, e a resposta é positiva.

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

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

Não disponibilização (injustificada) de todos os elementos do processo

5

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

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

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

Documentos confidenciais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quando a AdC, no exercício dos poderes que lhe são conferidos pelo citado art. 17º, nº 1, al. b), solicita às empresas informações e documentos, deve informá-las de que *deverão identificar, de maneira fundamentada, as informações que considerem confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações* (art. 18º, nº 1, al. d), da Lei 18/2003), sendo certo que a falta de resposta das empresas ou a resposta falsa inexacta ou incompleta está tipificada como contra-ordenação (art. 43º, nº 3, al. b), da Lei 18/2003).

Sobre a AdC incumbe o ónus de acautelar o *interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio* (art. 26º, nº 5, da Lei 18/2003), ónus esse que está directamente relacionado com o sigilo a que os órgãos da Autoridade e o “seu pessoal” estão obrigados (art. 36º dos seus Estatutos: *Os titulares dos órgãos da Autoridade, bem como o seu*

peçoal, estão especialmente obrigados a guardar sigilo dos factos cujo conhecimento lhes advenha pelo exercício das suas funções e que não possam ser divulgados, nos termos da lei.).

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

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

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

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

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

SEP/Comissão, C-36/92 P, Colect., p. I-1911, n. 36). O Tribunal considera, todavia, que este direito deve ser equilibrado com a garantia dos direitos de defesa."

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

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

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

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

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

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

5

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

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

Documentos ilegíveis

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

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

Não podemos deixar de acolher o que já neste Tribunal reiteradamente se decidiu a propósito da mesma questão, nos termos que constam da citação feita pela AdC no art. 264 da sua decisão: tendo a arguida tido um comportamento totalmente passivo nesta matéria desde que foi notificada da nota de ilicitude, o facto de vir agora suscitar esta questão raia a violação dos seus deveres de diligência e boa fé processuais. *“O primeiro obriga os sujeitos processuais a «reagir contra nulidades ou irregularidades que consideram cometidas e entendam relevantes... não podendo naturalmente escudar-se na sua própria negligência no acompanhamento das diligências ou audiências para vir reclamar o cumprimento da lei relativamente a actos em que estiveram presentes e de que, agindo com a prudência normal, não puderam deixar de se aperceber». O segundo impede que os sujeitos processuais*

«possam aproveitar-se de alguma omissão ou irregularidade porventura cometida ao longo dos actos processuais em que tiveram intervenção, guardando-a como um «trunfo» para, em fase ulterior do processo, se e quando tal lhes pareça conveniente, a suscitarem e obterem a anulação do processado»” (João Conde Correia, *Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*, in *Studia Iuridica* 44, Cª Ed., p.148, n.328).

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

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

*

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

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

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

Sem razão, no entanto.

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

5

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

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

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

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

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

Desde logo a questão suscitada nada tem a ver com direito de audiência e defesa da arguida. Como já se repetiu, do direito de audiência e defesa resulta tão só que a ninguém pode ser aplicada uma sanção sem que, previamente, lhe tenha sido dada a possibilidade de se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados e sobre o respectivo enquadramento jurídico. Reconhece-se contudo que a arguida dirige à decisão, neste aspecto, apenas uma censura (“estranha” que a AdC não tenha feito o esforço de reconduzir a infracção às

restrições típicas enunciadas no nº1 do art. 4). Assim, neste moment, a haver algum vício da decisão impugnada seria o de falta de fundamentação nos termos do art. 58, que não o de violação do direito de defesa.

Julgo, em conclusão, improcedente a arguida nulidade.

*

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

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

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

Depois, no que concerne aos critérios para determinação da medida da coima, mesmo que assistisse razão à arguida quanto a não terem sido concretizados determinados factores na determinação da culpa e na fixação da medida concreta da coima, ou de na decisão não haver factos concretos mas apenas conclusões, tal nunca importaria a anulação da decisão recorrida e muito menos a sua nulidade por violação dos direitos de defesa. Nesse caso, e porque foi interposto recurso de impugnação judicial da decisão final, caberia ao Tribunal atender a tais circunstâncias e, caso as considerasse relevantes, concluir em conformidade (ou seja, absolvendo a arguida, reduzindo a coima ou substituindo a coima por uma admoestação, consoante a relevância que atribuisse a cada factor).

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

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

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

Alega ainda a ANEPE que, não tendo sido indicada em que coima a arguida incorreria - ou seja, a coima aplicável ao caso da arguida e não a qualquer violação do artigo 4º da LdC - saiu violado o direito de audiência e de defesa da arguida, previsto nos artigos 26º da LdC e 50º do RGCO, que impõe que à arguida seja dada a oportunidade de se pronunciar sobre a sanção em que incorre.

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

Quanto à ininteligibilidade da decisão impugnada por falta de indicação dos factos e critérios que levaram a AdC a concluir que determinadas empresas associadas participaram no comportamento proibido, falta essa que constitui uma violação dos seus direitos fundamentais de defesa, entende o Tribunal que a decisão impugnada se mostra suficientemente fundamentada ao enunciar as empresas que considera terem tido participação no comportamento, por remissão para a matéria de facto e pelos fundamentos da exclusão da

Promoparques dessa participação (art. 682 e 683 da decisão impugnada), sendo de molde a permitir à arguida aperceber-se das razões da decisão e exercer o seu direito de defesa.

Invoca ainda a final a arguida a nulidade da aplicação, de forma automática e não fundamentada, da sanção acessória de publicação da decisão condenatória, por violação do seu direito de audiência e defesa, bem como do princípio da presunção da inocência consagrados nos arts. 32 da CRP e 50 do RGCO e 19 n.º 1 e 45 da Lei 18/2003, e que corresponde à falta de fundamentação da decisão impugnada, em violação da Constituição, do RGCO e do CPP.

Consta desde logo da nota de ilicitude a referência à possibilidade de aplicação no caso de uma sanção acessória. Do que a arguida foi notificada e teve oportunidade de se pronunciar (a publicitação da decisão integra a al. a) do n.º 1 do art. 45 da LdC citado naquela nota).

Na decisão impugnada consta, no art. 673, a fundamentação da decisão da aplicação da sanção acessória prevista na al. a) do n.º 1 do referido art. 45: a gravidade da infracção cometida (previamente apreciada), o facto de determinados elementos constitutivos da decisão de associação de empresas objecto da decisão, mormente a comunicação de 9.05.2006, ter sido objecto de publicação no boletim informativo da ANEPE, bem como por o mesmo ter sido divulgado externamente à própria associação, e atendendo às exigências de prevenção geral e especiais (apreciadas antes), justificam a aplicação de tal sanção acessória.

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

Improcede, pois, a arguida nulidade.

*

6. Da violação da liberdade de associação

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

Termina no art. 498 do recurso arguindo a inconstitucionalidade da norma correspondente aos arts. 4 e 43 da LdC na interpretação que a AdC lhes confere, ao considerar

uma carta que dirige aos membros da Associação em relação a alterações legislativas do sector como “recomendação” configurável como uma infracção às regras da concorrência, porquanto tal interpretação da norma determina uma restrição à actividade legítima das associações.

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

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

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

*

Das inconstitucionalidades

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

- (vi) fundar a sua decisão condenatória em concretos factos, bastando-se com a aplicação de conceitos por si definidos e interpretados de acordo com teorias e com meros exercícios de raciocínio;
- (vii) dar ao arguido a oportunidade de se pronunciar convenientemente sobre os novos factos e respectivo enquadramento constantes da decisão instrutória antes de esta ser proferida, apresentando a sua versão dos mesmos;
- (viii) dar ao arguido a oportunidade de contraditar convenientemente todos os elementos constantes do processo, incluindo aqueles que, neste caso, a AdC classificou como confidenciais;

- 5
- (ix) dar ao arguido a oportunidade de se pronunciar convenientemente sobre a versão e o enquadramento jurídico que a autoridade administrativa pretenda aplicar aos factos que estão na origem da censura que se pretende fazer ao arguido; e/ou
 - (x) dar ao arguido a oportunidade de se pronunciar convenientemente sobre a sanção (ou sanções) que a autoridade administrativa considera dever ser aplicada ao arguido no caso concreto antes da respectiva condenação.

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

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

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

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

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

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

Ora quanto à amplitude da garantia constitucional plasmada neste art. 32º, nº 10, tal norma implica tão-só ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-

ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audiência) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade.

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

*

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

*

II. Fundamentação

II.1. Matéria de facto provada

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

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

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

3 - A ANEPE foi constituída a 22 de Abril de 1996, por escritura outorgada pelas seguintes empresas: ESLI – Parques de Estacionamento de Lisboa, S.A., Emparque –

Empreendimentos e exploração de parqueamentos, S.A. e Socoparque – Parques de Estacionamento, S.A. (Escritura de constituição da ANEPE, a fls. 1795).

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

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

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

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

Lugares de estacionamento, por tipo de parque e por associado da ANEPE				
	Unidades Autónomas de Exploração	Unidades de Apoio ou complementares de estruturas comerciais	Parques de estacionamento privado	Estacionamento à superfície
Associado	N.º lugares	N.º Lugares	N.º Lugares	N.º Lugares
CPE	4.642	872	0	1.324
Carlos Oliveira	0	0	285	150
EMEL	0	74	483	40.863
Estação Shopping	800	0	0	0
Grupo Emparque	9.381	14.230	0	21.940
Promoparques	0	852	0	0
RESOPRE	0	0	0	3.389
SIENT	0	0	3.418	3.189

SPEL	3.363	10.211	0	2.047
TOTAL	18.186	26.239	4.186	72.902

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

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

Organograma Funcional e Competências
Assembleia Geral
a) Eleger e destituir os membros da Direcção e do Conselho Fiscal; b) Deliberar sobre a alteração dos estatutos; c) Apreciar e aprovar o relatório e contas da Direcção e o parecer do Conselho Fiscal sobre o exercício findo; d) Aprovar o plano das actividades e o respectivo orçamento proposto pela Direcção; e) Aprovar ou alterar o processo de eleição para os órgãos sociais e, sob proposta da Direcção, os regulamentos sobre o funcionamento dos mesmos, bem como a admissão de novos associados e a fixação do quantitativo da jóia e da quota; f) Deliberar sobre a perda da qualidade de associado, nos termos do artigo 7.º dos estatutos; g) Deliberar sobre a dissolução da Associação; h) Deliberar sobre a aquisição, oneração ou alienação de quaisquer bens imóveis; i) Deliberar sobre os acordos de fusão, associação ou federação; j) Fixar a remuneração dos órgãos sociais.
Conselho Fiscal
a) Fiscalizar a actividade económico-financeira da Direcção; b) Emitir parecer sobre o relatório e contas elaborado pela Direcção para apreciação e votação da Assembleia Geral; c) Fazer-se representar nas reuniões da Direcção, sempre que o julgue necessário.

Direcção
a) Prosseguir o objecto estatutário e o cumprimento dos fins designados à Associação; b) Zelar pelo cumprimento dos estatutos e deliberações dos órgãos sociais; c) Assegurar a organização e o funcionamento dos serviços; d) Gerir as actividades da Associação e administrar o seu património; e) Representar a Associação, em juízo e fora dele; f) Elaborar os regulamentos internos a aprovar em Assembleia Geral; g) Elaborar o relatório e contas do exercício findo, bem como o plano de actividade e o respectivo orçamento para o ano seguinte; h) Propor à Assembleia Geral o quantitativo da jóia de admissão e das quotas a pagar pelos associados; i) Propor à Assembleia Geral a suspensão ou exclusão dos associados; j) Organizar, contratar e gerir o pessoal da Associação; k) Definir, em função das informações que lhe forem prestados pelos Associados e de acordo com os estatutos, o número de votos que deve ser atribuído a cada Associado, para efeitos do exercício do respectivo direito de voto na Assembleia Geral.
Secretário-geral
a) Obrigar a ANEPE na movimentação de contas bancárias, em conjunto com um dos Directores; b) Representar a ANEPE junto dos Organismos oficiais e quaisquer entidades com que a ANEPE se relacione; c) Organizar a área administrativa e financeira da ANEPE, nomeadamente no que se refere à prestação de contas fiscais e orçamentais.

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

A) Triénio 2003 – 2005

1. Assembleia geral:

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

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

2. Direcção:

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

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

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

Conselho Fiscal:

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

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

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

B) Triénio 2006 - 2008

1. Assembleia geral:

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

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

2. Direcção:

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

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

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

3. Conselho Fiscal:

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

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

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

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

Composição dos Órgãos Sociais da ANEPE (triénios 2003/2005 e 2006/2008)		
Órgãos Sociais	2003 – 2005	2006 – 2008
Assembleia Geral		
Presidente	EMEL, representada por António Monteiro	EMEL, representada por Caetano Gomes
Secretário	RESOPRE, representada por João Guerra	CPE, representada por Fernando Melo
Direcção		
Presidente	SPEL, representada por António Mendes	BAER, representada por Guilherme Magalhães
Tesoureiro	EMPARQUE, representada por Pedro Mendes Leal	EMPARQUE, representada por Pedro Mendes Leal
Vogal	SIENT, representada por José Leal	SPEL, representada por António Mendes
Conselho Fiscal		
Presidente	MULTIFROTA, representada por Manuel Pinheiro	SIENT, representada por Pedro Serra Brandão
Vogal	PROMOPARQUES, representada por Vítor Reis	RESOPRE, representada por João Guerra
Vogal	ESLI, representada por Luis Melo	MULTIFROTA, representada por Manuel Pinheiro
Data de eleição	10 de Abril de 2003	21 de Março de 2006

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

11 - Previamente à sua nomeação como Secretária-geral da ANEPE, Maria de Jesus Lopes tinha já estado ligada aos órgãos sociais da associação, tendo sido vogal da Direcção, em representação das empresas associadas ESLI e EMPARQUE (ambas do Grupo Emparque), de 1998 a 2002;

12 - A ANEPE não possui uma estrutura humana permanente ou autónoma em relação às empresas associadas, dependendo, para o seu funcionamento quotidiano, para a generalidade das comunicações de e com os associados e terceiros, e para a actividade

associativa em geral, da Secretária-geral, com o apoio administrativo de uma assistente administrativa a tempo parcial;

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

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

A) Detenção da totalidade do capital social:

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

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

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

C) Detenção de metade do capital social:

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

D) Detenção de participação minoritária:

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

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

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

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

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

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

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

21 – Consta do relatório de gestão de 2006 da “Sient” que em 31 de Dezembro de 2006, a SIENT operava 20 parques de estacionamento (4 na Área Metropolitana do Porto, 2

na zona centro, 11 na Área Metropolitana de Lisboa e 3 no Algarve), num total de 7.146 lugares de estacionamento;

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

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

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

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

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

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

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

29 - A EMEL – Empresa Pública Municipal de Estacionamento de Lisboa. E.M., pessoa colectiva n.º 503 311 332, com sede na Avenida de Berna, n.º 1, 1050-036 Lisboa, é uma empresa pública municipal que tem por objecto a instalação e gestão de sistemas de

estacionamento público urbano, à superfície, na cidade de Lisboa, podendo ainda promover, construir e explorar parques de estacionamento;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

37 - A 19 de Dezembro de 2005, a Secretária-geral da ANEPE remeteu ao representante da CPE (empresa que, à data, não pertencia aos órgãos sociais da Associação), solicitação idêntica às referidas no parágrafo anterior, uma vez mais sublinhando que *“no nosso entender, se trata de matéria muito grave”*;

38 - A 21 de Dezembro, a SIENT remeteu à ANEPE os seus comentários: *“Contributos da SIENT, S.A. para parecer da ANEPE a enviar ao Ministério da Economia e Inovação”*, tendo sido reencaminhados, nessa mesma data, para os representantes das restantes empresas membros da Direcção (a SPEL e a EMPARQUE);

39 - Nestes *“contributos”*, a SIENT declarava a sua oposição à solução proposta no anteprojecto para a determinação do preço de utilização dos parques de estacionamento, ao minuto, nos seguintes termos:

“Discordamos, em pleno, com o projecto de fraccionamento do tempo ao minuto previsto no n.º 1 deste artigo [9.º do anteprojecto].

Existem já diversas modalidades tarifárias que prevêm situações de tolerância para curtos períodos de permanência dos veículos em parqueamento bem como tolerâncias de 10, 15, 20 minutos ou mais entre o acto de pagamento e a retirada do veículo.

Por outro lado, o fraccionamento do tempo ao minuto torna os parques inoperacionais, criando dificuldades na gestão dos trocos, tanto por parte dos utentes, como

5

por parte dos operadores, atrasando a mobilidade dos veículos incompatível com a generalidade dos equipamentos instalados.

Questão diferente será se em conformidade com aquelas tolerâncias o processamento de cálculo seja feito por períodos discretos comparáveis aos períodos de tolerância supra (de 15 a 30 minutos), ainda que podendo colidir com a lógica progressiva ou regressiva de tarifas conforme o perfil específico de procura que cada infra-estrutura de estacionamento procura servir.

Pensamos, ainda, que este sistema a prevalecer, poderá provocar uma inevitável subida de preços para os consumidores, de forma a se encontrarem soluções ágeis e facilitadoras na movimentação de dinheiro.”;

40 - Aquele documento foi recebido pela Emparque;

41 - A 22 de Dezembro de 2005, a ANEPE remeteu o parecer solicitado ao anteprojecto do diploma, referindo, quanto ao regime proposto para a determinação do preço a pagar pelos utilizadores dos parques de estacionamento, o seguinte:

“o artigo 9.º do anteprojecto prevê que nos estacionamentos de curta duração (até 24 horas) a tarifa a pagar pelos utilizadores dos parques de estacionamento seja fixada ao minuto e que nos estacionamentos de longa duração (duração superior a 24 horas) a tarifa correspondente ao período de estacionamento possa ser fixada à hora, ao dia, à semana ou ao mês.

É também com enorme preocupação que a associação vê esta proposta.

Na verdade, tal como foi referido a propósito da questão tratada na alínea a) antecedente, também aqui a implementação desta regra implicaria uma alteração profunda dos pressupostos que estiveram subjacentes ao modelo financeiro dos contratos celebrado pelos associados da associação, sejam eles contratos de concessão de exploração (de natureza privada ou pública), contratos de concessão ou contratos de constituição de direito de superfície.

Efectivamente, o modelo económico de exploração dos parques de estacionamento regulados pelos contratos em causa, foi baseado, independentemente de o estacionamento ser de curta ou de longa duração, na cobrança de uma tarifa horária e não na cobrança de uma tarifa fixada ao minuto.

A cobrança da tarifa ao minuto nos termos preconizados pelo diploma em análise, como facilmente se compreende, altera de forma profunda os pressupostos financeiros em

que se basearam os contratos em vigor, comprometendo de forma clara a viabilidade dos respectivos parques de estacionamento.

Também esta regra, igualmente pelas razões indicadas na alínea c) seguinte, é altamente lesiva dos direitos e interesses dos associados desta Associação, e também do público utente dos parques de estacionamento (pelo aumento de custo que inevitavelmente implicaria), razão pela qual, em nosso entender, não poderá ser implementada”;

42 - Tal comunicação da ANEPE foi remetida ao Secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor, e à Direcção-geral de Viação, à Câmara Municipal de Lisboa, e à Câmara Municipal do Porto;

43 - A comunicação foi ainda remetida, sob forma de minuta e previamente à sua remessa para a Secretaria de Estado, às empresas associadas representadas na Direcção da Associação: Emparque, SIENT, e SPEL, sendo também dado conhecimento à CPE;

44 - O diploma relativo à utilização de parques e zonas de estacionamento foi aprovado pelo Governo, em Conselho de Ministros, no dia 8 de Março de 2006;

45 - E foi publicado a 20 de Abril de 2006, como Decreto-Lei n.º 81/2006;

46 - A 21 de Março de 2006, na reunião ordinária da Assembleia Geral que nomeou os órgãos sociais da ANEPE para o triénio de 2006-2008, “a Direcção informou que foi pedido um parecer jurídico ao Dr. Paulo Pinheiro do Gabinete Vieira de Almeida e Associados, em relação à forma como a ANEPE deve contestar o ‘Diploma que estabelece o regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento’ por ser extremamente prejudicial aos associados”;

47 - Nessa mesma ocasião, convocou-se nova reunião, a título extraordinário, para o dia 20 de Abril de 2006, para discussão do Plano de Actividades e Orçamento da Associação;

48 - Consta da acta da referida reunião extraordinária, na qual estavam representados 89,13% dos votos, o seguinte:

“A Direcção informou que o parecer jurídico sobre o Decreto-Lei 81/2006, que foi publicado em DR em 20/04/2006, elaborado pelo Dr. Paulo Pinheiro do Gabinete Vieira de Almeida e Associados, está concluído, estando a ser preparada uma carta para ser enviada aos associados a esclarecer as dúvidas entretanto suscitadas. Foi aprovado por unanimidade o envio de cópia da referida carta ao secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor e à Associação Nacional de Municípios Portugueses, com pedido de divulgação junto dos Associados.”;

49 - A SIENT, que à data dos factos exercia o cargo de Presidente do Conselho Fiscal da ANEPE, referiu o seguinte:

“Recordamos que pouco tempo volvido sobre a publicação do Decreto-Lei n.º 81/2006, teve lugar uma reunião da ANEPE a todos os membros dos Corpos Sociais para ouvir uma exposição dos Serviços Jurídicos da Associação sobre a interpretação do Diploma e que encarregados ficaram de elaborar uma carta circular interpretativa a todos os associados à Associação de Municípios, Câmaras e Ministério da Economia”;

50 - A EMEL, que assegurava à data a presidência da mesa da Assembleia Geral da ANEPE, tomou na referida reunião extraordinária de 20 de Abril de 2006, as seguintes notas quanto ao novo regime de fraccionamento dos períodos de estacionamento em períodos de 15 minutos:

“Pagamento a cada 15 minutos

- *Comunicar a ANM[P] a posição da ANEPE.*
- *Comunicar a % a que se chegou no que se refere ao prejuízo que os concessionários têm c/ a introdução deste DL.*
- *Renegociar os Contratos de concessão.*
- *Enviar ao Sec. Est. um memorando fazendo algumas criticas e levantando algumas questões (vai ser feito pelos juristas da ANEPE que será posteriormente discutido)*
- *Alterar o D.L.*
- *Gestão do tráfego na via pública (Governo)*
- *Aprovação dos tarifários e dos regulamentos pelas C. Municipais*

A ANEPE vai enviar o D.L. e o parecer jurídico para análise dos sócios para se fazer um memorando ao Sec. Est.” ;

51 - A 24 de Abril de 2006, a Secretária-geral da ANEPE apresentou aos associados a posição da Associação sobre o assunto, através de uma comunicação a remeter ao Secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor e à Associação Nacional de Municípios Portugueses (em cumprimento do deliberado na reunião da Assembleia Geral de 21 de Março p.p.), nos seguintes termos:

“... ao ser imposta outra regra de cálculo – ... o preço a pagar pelos utentes de parques de estacionamento é fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos ... (n.º1 do art.º 12.º), está posto em causa o equilíbrio financeiro dos contratos, situação que os associados da ANEPE querem ver corrigida, pois estimam em 15% a quebra de receitas.

A aplicação da nova regra a um universo de 106.590 transacções, efectuadas em 22 parques de estacionamento de rotação, a que correspondem 8.800 lugares, situados em diversas cidades do País, a receita de 330.000 euros passaria a ser de 280.000 euros, o que corresponde a uma quebra de 15%.

Por outro lado, o preço dos primeiros 15 minutos tem obrigatoriamente que contemplar o custo fixo de ingresso no Parque de estacionamento, independentemente do tempo utilizado pelo utente, sendo este custo estimado em 35 cêntimos, relativo a movimentação das barreiras, emissão de cartão, processamento do pagamento, etc., pelo que e dado o determinado pelo Decreto-Lei.... (dumping), o preço dos primeiros quinze minutos terá sempre de ser superior ao custo referido.

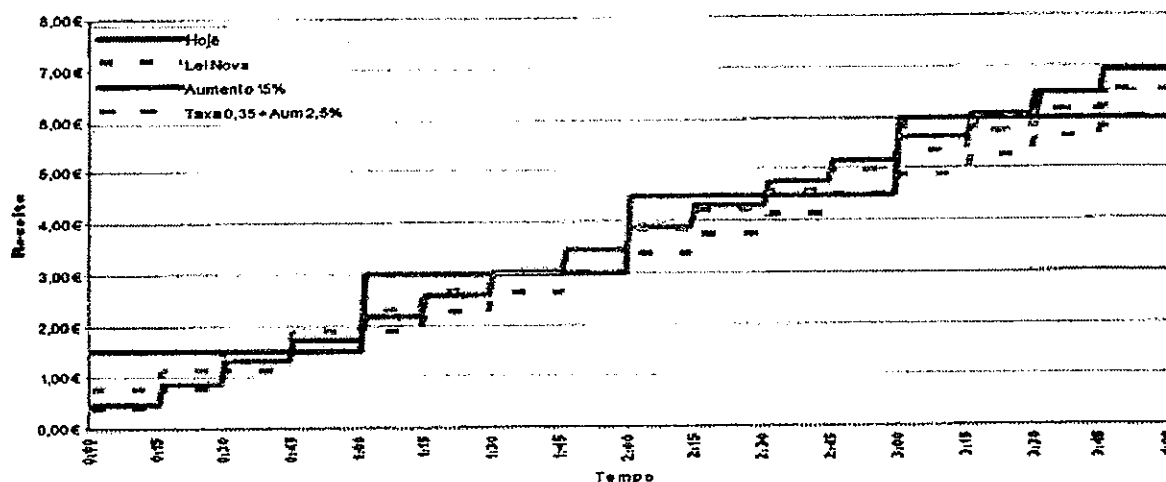
Torna-se portanto imprescindível rever as tarifas em vigor nos parques de estacionamento, conjugando estas duas situações, sendo possível:

- Aplicação de uma taxa de activação nos primeiros quinze minutos, conjugada com um aumento de cerca de 2,5% das tarifas actuais, fraccionadas em quartos de hora

Ou

- Aumento de 15% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora (sem aplicação da taxa de activação).

As situações descritas estão reflectidas no quadro infra apresentado:



...

52 - Essa carta foi remetida para as associadas Emparque, BRISA, SPEL, CPE e SIENT;

53 - A 27 de Abril de 2006, a ANEPE remeteu para os referidos associados, mas também para a EMEL, nova versão do documento anterior, “*com as alterações feitas pelo Dr. Pedro Mendes Leal*”, vogal da Direcção da ANEPE e representante na ANEPE da associada EMPARQUE;

54 – Sendo as alterações introduzidas as que constam do seguinte texto, com as rasuras e inserções dele constantes:

“... ao ser imposta outra regra de cálculo – ... o preço a pagar pelos utentes de parques de estacionamento é fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos ... (n.º 1 do art.º 12.º), está posto em causa o equilíbrio financeiro dos contratos, situação que os associados da ANEPE querem ver corrigida, pois estimam em 15% a quebra de receitas. Sugiro a retirada desta última frase, porque está repetida no parágrafo de baixo.

Numa simulação efectuada a uma amostra de 106.590 transacções, num universo de 22 parques de estacionamento de rotação com um total de 8.800 lugares, situados em diversas cidades do País, a simples aplicação das novas regras implicaria uma quebra de

receita próxima de 15%. receita de 330.000 euros passaria a ser de 280.000 euros, o que corresponde a uma quebra de 15%. Esta quebra varia entre cerca de 10%, para os parques onde os tempos médios de permanência são mais longos e 25%, para parques de elevada rotação e baixa permanência.

Por outro lado, o preço dos primeiros 15 minutos tem obrigatoriamente que contemplar o custo fixo de ingresso no parque de estacionamento, independentemente do tempo utilizado pelo utente, sendo este custo estimado em 35 cêntimos, relativo a movimentação das barreiras, emissão de cartão, processamento do pagamento, etc., pelo que e dado o determinado pelo Decreto-Lei (Dumping), o preço dos primeiros quinze minutos terá sempre de ser superior ao custo referido.

Não é bem isto. Os 35 cêntimos são um custo limite. Sugiro uma redacção deste tipo:

Por outro lado, a simples divisão do actual preço horário em partes iguais, poderia acarretar situações em que o preço a pagar pelo cliente seria inferior ao custo directo suportado pelas empresas que gerem os parques. Os custos relativos às aberturas de barreira, bilhetes magnéticos, recibos, custos de transacção associados a métodos electrónicos de pagamento, e a comunicações electrónicas e custos de energia e manutenção relativos aos sistemas obrigatórios de renovação de ar e ventilação podem atingir montantes próximos de 35 cêntimos por cada veículo e este custo é independente do tempo utilizado.

Um dos exemplos mais óbvios é o pagamento automático com o sistema Via Verde, cujo custo total por transacção (pagamento electrónico + custo do equipamento) rondará os 20 cêntimos, valor sem IVA. Do mesmo modo, um cliente que pague com recurso ao sistema Multibanco, faz a empresa incorrer de imediato num custo de 9,2 cêntimos, a que se acresce o custo do bilhete magnético, do recibo de estacionamento, do comprovativo Multibanco e do custo dos equipamentos, atingindo valores próximos ou ultrapassando os do sistema Via Verde.

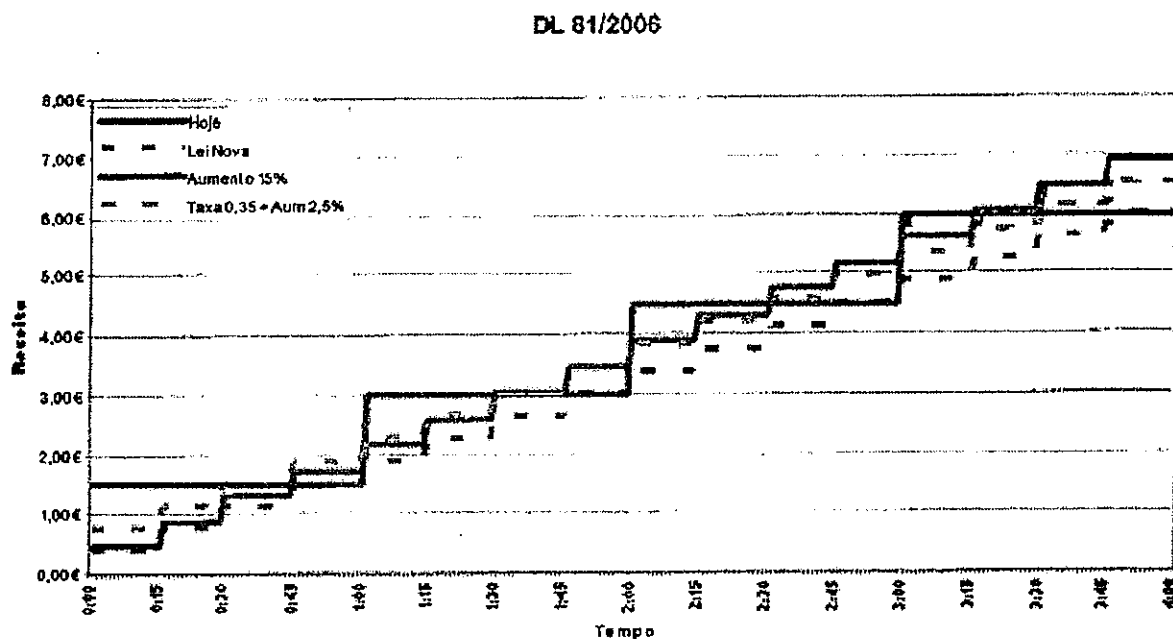
Atendendo a que as empresas não podem praticar vendas a prejuízo, torna-se portanto imprescindível rever as políticas de construção das tarifas praticadas nos parques de estacionamento.

A solução ideal passaria pela conjugação de duas situações:

- Aplicação de um preço/taxa/comissão relativo à abertura de barreira, que seria aplicada igualmente a todos os veículos independentemente do tempo de estacionamento e que cubra em todos os casos os custos directos associados à utilização das infra-estruturas. Para parques subterrâneos na cidade de Lisboa, esta taxa poderia rondar os 35 cêntimos.

- Correção dos tarifários nos casos em que o montante cobrado pela abertura de barreira não seja suficiente para manter o equilíbrio financeiro das concessões. Na simulação atrás referida, o aumento médio necessário para o conjunto de 22 parques referidos rondaria os 2,5%.

As situações descritas nos pontos anteriores estão reflectidas no quadro infra apresentado, para um parque típico da cidade de Lisboa:



A solução sugerida é a representada pela linha verde tracejada, isto é, a combinação de um preço mínimo por abertura de barreira, acompanhada de acertos mínimos nos preços para reposição do equilíbrio. Estes acertos, em muitos casos, serão desnecessários.

Note-se que:

1. Em muitos casos, as empresas concessionárias têm capacidade unilateral de aumentar os preços dos estacionamento como compensação pelas perdas causadas pelo novo fraccionamento de tarifas. Os preços praticados em várias concessões são preços que se estabelecem em função da procura e da oferta e que estão muito aquém dos preços máximos estabelecidos nos contratos.
2. Nos parques referidos na situação anterior, caso não se encontre alternativa, as empresas poderão procederão (sic) a aumentos médios imediatos entre 5% e 25%, conforme os casos, actuando dentro das margens contratuais. No entanto, tal situação é desagradável e até injusta. As empresas seriam obrigadas a penalizar

os condutores dos veículos de longa permanência para subsidiar os de curta permanência. Por outro lado, os preços de concurso foram estabelecidos de acordo com estudos económicos para cenários de muito longo prazo (20 a 99 anos). O facto de haver actualmente margem para correcção nos preços, não implica que num futuro próximo as empresas estejam impossibilitadas de satisfazer as suas expectativas por terem atingido os preços limite antes do tempo.

3. A aplicação simples do novo DL sem alterações tarifárias implicará, em muitos casos, o pedido de reequilíbrio financeiro das concessões, com redução das rendas a pagar aos municípios ou outras compartidas (sic) a nível de tarifário, prazos de concessão ou mesmo indemnização directa. Em alguns casos, será absolutamente impossível conseguir repor um conjunto de condições que satisfaçam os pressupostos que levaram as empresas à assinatura dos contratos e neste caso não é de objectar a hipótese de denúncia de contratos, com direito à correspondente compensação pelas perdas sofridas.
4. Independentemente do método de reequilíbrio adaptado, em nenhum caso se poderão estabelecer preços que não sejam múltiplos da menor moeda aceite pelas máquinas de pagamento automáticas, isto é 5 ou 10 cêntimos, consoante os equipamentos existentes nos parques.”

55 - A 27 de Abril de 2006, o representante da CPE na Direcção da ANEPE comunicou à Secretária-geral o seguinte:

“Agradeço-te o envio do ficheiro em anexo. Estou de acordo com o teor do teu texto. Amanhã não me é possível estar presente na reunião com os advogados, mas deixo-te a ti e ao Pedro Mendes Leal, em minha representação, para a discussão do documento em questão a ser apresentado à Associação Nacional de Municípios, presidentes de câmaras e outras entidades que a ANEPE entenda como importantes para este dossier.”;

56 - A 2 de Maio de 2006, a ANEPE remeteu para os associados SIENT, SPEL, BRISA, Emparque, CPE, EMEL, e ainda para a sociedade de advogados “Vieira de Almeida & Associados”, a seguinte mensagem de correio electrónico:

“Junto envio o documento revisto [anexo referido como “dl81exposiçãoIII.doc”], no seguimento da reunião de sexta-feira, o qual será enviado aos associados e para conhecimento à ANMP e Secretário de Estado. Aguardo os vossos comentários. Cumprimentos maria de Jesus”;

57 – Do anexo supra referido consta o texto cuja impressão está junta a fls. 10563 dos autos e cujo teor integral se dá aqui por reproduzido, nele se referindo:

“Quer por exigência dos concursos, quer por ser prática habitual no sector, todos os estudos económicos que

(1) Estão na base da decisão de investir nos parques e que justificam a viabilidade do negócio,

(2) Integram as candidaturas apresentadas em concursos públicos pelas empresas do sector, e que justificam as rendas e/ou outras contrapartidas oferecidas aos municípios,

foram elaborados no pressuposto do escalonamento horário dos tarifários.

Contudo, ao ser imposta outra regra de cálculo – ... o preço a pagar pelos utentes de parques de estacionamento é fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos ... (n.º 1 do art.º 12.º), está posto em causa o equilíbrio financeiro da exploração, com incidência nos contratos em vigor, situação que os associados da ANEPE querem ver corrigida.

Numa simulação efectuada a uma amostra de 106.590 transacções, num universo de 22 parques de estacionamento de rotação, com um total de 8.800 lugares, situados em diversas cidades do País, a simples aplicação das novas regras implicaria uma quebra da receita próxima de 15%.

Por outro lado, o ingresso no parque de estacionamento representa um custo fixo (movimentação das barreiras, emissão de cartão, processamento do pagamento, utilização da infra-estrutura, etc.), que não deve estar repercutido no preço/tarifa aplicados ao tempo utilizado, mas sim deve ser-lhe acrescido. Verifica-se que a simples divisão do preço actual por quatro, poderia acarretar situações em que o preço a pagar pelo cliente nos primeiros quinze minutos seria inferior ao custo directo fixo requerido. Assim, recomenda-se a instituição de um preço de ingresso, o qual pode atingir 35 cêntimos.

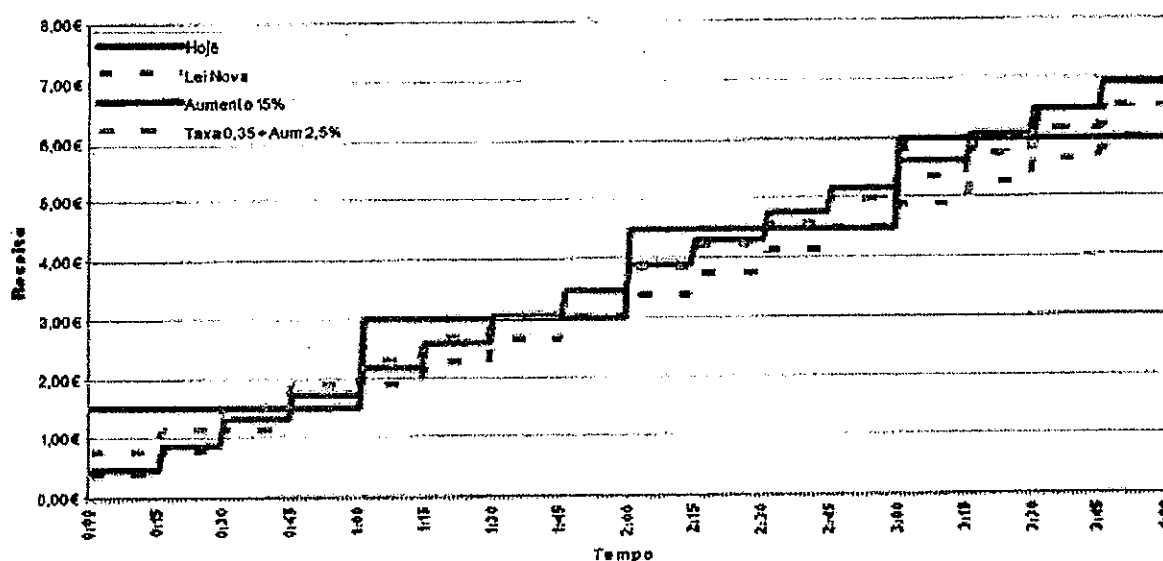
Torna-se ainda imprescindível rever as tarifas em vigor nos parques de estacionamento, sendo recomendável a aplicação do ‘preço de ingresso’ acrescido da tarifa relativa ao tempo utilizado, para a qual se estima um aumento de cerca de 2,5% relativamente às tarifas actuais, fraccionadas então em quartos de hora.

Caso não se opte por esta solução, então deverá ser previsto um aumento de 15% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora.

As situações estão reflectidas no quadro infra, em que a linha verde tracejada traduz a solução preconizada de ‘preço de ingresso’ e um aumento de 2,5% das tarifas actuais,

então fraccionadas em quartos de hora; e, a linha vermelha representa um aumento de 15% das tarifas actuais.

DL 81/2006



...

58 - A 2 de Maio de 2006, o representante da CPE respondeu à mensagem de correio electrónico citada no ponto anterior, com conhecimento das associadas SIENT, BRISA, SPEL, Emparque e EMEL, concordando com o teor da proposta;

59 - A EMEL fez, internamente, os seguintes destaques e comentários à comunicação da ANEPE de 2 de Maio:

“Numa simulação efectuada a uma amostra de 106.590 transacções, num universo de 22 parques de estacionamento de rotação, com um total de 8.800 lugares, situados em diversas cidades do País, a simples aplicação das novas regras implicaria uma quebra da receita próxima de 15%.

Por outro lado, o ingresso no parque de estacionamento representa um custo fixo (movimentação das barreiras, emissão de cartão, processamento do pagamento, utilização da infra-estrutura, etc.) que não deve estar repercutido no preço/tarifa aplicados ao tempo utilizado, mas sim deve ser-lhe acrescido. Verifica-se que a simples divisão do preço actual por quatro, poderia acarretar situações em que o preço a pagar pelo cliente nos primeiros quinze minutos seria inferior ao custo directo fixo referido. [comentário EMEL: “OK”]

Assim, recomenda-se a instituição de um 'preço de ingresso', o qual pode atingir 35 cêntimos. [comentário EMEL: "OK bandeirada"]

Torna-se ainda imprescindível rever as tarifas em vigor nos parques de estacionamento, sendo recomendável a aplicação do 'preço de ingresso' acrescido da tarifa relativa ao tempo utilizado, para a qual se estima um aumento de cerca de 2,5%, relativamente às tarifas actuais, fraccionadas então quartos de hora. [comentário EMEL: "OK"]

Caso não se opte por esta solução, então deverá ser previsto um aumento de 15% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora.

As situações estão reflectidas no quadro infra, em que a linha verde tracejada traduz a solução preconizada de 'preço de ingresso' e um aumento de 2,5% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora; e a linha vermelha representa um aumento de 15% das tarifas actuais.” ;

60 - Da carta de 2 de Maio de 2006 tiveram conhecimento todas as empresas representadas nos órgãos sociais da ANEPE (Assembleia Geral, Direcção e Conselho Fiscal), que pertencem à categoria de “operadores”, com excepção da Promoparques: a CPE, SIENT, SPEL, Emparque e EMEL,

61 - Em 9 de Maio de 2006, a ANEPE remeteu aos associados uma carta, assinada pelo Presidente da Direcção da Associação, com cópia ao Secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor e à Associação Nacional de Municípios Portugueses, a qual esta junta a fls. 2120 a 2124 dos autos e cujo teor integral se dá aqui por reproduzido, dela constando o seguinte:

“1 – Estacionamentos de curta duração

Esta matéria nunca foi objecto de intervenção legislativa específica, sendo antes acordada entre as partes, constando quase sempre nos documentos dos concursos públicos – programa e/ou dos cadernos de encargos, e em consequência nos contratos de concessão e exploração e nos contratos de constituição de direito de superfície, celebrados entre os municípios e as empresas que exploram os parques de estacionamento.

De acordo com as informações gerais que nos foram transmitidas, quer por exigência dos concursos, quer por ser prática habitual no sector, todos os estudos económicos que (1) estão na base da decisão de investir nos parques e que justificam a viabilidade do negócio; (2) integram as candidaturas apresentadas pelas empresas do sector

e que justificam as rendas e/ou outras contrapartidas oferecidas aos municípios, foram, regra geral, elaboradas no pressuposto essencial, conhecido e aceite pelos municípios, do escalonamento horário dos tarifários.

Nessa medida, ao ser agora imposta outra regra de cálculo – o preço a pagar pelos utentes de parques de estacionamento é fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos (n.º 1, do art.º 12.º) – estará a ser posto gravemente em causa o equilíbrio financeiro da exploração, com incidência nos contratos em vigor, situação que os associados da Anepe querem ver corrigida.

Numa simulação efectuada a uma amostra de 106.590 transacções, num universo de 22 parques de estacionamento de rotação, com um total de 8.800 lugares, situados em diversas cidades do país, a simples aplicação das novas regras implicaria uma quebra da receita próxima de 15%.

Por outro lado, o ingresso no parque de estacionamento representa um custo fixo (movimentação das barreiras, emissão de cartão, processamento de pagamento, utilização da infra-estrutura, etc.) que poderá atingir, de acordo com os nossos cálculos, 35 cêntimos.

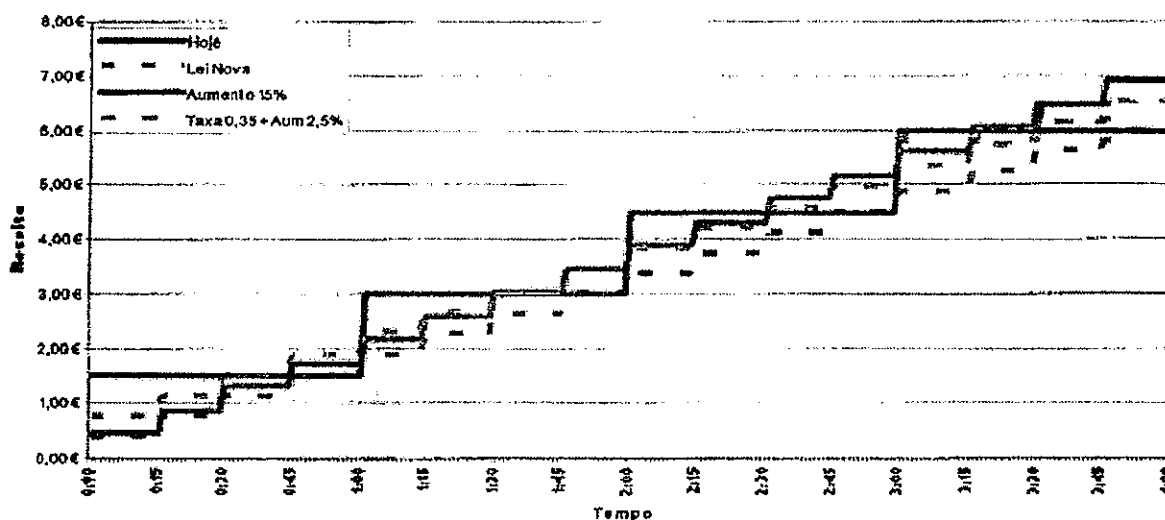
Entende a Anepe que, face às novas regras de fraccionamento do tempo para determinação do preço, tal custo pode ser autonomizado do preço/tarifa aplicados ao tempo utilizado.

Com efeito, verifica-se que a simples revisão do preço actual por quatro poderia acarretar situações que o preço a pagar pelo cliente nos primeiros quinze minutos seria inferior ao custo fixo acima referido.

Sem prejuízo do exposto, poderá, ainda, haver lugar à revisão de tarifas em vigor nos parques de estacionamento.

O quadro seguinte espelha um cenário simulado em que se verificaria um 'preço de ingresso' e um aumento de 15% das tarifas actuais.

DL 81/2006



62 - Esta carta foi também divulgada (sem reprodução do gráfico), no boletim de informação da Associação intitulado “Movimento – Mobilidade e Estacionamento”, de Junho de 2006;

63 - A 10 de Maio 2006, a ANEPE remeteu o seguinte e-mail à CPE, BRISA, SIENT, Emparque, SPEL, EMEL:

“Junto envio o documento final que vos vai ser hoje enviado pelo correio e também remetido ao Secretário de Estado e à ANMP (com pedido de divulgação aos municípios);

64 - A 12 de Julho de 2006, a Secretária-geral da ANEPE enviou a seguinte mensagem de correio electrónico;

“De: marialopes@anepe.pt

Enviada: quarta-feira, 12 de Julho de 2006 15:59

Para: geral@estacaoshopping.com.pt; carlosoliveira@carlosoliveira.pt; fmelo@cpe.pt; caetanogomes@emel.pt; Vitor.reis@fibeira.pt; sient.sa@mail.telepac.pt;

Caetano dias; Pedro Mendes leal; António Mendes

Assunto: decreto lei 81 2006

para: emel, promoparques, grupo Emparque, sient, spel, cpe, estação shopping

Caros associados, lembramos que a aplicação do art.º 12.º do decreto lei 81/2006, que se refere à “determinação do preço nos parques de estacionamento” entra em vigor às

5

zero horas do dia 21 de Julho de 2006 (90 dias após a entrada em vigor do decreto, isto é 21/04/2006). Agradecemos que nos informem com a brevidade possível sobre a situação da aplicação desta norma nos parques que gerem, nomeadamente no que se refere às negociações com os municípios. Cumprimentos, Maria de Jesus Lopes”.

65 – Pedido ao qual a CPE respondeu:

“From: Fernando Melo

Sent: quarta-feira, 12 de Julho de 2006 19:43

To: marialopes@anepe.pt

Subject: RE: decreto lei 81 2006

Ju,

Já temos 6 parques com os novos tarifários em vigor e os restantes 8 começam no próximo dia 15.

Mandei cartas com a devida nota explicativa e cálculo com aumento de 15% c/arredondamento comercial para 0 ou 5 cêntimos e de nenhuma concedente me solicitaram esclarecimentos adicionais, como também não tive respostas à excepção da Casa da Música, mas já depois do tarifário ter entrado em vigor. A Câmara do Funchal enviou uma carta a todas as empresas, a solicitar que implementassem o DL 81/2006 e que lhe enviassem cartas com as propostas, mas isso só no dia 4 de Julho p.p. Diziam também que os novos tarifários teriam de entrar em vigor a 19 de Julho, mas como o meu concedente é o Governo da RAM, no Parque do Hospital Cruz de Carvalho entre a 15 de Julho.”

66 - A 14 de Julho de 2006, a SPEL remeteu às entidades concedentes dos parques de estacionamento por si geridos, uma carta com o seguinte teor:

“A entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril, veio definir uma nova fórmula de determinação do preço dos parques de estacionamento, estabelecendo que o mesmo é fraccionado em períodos máximos de 15 minutos, devendo o utente pagar apenas a fracção ou fracções utilizadas, ainda que as não tenha utilizado até ao seu esgotamento. Esta inovação, resultante do artigo 12.º do referido diploma, comporta consequências directas na forma de determinação do preço dos parques de estacionamento concessionados, nos termos do seu artigo 1.º

Nesta conformidade, o preço por hora actualmente aplicado deverá ser decomposto em, pelo menos, quatro parcelas. É propósito desta empresa manter o equilíbrio económico da concessão, assegurar a sua sustentabilidade e não prejudicar os utentes, indo ao encontro

da intenção do legislador. Entendemos, assim, que o método adequado à consecução deste propósito consistirá no fraccionamento do preço hora em vigor, com as correcções decorrentes dos factores que abaixo de enunciarmos:

1. O preço horário actualmente praticado é de ...
2. O fraccionamento deste preço em parcelas de quinze minutos traduz-se no valor de ..., com a adaptação à moeda mínima automaticamente processável de € 0,05;
3. A simples operação de fraccionamento do preço comporta um prejuízo para o concessionário em consequência da diminuição temporal de cada uma das unidades de cobrança sobre que incide, de uma hora para quinze minutos;
4. Como é sabido, existem custos fixos decorrentes do acesso de cada viatura ao parque, designadamente accionamento dos mecanismos de acesso, emissão e cobrança de bilhete, desgaste dos equipamentos, pisos de circulação, sistema de vigilância, custos energéticos, limpeza, etc., os quais não variam em função do tempo do estacionamento;
5. A amortização do investimento no parque processa-se unitariamente, por veículo entrado, independentemente do tempo da sua permanência;
6. As circunstâncias objectivas referidas supra, terão de ser repercutidas no preço a fraccionar, por forma a manter o imprescindível equilíbrio económico do contrato de concessão;
7. Esta repercussão, tratando-se como se trata de custos fixos, isto é, independente da temporalidade de cada estacionamento, terá de ser operada através de um adicional de preço a incidir sobre a primeira fracção de tempo utilizável;
8. Esta consequência inere da circunstância da primeira fracção de utilização, só por si, originar os referidos custos.”

67 - A SPEL comunicou as seguintes alterações de preçários às entidades concedentes, directamente imputadas ao regime introduzido pelo Decreto-Lei n.º 81/2006, e usando como base de comunicação a minuta *supra*:

1. À Câmara Municipal do Porto, em relação ao Parque Silo Auto, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,25 (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,90 (€ 0,85 na 1.ª fracção de 15 minutos e € 0,35 nas restantes) (cfr. fls. 509, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
2. À Câmara Municipal do Porto, em relação ao Parque Praça de Lisboa e Cordoaria, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de €

- 1,15 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,65 (€ 0,60 na 1.ª fracção e € 0,35 nas restantes) (cfr. fls. 560, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
3. À Câmara Municipal do Porto, em relação ao Parque Praça do Infante, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa € 1,10 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,60 (€ 0,70 na 1.ª fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 639, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
 4. À Câmara Municipal de Matosinhos, em relação ao Parque Marisqueiras e ao Parque Mercado, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,00 (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos) para € 1,45 (€ 0,55 na 1.ª fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 679 e 691, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
 5. À Câmara Municipal de Viseu, em relação ao Parque Mercado e Parque Hospital, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 0,60 (€ 0,20 por cada fracção de 15 minutos) para € 0,90 (€ 0,30 na 1.ª fracção e € 0,20 nas restantes) (cfr. fls. 825 e 837, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
 6. À Câmara Municipal de Viseu, em relação ao Parque Santa Cristina, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 0,95 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,35 (€ 0,45 na 1.ª fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 849, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
 7. À Câmara Municipal de Leiria, em relação ao Parque Fonte Luminosa, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,10 (€ 0,35 por cada fracção de utilização) para € 1,65 (€ 0,60 na 1.ª fracção e € 0,35 nas restantes) (cfr. fls. 886 cujo teor se dá aqui por reproduzido);
 8. Ao Estádio Universitário de Lisboa, em relação ao Parque do Estádio Universitário, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização) mantém-se em € 1,20, mas a 1.ª fracção de 15 minutos passa para € 0,45, enquanto as restantes passam para € 0,25 (cfr. fls. 924, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
 9. À Câmara Municipal de Portimão, em relação ao Parque Primeiro de Maio, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,20 (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,90 (€ 0,85 na 1.ª fracção e € 0,35 nas restantes) (cfr. fls. 951, cujo teor se dá aqui por reproduzido);

68 - A 30 de Junho de 2006, as empresas do Grupo Emparque remeteram às entidades concedentes dos parques de estacionamento por si geridos, uma carta com o seguinte teor:

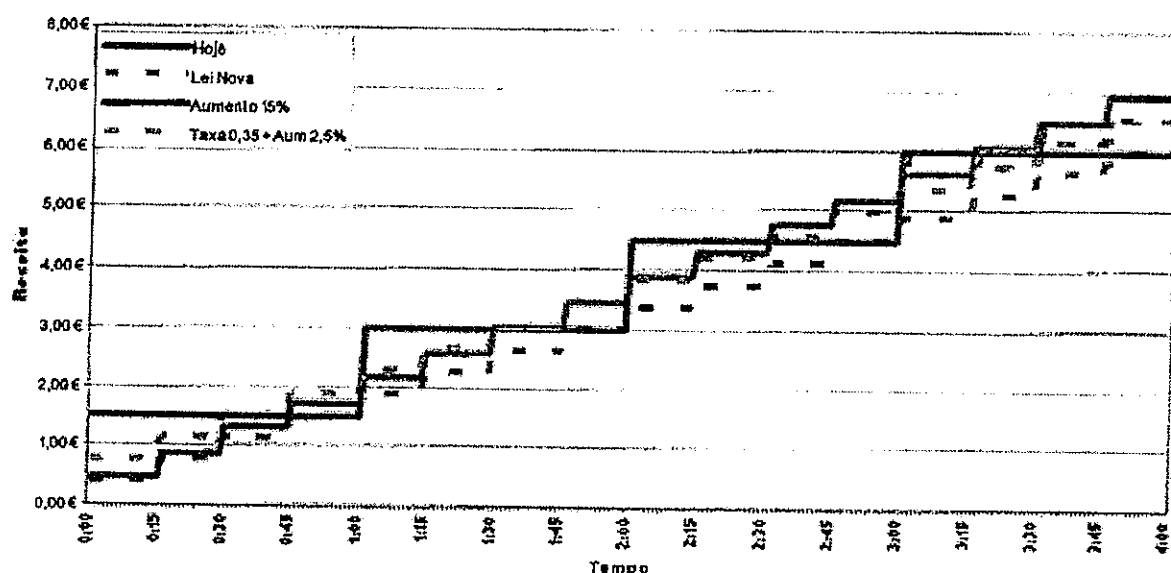
"Assunto: Actualização tarifários – Aplicação Decreto-Lei n.º 81/2006

Em cumprimento do Decreto-Lei em assunto, e na sequência dos contactos anteriores, vimos por este meio informar o novo tarifário a aplicar no parque de estacionamento explorado por esta empresa que junto enviamos.

Os novos valores a aplicar têm como objectivo manter o equilíbrio financeiro da exploração estando simultaneamente o mais adequado possível à procura existente do parque.

Juntamos também um gráfico exemplificativo da evolução das taxas horárias em vigor comparadas com a nova taxa que utiliza o quarto de hora como regra de repartição tarifária.

DL 81/2006



69 - Esta mesma carta (minuta), acompanhada dos respectivos tarifários individuais, foi remetida, a 30 de Junho:

1. Pela PARQUEGIL, à Câmara Municipal do Porto, em relação ao Parque D. João I (cfr. fls. 4889, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
2. Pela ESLI, à Câmara Municipal do Porto, em relação aos Parques Palácio de Cristal e Poveiros (cfr. fls. 4895, cujo teor se dá aqui por reproduzido);

3. Pela ESLI, à Câmara Municipal de Lisboa, em relação aos Parques Alameda, Berna, Camões, Campolide, Campo Mártires da Pátria, Praça de Londres, Restauradores, Avenida de Roma, Saldanha e Valbom (cfr. fls. 4912 e segs, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
4. Pela SP GIS, à Câmara Municipal de Lisboa, em relação Parque Alexandre Herculano (cfr. fls. 4927, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
5. Pela Emparque, à Câmara Municipal de Lisboa, em relação aos Parques Campo de Ourique e Marquês de Pombal (cfr. fls. 4933, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
6. Pela Emparque, à Câmara Municipal de Beja, em relação ao Parque Casa da Cultura (cfr. fls. 4939, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
7. Pela Emparque, à Câmara Municipal de Portimão, em relação ao Parque Alameda da República (cfr. fls. 4942, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
8. Pela PeVR (GISPARQUES), à Câmara Municipal de Vila Real, em relação ao Parque Carvalho Araújo (cfr. fls. 4957, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
9. Pela Parques da Estação, à Câmara Municipal de Cascais, em relação ao Parque Largo da Estação (cfr. fls. 4961, cujo teor se dá aqui por reproduzido);
10. Pela PARQA, à Câmara Municipal da Amadora, em relação ao Parque Elias Garcia (cfr. fls. 4965, cujo teor se dá aqui por reproduzido).

70 - A 13 de Julho de 2007, a Câmara Municipal do Porto (concedente da PARQUEGIL e da ESLI), comunicou que a aprovação dos preçários apresentados carecia de *“mais elementos para justificação dos valores apresentados”*;

71 – Tendo a PARQUEGIL comunicado o seguinte, na mesma data:

“(...) A simples divisão por quartos de hora das fracções horárias estabelecidas pelo contrato de concessão, causaria uma importante perda de receitas por parte do concessionário, causando unilateralmente um desequilíbrio financeiro insustentável por parte da nossa empresa. (...)”

A imagem mostra que para todos os tempos estacionados, a receita seria menor ou igual à actual.

Nas curtas permanências as perdas são particularmente graves. A receita esperada seria 75% inferior para os veículos estacionados entre 0 e 15 minutos, 50% inferior para os veículos estacionados entre 15 e 30 minutos, 25% inferior para os veículos estacionados

entre 30 e 45 minutos, 37,5% para os veículos estacionados entre 1 hora e uma hora e um quarto, etc. (...)

Conforme o tempo de permanência aumenta, a perda relativa de receita é menor, uma vez que apenas a última unidade horária é afectada pela quebra em fracções menores. (...)

Com efeito, há uma forte concentração de permanências nos períodos em que a tarifa é mais afectada, com a moda a rondar 1 hora e 5 minutos e a média nas 2 horas e um minuto, para uma amostra de 23.380 veículos que entraram no parque entre Maio e Junho deste ano. Mais de 60% da receita actual do parque é feita para permanências inferiores a 3 horas. (...)

Por outro lado, a simples divisão por 4 dos preços actualmente em vigor, criaria uma situação insustentável nas curtas permanências. O custo directo associado a cada veículo que entra nos nossos parques é independente do tempo estacionado. Limpeza, manutenção, sistemas de renovação de ar, desgaste de equipamentos, custos de abertura de barreira, bilhética e custos de transacção electrónica são custos fixos e ocorrem quer para quem estaciona um minuto, quer para quem estaciona várias horas. (...)

A solução óbvia para este casos, e que está a ser uniformemente adoptada, à semelhança do que aconteceu em outros países, passa pela repartição do preço de estacionamento em duas partes distintas. Uma parte do custo deve ser uniformemente suportada por todos os clientes, independentemente do tempo de permanência do veículo no parque, sendo a outra parte proporcional ao tempo estacionado...”;

72 – O mesmo texto serviu de nota justificativa do novo tarifário apresentada pela Emparque à Câmara Municipal de Leiria, em relação ao Parque Maringá;

73 - Em relação ao Parque D. João I, da Câmara Municipal do Porto, gerido pela PARQUEGIL, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passou de € 1,20 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,60 (€ 0,70 na 1.ª fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 6373, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

74. Em relação aos Parques da Câmara Municipal do Porto geridos pela ESLI:

a) Parque Palácio de Cristal: o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de €0,80 (€ 0,20 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,20 (€ 0,60 na 1.ª fracção e € 0,20 nas restantes) (cfr. fls. 6249, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

b) Parque Poveiros: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de €1,10 (€ 0, 30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,45 (€ 0,70 na 1.^a fracção e € 0,25 nas restantes) (cfr. fls. 4643 e 4898 cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

75. Em relação aos Parques da Câmara Municipal de Lisboa, geridos pela ESLI:

a) Parque Alameda: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,20 (€ 0, 30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,60 (€ 0,70 na 1.^a fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 4716 e 4914, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

b) Parque Berna: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,20 (€ 0, 30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,60 (€ 0,70 na 1.^a fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 5319, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

c) Parque Camões: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,40 (€ 0, 35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,90 (€ 0,85 na 1.^a fracção e € 0,35 nas restantes) (cfr., cujo teor se dá por integralmente reproduzido fls. 7971);

d) Parque Campolide: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,00 (€ 0, 25 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,25 (€ 0,50 na 1.^a fracção e € 0,25 nas restantes) (cfr. fls. 5213, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

e) Parque Campo Mártires da Pátria: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de €1,00 (€ 0, 25 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,40 (€ 0,50 na 1.^a fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 5823, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

f) Parque Praça de Londres: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de €1,00 (€ 0, 25 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,35 (€ 0,60 na 1.^a fracção e € 0,25 nas restantes) (cfr. fls. 552, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

g) Parque Restauradores: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de €1,50 (€ 0, 40 por cada fracção de 15 minutos), para € 2,10 (€ 0,90 na 1.^a fracção e € 0,40 nas restantes) (cfr. fls. 7051 cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

h) Parque Avenida de Roma: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de €1,10 (€ 0, 30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,40 (€ 0,50 na 1.^a fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 5341, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

i) Parque Saldanha: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de €1,30 (€ 0, 35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,75 (€ 0,70 na 1.^a fracção e € 0,35 nas restantes) (cfr. fls. 4771 e 4922, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

j) Parque Valbom: o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de €1,30 (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,85 (€ 0,80 na 1.ª fracção e € 0,35 nas restantes) (cfr. fls. 4757 e 4923, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

76 - Em relação ao Parque Alexandre Herculano, da Câmara Municipal de Lisboa (gerido pela SP GIS): o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,40 (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,80 (€ 0,75 na 1.ª fracção e € 0,35 nas restantes) (cfr. fls. 4835 e 4929, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

77 - Em relação aos Parques da Câmara Municipal de Lisboa geridos pela EMPARQUE:

a) Parque Campo de Ourique: o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 0,90 (€ 0,25 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,20 (€ 0,45 na 1.ª fracção e € 0,25 nas restantes) (cfr. fls. 8416, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

b) Parque Marquês de Pombal: o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,00 (€ 0,25 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,40 (€ 0,50 na 1.ª fracção e € 0,30 nas restantes) (cfr. fls. 5578, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

78 - Em relação ao Parque Casa da Cultura, da Câmara Municipal de Beja (gerido pela EMPARQUE): o valor horário (da 1.ª hora de utilização), é reduzido de €1,00 (€ 0,25 por cada fracção de 15 minutos), para € 0,85 (€ 0,40 na 1.ª fracção e € 0,15 nas restantes) (cfr. fls. 4970, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

79 - Em relação ao Parque Alameda da República, da Câmara Municipal de Portimão (gerido pela EMPARQUE): o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 0,80 (€ 0,20 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,10 (€ 0,50 na 1.ª fracção e € 0,20 nas restantes) (cfr. fls. 8854, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

80 - Em relação ao Parque Carvalho Araújo, da Câmara Municipal de Vila Real (gerido pela PVR/GISPARQUES): o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,10 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,00 (€ 0,40 na 1.ª fracção e € 0,20 nas restantes) (cfr. fls. 9096, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

81 - Em relação ao Parque Largo da Estação, da Câmara Municipal de Cascais (gerido pela Parques da Estação): o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,00 (€ 0, 25 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,35 (€ 0,60 na 1.^a fracção e € 0,25 nas restantes) (cfr. fls. 6664, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

82 - Em relação ao Parque Elias Garcia, da Câmara Municipal da Amadora (gerido pela PARQA): o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de €0,80 (€ 0,20 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,10 (€ 0,50 na 1.^a fracção e € 0,20 nas restantes) (cfr. fls. 5457, cujo teor se dá por integralmente reproduzido).

83 - A 12 de Junho de 2006, a CPE remeteu às entidades concedentes dos parques de estacionamento por si geridos, uma carta com o seguinte teor:

“Assunto: ... - Decreto-Lei n.º 81/2006 – Regime tarifário/Fracção do tempo

Excelentíssimo Senhor,

Como será do conhecimento de V. Exa., foi publicado em 20 de Abril p.p. o Decreto-Lei n.º 81/2006, que aprova o regime relativo às condições de utilização dos parques e zonas de estacionamento.

A legislação entrou em vigor no dia 21 de Abril de 2006, com excepção do artigo 12.º - fracção do tempo, do regime anexo ao mencionado Decreto-Lei, que só é aplicável 90 dias após a data de entrada em vigor deste último.(...)

O estudo económico que conduziu à decisão de investir no parque público de estacionamento ..., foi elaborado no pressuposto essencial, conhecido e aceite pela Câmara Municipal de ..., do escalonamento horário do tarifário de rotação.

Nessa medida, ao ser imposto outro regime de cálculo – “o preço a pagar pelos utentes dos parques de estacionamento é fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos” (n.º 1 do art.º 12.º), está a ser postos gravemente em causa o equilíbrio económico e financeiro da exploração.

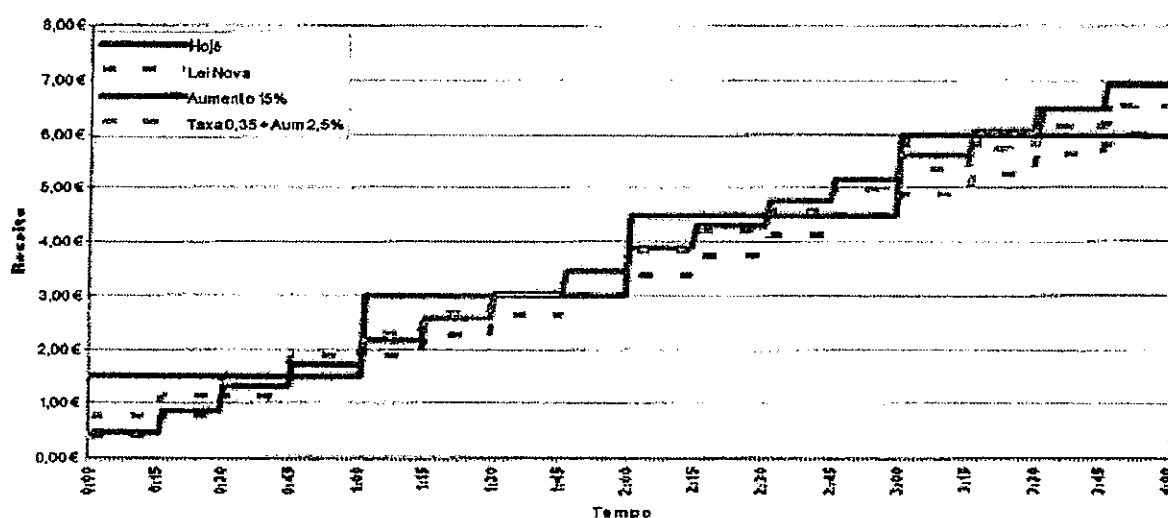
Numa simulação efectuada pela ANEPE – Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento, a uma amostra de 106.590 transacções, num universo de 22 parques de estacionamento, com um total de 8.800 lugares, situados em diversas cidades do País, a simples aplicação dos novos regimes implicaria uma quebra da receita próximo de 15%.

Por outro lado, o ingresso no parque de estacionamento representa um custo fixo (movimentação de barreira, emissão de bilhete, processamento de pagamento, utilização da infra-estrutura, etc), que poderá atingir, de acordo com os nossos cálculos, € 0,35 (trinta e cinco cêntimos).

Sem prejuízo do exposto, poderá, certamente e ainda, haver lugar à revisão de tarifas.

O quadro seguinte espelha um cenário resultante da simulação da ANEPE, atrás mencionada, em que se verificaria um 'preço de ingresso' de € 0,35 + 2,5% de aumento de tarifa e apenas um aumento de 15% das tarifas actuais.

DL 81/2006



A CPE entende que apenas deverá propor um aumento de 15% das tarifas contratuais (horárias) para cálculo do preço para a fracção de 15 minutos, prescindindo do 'preço de ingresso' mais actualização da tarifa em 2,5%, que se revela mais oneroso para os utentes.

...”;

84 – Esta carta, com adaptações, foi remetida, acompanhada dos respectivos tarifários individuais (onde se reflecte o referido “aumento de 15% das tarifas”):

1. À Câmara Municipal de Lisboa, a 12 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Praça do Município (cfr. fls. 10040, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);

2. À Câmara Municipal de Lisboa, a 7 de Julho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento do Alto do Parque Eduardo VII (cfr. fls. 10078, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);
3. À Câmara Municipal de Aveiro, a 12 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Praça Marquês de Pombal (cfr. fls. 10091, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);
4. Ao Mercado Municipal de Faro, a 8 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento do Mercado Municipal (cfr. fls. 10114, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);
5. À Sociedade para o Desenvolvimento do Programa Polis em Matosinhos, a 9 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Marginal de Matosinhos Sul (cfr. fls. 10125, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);
6. À Câmara Municipal do Porto, a 8 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento “Garagem o Comércio do Porto” (cfr. fls. 10139, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);
7. À Câmara Municipal do Porto, a 8 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da frente marítima do Parque da Cidade (Castelo do Queijo) (cfr. fls. 10335, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);
8. Ao Governo Regional da Região Autónoma da Madeira, a 23 de Maio de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento do Hospital da Cruz de Carvalho (cfr. fls. 10151, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);
9. À Casa da Música – Porto 2001, S.A., a 26 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Casa da Música (cfr. fls. 10204, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);
10. À Câmara Municipal de Faro, a 29 de Maio de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Pontinha (cfr. fls. 10229, cujo teor se dá por integralmente reproduzido);
11. À Câmara Municipal de São João da Madeira, a 12 de Junho de 2006, relativamente aos Parques de estacionamento da Rua João de Deus e da Praça Dr. Renato Araújo (cfr. fls. 10285 e 10316, cujo teor se dá por integralmente reproduzido).

85 - Em 26 e 27 de Junho de 2006, na CPE foram trocadas as seguintes mensagens de correio electrónico, envolvendo o então Presidente do seu Conselho de Administração:

“De: Fernando Melo (fmelo@cpe.pt)

Enviada: segunda-feira, 26 de Junho de 2006

Para: Paulo Monteiro

Cc: José Pinheiro Pereira; Teodorico Sousa; ces apr

Assunto: FW: TARIFARIOS DOS PARQUES 2006 – 15 minutos LAGOAS.xls

Importância: Alta

Caro Paulo,

De acordo com o DL 81/2006 de 20 de Junho, os tarifários com fracções de 15 minutos têm de entrar em vigor até 21 de Julho 2006 inclusive, e sujeitos a prévia aprovação das Câmaras Municipais. Em anexo, ficheiros com uma versão de propostas dos tarifários a vigorarem nos parques públicos de Lagoas Park.

Para efeitos de não autuação pela AESE, temos de ter disponíveis para apresentação em caso de fiscalização, o que irá suceder com toda a certeza, comprovante do recebimento pela CMO, das cartas que a TDGPPII irá enviar aquela entidade (Cópia da carta inclusive para exibição em cada um dos parques). Passo a aguardar tuas indicações quanto aos tarifários a aplicar e data de entrada em vigor, para antecipada programação dos sistemas de controlo de acessos e gestão dos parques em causa.

Com um abraço,

FFM”

Resposta ao e-mail anterior:

“De: Paulo Monteiro (pfm@tduarte.pt)

Enviada: terça-feira, 27 de Junho de 2006

Para: fmelo

Cc: José Pinheiro Pereira; Teodorico Sousa; Diogo Rebelo; Rogerio Fonseca

Assunto: RE: TARIFÁRIOS DOS PARQUES 2006 – 15 minutos LAGOAS.xls

FFM,

Pelo que entendi dos mapas estás a propor colocar as fracções de 15 minutos com uma taxa de 0,20 euros, o que dará uma tarifa horária de 0,80 euros?

Se assim for e considerando que a tarifa actual é de 0,60 euros/hora estás a propor um aumento de 33%, é assim?

Fico a aguardar o teu esclarecimento.

Cumprimentos,

PFM”

Resposta ao e-mail anterior:

“De: Fernando Melo (fmelo@cpe.pt)

Enviada: terça-feira, 27 de Junho de 2006

Para: Paulo Monteiro

*Cc: José Pinheiro Pereira; Teodorico Sousa; Diogo Rebelo; Rogério Fonseca; ces
apr*

Assunto: RE: TARIFÁRIOS DOS PARQUES 2006 – 15 minutos LAGOAS.xls

Importância: Alta

PFM,

Em anexo, para tua análise, estudo feito pela ANEPE com a participação da CPE, Emparque e SPEL, que serviu de base à justificação de novas tarifas com fracções de 15 minutos, apresentadas às entidades concedentes.

A folha de cálculo em anexo ao meu anterior e-mail, resulta da aplicação deste estudo, com o arredondamento comercial para o múltiplo de € 5 cts superior, daí a razão do aumento virtual de 33%, porque na verdade não é este aumento o que se irá verificar em

termos médios de tempo de estacionamento pago, porque os utentes deixam de pagar horas inteiras, como por ex. passarem 3 minutos a mais de uma hora vencida, mas irão pagar apenas fracções de 15 minutos.

Com a minha proposta pretende-se apenas manter o nível actual de receitas do serviço de rotação, que eventualmente poderão crescer marginalmente.

A opção de aplicar uma taxa de ingresso na 1.ª fracção de 15 minutos, não é comercialmente simpática e a CPE não está a utilizar este método nas propostas que apresentou, com excepção para a Garagem O Comércio do Porto, por razões de especificidade desta unidade de negócio, quanto a localização e pequena capacidade de n.º de lugares disponíveis para rotação.

Abraço,

FFM"

86 – Ao enviar o escrito datado de 9.05.2006, constante do ponto 61 supra, a arguida bem sabia que ele iria ser interpretado pelos respectivos destinatários como uma recomendação de aumento de preços, na medida da perda de receitas que assinalava, e ainda assim quis enviá-lo e que ele assim fosse entendido;

87 - Quis agir da forma porque o fez, bem sabendo ser a sua conduta punida pelas normas que regulam a concorrência;

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

*

II.2. Matéria de facto não provada

Abstraindo de todas as considerações jurídicas e conclusivas constantes quer da decisão recorrida quer das alegações de recurso, não resultaram provados os seguintes factos:

- A Emparque, à data dos factos, era detida em 60,14% pelo Grupo A. Silva & Silva
- SGPS, SA, em 20% pelo Grupo Portugália e em 11,56% pela A. Romarim, S.A.;
- A SPEL era, em 2006, detida totalmente pela SABA Aparcamientos, S.A., depois de em 2003 esta empresa ter adquirido a participação de 50% que a Sonae Sierra, SGPS, S.A.,

detinha no capital da SPEL; por sua vez, a SABA era, em 2006, detida pelo Grupo Abertis (99,26%);

- O Grupo Abertis é um grupo espanhol que se dedica a várias actividades, nomeadamente à exploração de auto-estradas, parques de estacionamento, serviços de logística, infra-estruturas de telecomunicações e gestão de aeroportos;

- A SPEL detém 51% do capital da Lizestacionamentos – Desenvolvimento, Exploração e Construção de Parques de Estacionamento, S.A. cuja actividade consiste na promoção, projecção, construção, gestão e exploração de parques de estacionamento e de parómetros e demais actividades complementares. Os restantes 49% do capital são detidos pela João Cerejo dos Santos, Lda., empresa que se dedica a obras de empreitadas de construção;

- A SPEL divide a sua actividade em diversas áreas, sendo as mais significativas a exploração de parques de estacionamento cuja propriedade pertence a Câmaras Municipais ou a outras entidades públicas e a gestão de parques de estacionamento de propriedade de empresas da Sonae Sierra, SGPS, S.A. e da Lizestacionamentos, empresa detida pela SPEL

- O capital social da Sient encontrava-se, à data dos factos, disseminado por diversos accionistas, sendo o accionista maioritário (com 19,95%) a sociedade Corpico – Comércio de representações, S.A.;

- A CPE tem como sua accionista maioritária (60%) a sociedade TEDAL, SGPS, S.A., que por sua vez é detida na totalidade pela Teixeira Duarte – Engenharia e Construções, S.A.;

- A Promoparques era detida, à data dos factos, pela FIBEIRA, SGPS, S.A. (99,98%) e por Armando Gertrudes Martins (0,02%);

- O Grupo Fibeira controla ainda outra empresa com actividade principal na gestão e exploração de parques de estacionamento, a Imosalgest – Gestão e Administração, S.A.

*

II.3. Fundamentação da decisão da matéria de facto

Antes de passar à análise dos meios de prova, cumpre fazer algumas considerações sobre a prova e sobre a sua valoração, tendo em consideração a natureza dos autos.

No processo contra-ordenacional está em causa um recurso de impugnação judicial, sendo o seu objecto fixado em função do conteúdo do articulado de impugnação. Daí resultando (e diferentemente do processo-crime, em que o julgamento é feito a partir da acusação ou da decisão instrutória, e nada está à partida provado e tudo tem de ser objecto de

5

prova em julgamento, só podendo ser valoradas na sentença as provas que se produzirem no julgamento e aquelas que tenham sido produzidas anteriormente nos casos devidamente especificados na lei), que não há que produzir prova sobre factos aceites pelo arguido, ficando de fora do objecto do recurso os factos constantes da decisão recorrida que o arguido não questiona. Não se trata de prova por confissão no sentido civilista, valendo aqui o princípio da presunção de inocência e o consequente ónus de prova pela acusação. Só tem é que ser produzida prova e apreciada a factualidade posta em causa pelo arguido, e não os factos constantes da acusação que o arguido não questiona.

»

Matéria de facto provada

A convicção do Tribunal, no que respeita à matéria de facto considerada provada e que foi questionada pelas arguidas nos seus recursos de impugnação, formou-se com base na análise crítica da globalidade de toda a prova produzida, designadamente nos documentos juntos aos autos, que não foram impugnados pela arguida, e no depoimento das testemunhas inquiridas em audiência.

Foram ouvidos:

João Alexandre Pateira Ferreira, jurista, funcionário da AdC, instrutor do processo.

Maria de Jesus Fiúza Lopes, Secretária Geral da ANEPE à data dos factos (durante 5/6 anos e até há cerca de 3/4 anos). Referiu ter antes feito parte do quadro de funcionários de duas empresas de parques de estacionamento, tendo sido administradora da Emparque.

Paulo Jorge Pedrogão Barrela, funcionário da CPE desde 1998, com funções na área administrativa e financeira.

José Carlos Alfaia Pinto Pereira, Presidente do Conselho de administração da Sient, desde há 6 anos.

António Henrique de Oliveira Mendes, membro do Conselho de Administração da Spel. Referiu que a carta de 9.05.2006 enviada pela ANEPE, e de cujo teor a Spel não discordou, era uma orientação da Associação para os associados e que visava dar uma ajuda aos associados, chamar a atenção dos associados menos activos e dar-lhes uma ideia das soluções. Que a decisão, a estratégia inicial, foi da Associação, que não de todos os associados “concertados”, e passava por levar os concedentes a admitir a renegociação dos contratos de concessão.

Agostinho Ribeiro de Carvalho, técnico de tráfego da EMEL há 17 anos, era em 2005/2006 responsável pela exploração dos parques públicos da EMEL e pela manutenção dos parquímetros.

5

António Manuel Bizarro de Freitas Vilar, administrador da CPE desde 2007, em 2005/2006 era administrador de uma empresa (Costa Parques), não associada da ANEPE (e com a qual não tinha qualquer relação). Referiu que os valores contratuais dos contratos de concessão tinham uma margem que suportava um aumento na ordem dos 14, 15%. No caso dos parques que geria (em regime de concessão, e ditos de “curta duração”), o fraccionamento em 15 minutos do tempo de estacionamento levou a um agravamento de quase 15%, não tendo tido qualquer dificuldade no relacionamento com a concedente.

Pedro Maria Póvoas Mendes Leal, administrador da Emparque. Refefriu que os associados tinham entendimentos e posições muito diferentes em relação ao fraccionamento em 15 minutos do tempo de estacionamento, sendo também os efeitos causados por esse fraccionamento muito díspares, de parque para parque (sendo maior o impacto em parques de muito curta duração). E que a ANEPE foi o veículo de transmissão das suas preocupações, junto do Governo e dos concedentes. A ANEPE chamou a atenção para a existência de prejuízos mas não se imiscuiu nas decisões de cada empresa, os quais agiram de diferentes modos.

Esta testemunha confirmou a autoria do texto (das correcções introduzidas ao texto) que lhe é imputado na decisão impugnada.

João Manuel Caetano Dias, funcionário da Emparque, com as funções, em 2006, de assessor do Presidente do CA. A Emparque era, refere, a maior associada da ANEPE. Foi autor do gráfico reproduzido no texto das cartas enviadas pela ANEPE, tendo fornecido o estudo global que fez, à Secretária Geral da ANEPE em Abril de 2006.

No geral as testemunhas inquiridas não contrariam os factos resultantes dos documentos em que se baseou a decisão da AdC. Antes, de uma forma que se afigurou ao Tribunal, defensiva, o que deles se extraiu. Insistindo (com excepção do instrutor do processo) no facto de cada uma das associadas ter agido de acordo com a realidade com que cada uma lidava, e que o papel da ANEPE foi o de chamar a atenção dos associados, não interferindo com a gestão destes.

A matéria de facto provada é na sua quase totalidade assente em documentos que estão juntos aos autos, recolhidos na fase de instrução, não impugnados pela arguida. O que a arguida impugnou, quanto à matéria de facto que consta da decisão impugnada foram as considerações que a partir dela foram tomadas ao longo da decisão, quer na motivação da decisão de facto quer nas conclusões sobre a matéria de facto. Quanto aos factos propriamente ditos, e só esses o Tribunal considerou supra, a arguida não os contestou.

Os documentos ponderados pelo Tribunal para a fixação da matéria de facto assente tal como o foi, são os que constam, por remissão em cada artigo, da decisão impugnada (alguns dos quais reproduzidos na íntegra e outros por remissão para a respectiva folha do processo, nos diversos pontos da matéria de facto).

Relativamente aos factos descritos nos arts. 301 a 329 da decisão impugnada, sobre que a arguida referiu não poder pronunciar-se, por não lhe dizerem respeito, ainda que no geral presume que são verdadeiros, resultam – os factos considerados provados - dos docs. juntos a fls. 2161 e 2162, 2167, 14915 a 14952, 14955, 176, 14818, 14869, 1108, 14763, 14773, 9349, 15228, 15238, 12064, 14721, 14709, 12241, 12228, e 15541. Quanto ao volume de negócios das empresas associadas, a arguida não contesta os números que constam da decisão. Antes, o facto de ser considerado o volume de negócios global da empresa, entendendo que deve ser considerado que o volume de negócios “relevante”, decorrente da relação concedente/concessionário, é igual a 0. O montante do volume de negócios considerado provado, resulta dos documentos contabilísticos juntos pelas empresas em questão durante a fase de instrução do processo:

Quanto aos factos descritos na decisão impugnada nos arts. 405 a 415, respeitantes a empresas associadas e não à ANEPE, e que por isso a arguida diz ter de impugnar, resultam, tal como descritos na matéria de facto supra, dos documentos juntos a fls. 4889 e seg., 4873, 4874 e seg., 4945, 10040 (para além dos juntos nas folhas do processo expressamente referidos na matéria de facto).

Os factos constantes dos pontos 33 e 34 da matéria de facto resultaram do acordo das partes quanto aos factos, tal como foram considerados provados.

Os factos constantes do ponto 12 da matéria de facto, resultaram da análise global e ponderada dos depoimentos das testemunhas, em especial das testemunhas Maria de Jesus Lopes e Pedro Maria Leal.

Os factos constantes dos pontos 86 e 87 da matéria de facto supra resultaram da análise crítica e ponderada da globalidade da prova produzida. A arguida alega que mesmo que em anteriores documentos internos de trabalho circulados pelos serviços da associação para recolher comentários das suas associadas e eventuais observações destas contivessem expressões tais como “recomendamos” ou “solução preconizada”, tal não pode em suma ser visto como prova de que se recomendou efectivamente e que teve intenção de recomendar. Sob pena de se condicionar e asfixiar a liberdade de expressão e o funcionamento das associações. Realça o cuidado efectivamente posto em não se recomendar o que quer que seja

e em desfazer equívocos relativamente à existência de qualquer recomendação. Que não teve qualquer intenção de infringir as regras da concorrência.

Conhecia-as contudo, não nega. As sucessivas redacções do texto final que veio a divulgar publicamente, as quais ia circulando por alguns associados (e recorde-se que a ANEPE não tinha uma estrutura humana permanente ou autónoma em relação às empresas associadas, dependendo da Secretária-geral) e recolhendo comentários, não deixam dúvidas quanto à intenção da arguida: recomendar aos associados a adopção das soluções que preconizava como apropriada reacção à publicação do DL 81/2006, de forma a evitarem a perda de receitas que estimava, de acordo com os seus estudos, em 15%. O facto de ir alterando a redacção do texto em nada belisca aquela conclusão. Antes a confirma. A arguida já havia circulado, designadamente por associados seus, conforme resulta da matéria de facto assente, textos onde expressamente recomendava, e falava de soluções preconizadas. Ainda que retirando essas expressões do texto final, face ao seu teor sabia que os seus destinatários iriam entendê-lo como uma recomendação de aumento de preços (seja pela bandeirada seja pelo aumento da tarifa) na medida da perda de receitas que assinalava (vejam-se os sublinhados e comentários de um dos associados no texto que recebeu da arguida). Sabia e mesmo assim enviou-o, porque queria tomar uma posição pública face a uma matéria “muito grave”. Não se trata aqui de liberdade de expressão, ou então, doutra perspectiva, trata-se efectivamente de liberdade de expressão: a arguida não utilizou no texto de 9 de Maio a expressão “recomendar” ou “soluções preconizadas”, ainda que tenha efectivamente representado e querido recomendar essas soluções para o problema que enunciou. Não utilizou as expressões, mas arranjou outra forma de transmitir essa sua intenção.

Quanto à matéria de facto não provada, resultou da inidoneidade da única prova produzida a respeito (documentos particulares, sem assinatura na sua maioria, contendo simples informações, sem suporte documental idóneo para prova dos factos).

II.4. Enquadramento jurídico

À arguida é imputada a prática de uma contra-ordenação prevista no art. 4º da Lei nº 18/03 de 11 de Junho.

Nos termos do n.º 1 do artigo 4.º da LdC,

“São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a

concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa;

b) Fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;

c) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

d) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

e) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;

f) Recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços;

g) Subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objecto desses contratos.”.

São elementos do tipo objectivo da contra-ordenação:

- . a qualidade de empresa;
- . a realização de um acordo ou de uma prática concertada entre empresas, ou de uma decisão de associação de empresas;
- . o objecto ou efeito anti-concorrencial do comportamento;
- . o carácter sensível da restrição de concorrência;
- . a existência de um mercado relevante.

Face ao tipo legal em causa para se poder concluir pela prática da contra-ordenação há assim que apurar, em concreto:

- se a arguida é uma associação de empresas tal como definida na lei da concorrência e se, por conseguinte, está sujeita ao regime da concorrência;
- se os factos apurados relativos à alegada “*estratégia de reacção colectiva à entrada em vigor do regime de determinação de preços pela utilização de parques de estacionamento, previsto no Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril*” configuram uma decisão de uma associação de empresas;

- qual o mercado a considerar;
- se a decisão tem por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado definido.

Passemos então à análise de cada um destes elementos do tipo.

*

a) Da aplicabilidade do regime da concorrência à arguida

De harmonia com o disposto no art. 1º, nº 1, da Lei 18/03 de 11 de Junho (diploma a que pertencem todas as disposições infra citadas sem outra indicação), o regime legal da concorrência é aplicável a *todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo*.

Por sua vez, o art. 2º, nº 1, define empresa como *qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento*.

A noção de empresa utilizada para efeitos de aplicação das regras de concorrência caracteriza-se pelo seu reduzido formalismo, sendo a tónica colocada no seu carácter funcional, como resulta do facto de se considerar como empresa qualquer entidade que exerça uma actividade económica no mercado, “independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento”. Assim, desde logo, empresa não é sinónimo de sociedade comercial, não sendo exigida nem a natureza societária, nem tão pouco a prossecução de fins lucrativos, sequer que se trate de uma pessoa colectiva. – neste sentido, Miguel Mendes Pereira, “Lei da Concorrência”, Anot., Coimbra Ed., pgs. 68 e 69.

No caso, atento o objecto estatutário da associação arguida, bem como o enquadramento da actividade económica dos seus associados, a AdC conclui, sem dúvidas, na decisão impugnada, que a arguida era uma associação de empresas. O que a arguida não contesta.

A arguida é, pois, uma associação de empresas, estando sujeita à aplicação do regime legal da concorrência.

b) Da existência de uma decisão de associação de empresas

O art. 4º, nº 1, estabelece que, “*São proibidos (...) as decisões de associações de empresas (...)*”. O preceito em análise refere-se a “decisões de associações de empresas”, não introduzindo nenhuma excepção. Ora ao falar em *decisão* este artigo tem em vista todo e

qualquer comportamento que traduza uma orientação emitida por, no caso, uma associação, seja qual for a forma exterior que reveste.

O que está em causa é a manifestação de uma vontade colectiva por parte de um conjunto de empresas agrupadas em torno de uma estrutura comum visando a adopção de um determinado comportamento alinhado. Não é necessário que a decisão seja vinculativa ou tenha a pretensão de o ser, bastando que tenha como objecto ou efeito influenciar o comportamento comercial dos seus membros. Assim, uma mera recomendação pode ser considerada como uma decisão (Miguel Mendes Pereira *in*, “Lei da Concorrência” Anot., Coimbra Ed. 2009, p. 90).

Neste sentido pode ver-se o comentário à decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades, no caso *Ste Technique Minière* contra *Maschinenbau Ulm GmbH*, em 1966, onde se refere que uma recomendação de uma associação de empresas, mesmo desprovida de força obrigatória, não escapa à previsão do art. 85º, nº 1, do Tratado de Roma (preceito idêntico ao art. 2º do Decreto Lei nº 371/93), posto que a aceitação da recomendação pelas empresas destinatárias exerça uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no mercado em causa (*in* Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes, Tome 2, 2e édition, J. Boulouis e R.-M. Chevalier).

Significa isto que todas as decisões de todas as associações de empresas que tenham por objecto ou por efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional são proibidas.

A “decisão” (deixemo-la por enquanto entre aspas) da ANEPE que está em causa é a carta que esta dirigiu aos seus associados, à Secretaria de Estado do Comércio e Defesa do Consumidor e à Associação Nacional dos Municípios Portugueses, de 9 de Maio de 2006. É o culminar da estratégia de reacção à entrada em vigor do regime de determinação de preços pela utilização de parques de estacionamento previsto no DL nº 81/2006 de 20.04 que a AdC lhe imputa, e consubstancia a tomada de posição pública da Associação a respeito da matéria.

Começamos por analisar os termos da carta em questão.

Começa por enunciar um problema como consequência da regulamentação da determinação do preço nos parques de estacionamento e da regra de cálculo do preço a pagar pelos utentes de parques de estacionamento (art. 12 nº1 da Lei 81/2006 de 20.04), pela qual esse preço para a ser fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos: “... quer por exigência dos concursos, quer por ser prática habitual no sector, todos os estudos económicos que estão na base de investir nos parques e que justificam a viabilidade do

negócio (..) foram, regra geral elaborados no pressuposto essencial, conhecido e aceite pelos municípios, do escalonamento horário dos tarifários.

Nessa medida, ao ser agora imposta uma outra regra de cálculo (...) estará a ser posto gravemente em causa o equilíbrio da exploração, com incidência nos contratos em vigor (...)”.

Prossegue, dando conta das conclusões a que chegou com base em estudos: “*Numa simulação efectuada a uma amostra de 106.590 transacções, num universo de 22 parques de estacionamento de rotação, com um total de 8.800 lugares, situados em diversas cidades do país, a simples aplicação das novas regras implicaria uma quebra de receita próxima de 15%.*

Por outro lado, o ingresso no parque de estacionamento representa um custo fixo (movimentação de barreiras, emissão de cartão, processamento de pagamento, utilização da infra-estrutura, etc.) que poderá atingir, de acordo com os nossos cálculos, 35 cêntimos.”

Enunciada o problema (*estará a ser posto gravemente em causa o equilíbrio da exploração, com incidência nos contratos em vigor*), expostas as conclusões a que chegou com base em estudos efectuados (*a simples aplicação das novas regras implicaria uma quebra de receita próxima de 15%.; o ingresso no parque de estacionamento representa um custo fixo que poderá atingir 35 cêntimos*), apresenta soluções para resolver o enunciado problema:

“Entende a Anepe que, face às novas regras de fraccionamento do tempo para determinação do preço, tal custo pode ser autonomizado do preço/tarifa aplicados ao tempo utilizado.

Com efeito, verifica-se que a simples divisão do preço actual por quatro poderia acarretar situações que o preço a pagar pelo cliente nos primeiros quinze minutos seria inferior ao custo fixo acima referido.

Sem prejuízo do exposto, poderá, ainda, haver lugar à revisão de tarifas em vigor nos parques de estacionamento.

O quadro seguinte espelha um cenário simulado em que se verificaria um “preço de ingresso” e um aumento de 15% das tarifas actuais. (...)”

Em lado algum do texto a ANEPE decide o que quer que seja quanto ao que deve ser feito para obstar ao problema que enuncia, o de estar *a ser posto gravemente em causa o equilíbrio da exploração, com incidência nos contratos em vigor*. Mas recomenda claramente, depois de apresentar os seus cálculos a simples aplicação das novas regras implicaria - isto é, se nada for feito - uma quebra de receita próxima dos 15% e que o ingresso no parque

representa um custo fixo que poderá atingir €0,35) recomenda dizíamos, para obstar àquelas implicações, a autonomização daquele custo fixo de €0,35 do preço/tarifa aplicados ao tempo utilizado, ou a revisão das tarifas em vigor nos parques, aumentando-as em 15% (o valor da quebra de receita, de acordo com o seu estudo, e o que é tido em conta no gráfico que inclui no texto).

Analisemos a génese da carta de 9 de Maio de 2006 da ANEPE:

Houve em primeiro lugar um anteprojecto legislativo e um pedido de parecer da Secretaria de Estado, que previa no art. 9 que nos estacionamento de curta duração, até 24 horas, a tarifa a pagar pelos utilizadores dos parques de estacionamento seria fixada ao minuto. Sobre o qual a ANEPE se pronunciou em 22.12.2005.

No dia 8.03.2006 foi aprovado em Conselho de Ministros o diploma que viria a ser publicado em 20.04.2006 como DL nº 81/2006.

Entre Março e Abril a Direcção da ANEPE pediu um parecer jurídico sobre o diploma e preparou uma carta para ser enviada aos seus associados, ao Governo e à Associação Nacional de Municípios.

Das notas escritas do representante da EMEL na reunião extraordinária de 20.04.2006 da ANEPE (sendo que de acordo com o depoimento da testemunha Dias, funcionário da Emparque e autor do gráfico usado pela ANEPE, este forneceu o estudo contendo o gráfico à Secretária geral da Associação, em Abril), extrai-se que naquela reunião foi já delineada a estratégia, enfim, os passos a tomar, para reagir às alterações decorrentes da entrada em vigor do Decreto Lei: comunicar à ANM a posição da ANEPE, comunicar a percentagem a que se chegou no que se refere ao prejuízo que os concessionários têm com a introdução desde DL, renegociar os contratos de concessão, enviar ao Secretário de Estado um memorando fazendo algumas críticas e levantando questões (o que iria ser feito por juristas); alterar o DL...

No dia 24.04.2006 a secretária geral da ANEPE enviou a associadas (Emparque, Brisa, Spel, CPE e Sient) a posição pública da Associação, em que refere ser "*imprescindível rever as tarifas em vigor nos parques de estacionamento*", sendo possível, aplicação de uma taxa de activação nos primeiros 15 minutos, conjugada com um aumento de cerca de 2,5% das tarifas actuais, fraccionadas em quartos de hora, ou, o aumento de 15% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora (sem aplicação da taxa de activação), conforme quadro que consta do texto (e é aliás o reproduzido em todos os textos da ANEPE neste caso).

Em 27.04.2006 a ANEPE remeteu para os mesmos associados e ainda para a Emel, uma nova versão daquele texto, com as alterações introduzidas por Pedro Mendes Leal, vogal

da Direcção da ANEPE e representante da Emparque. As alterações introduzidas constam da matéria de facto assente.

Em 2.05.2006 a ANEPE remeteu aos associados Sient, Spel, Brisa, Emparque, CPE e Emel, e ainda para uma sociedade de advogados, *“o documento revisto no seguimento da reunião de sexta-feira”*. Da qual consta designadamente que *“Torna-se ainda imprescindível rever as tarifas em vigor nos parques de estacionamento, sendo recomendável a aplicação do “preço de ingresso” acrescido da tarifa relativa ao tempo utilizado, para a qual se estima um aumento de cerca de 2,5% relativamente às tarifas actuais, fraccionadas em quartos de hora.*

Caso não se opte por esta solução, então deverá ser previsto um aumento de 15% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora.”

Segue-se a exposição do gráfico já conhecido.

Sublinhe-se os destaques e comentários escritos pela associada Emel àquele texto recebido da ANEPE, e que constam da matéria de facto assente. Das quais se extrai com relativa clareza que os aspectos sublinhados (os relevantes para a associada, a ter em conta), do texto da comunicação da ANEPE, foi precisamente a recomendação do “preço de ingresso” (bandeirada) de €0,35 acrescida de um aumento de cerca de 2.5%, e a perda de receitas próxima de 15%, que teria de ser compensada pelo aumento de 15% das tarifas actuais.

A 9 de Maio acabaria por ser enviada pela ANEPE aos seus associados, ao Governo e à ANMP a carta que analisamos acima em primeiro lugar, sendo patente que na redacção desta versão pública da posição da ANEPE foram omitidas expressões como *“sendo recomendável a aplicação do preço de ingresso”* ou *“recomenda-se a instituição de um preço de ingresso”*, bem como a expressão *“deverá então ser previsto um aumento de 15% das tarifas actuais”*.

Na redacção deste texto com a posição pública da ANEPE, de 9.05.2006, emprega-se antes a expressão *“entende a Anepe que”*, *“poderá, ainda, haver lugar à revisão de tarifas”*, *“o quadro seguinte espelha um cenário simulado em que se verificaria um preço de ingresso e aumento de 15% das tarifas actuais”*.

Recomendar é aconselhar alguma coisa, uma via de acção a outrem. E o que a ANEPE fez neste caso foi, sem a final empregar a expressão (que já tinha empregue em anteriores comunicações enviadas a associados), recomendar aos seus associados, para obstar ao problema que identifica e tendo em conta os estudos que fez e as conclusões a que chegou, a aplicação das soluções que preconiza para o resolver.

Uma mera recomendação, como dizíamos acima, pode ser considerada como uma decisão para os efeitos do art. 4 n.º 1 da LdC. Repetimo-lo, o que está em causa é a manifestação de uma vontade colectiva por parte de um conjunto de empresas agrupadas em torno de uma estrutura comum visando a adopção de um determinado comportamento alinhado, não sendo necessário que a decisão seja vinculativa ou tenha a pretensão de o ser, bastando que tenha como objecto ou efeito influenciar o comportamento comercial dos seus membros.

Todo e qualquer comportamento que traduza uma orientação emitida por uma associação, seja qual for a forma externa que possa concretamente revestir, desde que tenha a susceptibilidade de exercer uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no mercado em causa, pode ser considerada como uma decisão para os efeitos do art. 4 n.º 1 da LdC.

É o que se verifica no caso *sub judice*. A ANEPE, associação nacional de empresas de parques de estacionamento, manifestou publicamente a sua posição face à introdução da Lei 81/2006 de 20.04 e em especial à determinação que dela consta a respeito do preço nos parques de estacionamento, recomendando/orientando/ defendendo, visando a adopção, dos comportamentos que preconiza no texto da carta de 9 de Maio de 2006 (e que mais explicitamente já dera a conhecer aos associados, sob a forma de documentos subscritos pela Secretária geral ou por membros dos seus órgãos sociais, circulados entre vários associados).

Comportamentos que depois procurou verificar se tinham sido adoptados, isto é, se as recomendações que fez tinham sido acatadas, e em que medida as soluções preconizadas estavam a ser seguidas. É o que resulta do facto descrito no ponto 64 da matéria de facto assente (mail de 12.07.2006 enviado pela Secretária geral da associação, solicitando *o envio de informações sobre a situação da aplicação desta norma nos parques que gerem, nomeadamente no que se refere às negociações com os municípios.*)

Tratou-se, pois, de uma decisão de associação de empresas.

c) Do mercado a considerar

A definição do mercado é um passo essencial para determinação da infracção, uma vez que ela existe sempre por referência a um dado mercado.

A este propósito escreve Lopes Rodrigues que “*o principal objecto da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar. O objectivo de definir um mercado tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efectivos das empresas em causa, susceptíveis de restringir o seu*

comportamento e de impedi-las de actuar independentemente de uma pressão concorrencial efectiva.” (in, O Essencial da Política de Concorrência, INA, 2005, p. 95-96).

A AdC entendeu que a prática da arguida incide no mercado da prestação de serviços de gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos. Que a oferta no mercado relevante corresponde à actividade desenvolvida pelas empresas que prestam serviços de construção, gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento em locais públicos. No que se refere à procura, que esta consiste nas entidades, públicas ou privadas, que recorrem aos serviços das empresas gestoras de parques de estacionamento para disponibilizar lugares de estacionamento, em instalações construídas ou adaptadas para o efeito, ou na via pública. Abrangendo, geograficamente, todo o território nacional.

Entende a arguida que o mercado relevante é o mercado da gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos e que este mercado tem duas dimensões: a primeira assente na relação entre as entidades públicas ou privadas que pretendem disponibilizar lugares de estacionamento através de concessão (“concedentes”) e as empresas gestoras de parques de estacionamento (“concessionários”); e uma segunda dimensão, que se materializa na relação destas últimas com o consumidor (dimensão “retalhista”). E que, ao contrário do que sucede na relação entre os concedentes e concessionários, a dimensão retalhista do mercado não tem um âmbito geográfico nacional e sim local.

O mercado relevante é uma noção que traça o perímetro circundante da arena concorrencial dentro da qual se degladiam as empresas, indicando qual a área pertinente para uma análise estrutural ou comportamental. Desdobra-se em duas vertentes: mercado relevante de produto e mercado relevante geográfico. – Miguel Mendes Pereira, loc cit. pg. 119.

O mercado de produto identifica o bem ou serviço em causa e é constituído pelo conjunto de produtos intersubstituíveis tanto na óptica da procura como da oferta. Na óptica da procura o mercado é identificado pela existência de um conjunto de produtos, bens ou serviços substituíveis entre si, isto é, que os consumidores vejam como similares para a satisfação de uma dada necessidade. Havendo aqui que considerar factores como o preço, as características do produto e o seu modo de utilização. Na óptica da oferta o mercado é identificado pela existência de várias empresas que estão no mercado em causa a fornecer o

produto ou serviço, sendo que o mesmo também pode ser oferecido por outras empresas que ainda não estão no mercado ou pelas que já estão no mercado sem que tenham que incorrer em qualquer custo suplementar significativo

No caso, quanto ao mercado relevante de produto temos por assente que se trata do mercado da gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos.

O mercado geográfico apura-se tendo em consideração a zona territorial em que os produtores ou vendedores de um determinado bem, ou prestadores de um determinado serviço, concorrem em condições suficientemente homogêneas, e que podem distinguir-se das áreas geográficas vizinhas pelo facto, em especial, de as condições da concorrência serem diferentes nessas áreas. Do ponto de vista da procura se, por hipótese, verificando-se o aumento do preço dum produto num determinado local a procura se deslocar de modo significativo para outro local, estes dois locais serão considerados o mesmo mercado geográfico para aquele produto ou serviço. Já se a reacção ao aumento for insignificante então os dois locais não são substituíveis e, por conseguinte, não integram o mesmo mercado geográfico. Do ponto de vista da oferta se, perante um aumento de preços, se verificar que surgem novas empresas no mercado restringindo o comportamento das empresas já existentes, então as áreas geográficas onde estes novos operadores estão integrados têm que ser incluídas no mercado geográfico considerado relevante.

Ora, quanto ao mercado relevante geográfico, não nos restam dúvidas no caso de que ele abrange todo o território nacional. As associadas da ANEPE gerem ou exploram parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos, em todo o território nacional. Não está aqui em causa a substituíbilidade do produto, na óptica do utilizador dos parques, porque a decisão da arguida, que analisamos acima, não se circunscreve a um parque ou a um local em concreto, antes a todos os parques de estacionamento abrangidos pelo fraccionamento previsto no art. 12 nº1 do DL 81/2006. A recomendação - e sublinhe-se que por intermédio da ANMP foi enviada a todas as Câmaras Municipais - abrangia todas as associadas, para aplicação em todos os parques de estacionamento de curta duração.

d) Da existência de uma decisão que tenha por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência

Para que uma decisão seja proibida nos termos do art. 4, ela não tem que ter *como efeito* restringir, falsear ou impedir a concorrência. Basta que tenha *por objecto* restringir, falsear ou impedir a concorrência, conforme resulta expressamente do próprio artigo em que é empregue a conjunção "ou".

Significa isto que não está em causa um ilícito de dano mas sim de perigo: basta que o bem jurídico seja posto em perigo, ou seja, basta a possibilidade de lesão para que a infracção se considere cometida.

Impedir a concorrência implica a sua supressão absoluta, ou seja, a concorrência deixa de existir. *Restringir* a concorrência significa que a mesma continua a existir mas em moldes diferentes dos normais, *i.é.*, a concorrência diminui. *Falsear* a concorrência implica uma alteração das condições normais do mercado, *maxime*, das condições de troca próprias das estruturas do mercado.

O Legislador consagrou no entanto a regra *de minimis*: a prática só é proibida se a limitação às regras da concorrência for significativa, ou seja, as práticas de menor importância beneficiam de uma isenção genérica. Tal é o significado da expressão "*restringir de forma sensível*" inserta no art. 4.

Ora a decisão da ANEPE é susceptível, por si só, pela sua natureza, de restringir de forma sensível a concorrência no mercado relevante, tal como definido supra, da prestação de serviços de gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos.

Vejamos porquê.

Subjacente à proibição do art. 4 da LdC está, como refere a AdC, a preocupação de garantir, para o livre funcionamento do jogo concorrencial, o princípio da autonomia comercial dos operadores do mercado enquanto elemento estruturante do processo concorrencial.

A fixação dos preços, nomeadamente a eventual alteração na sequência de uma alteração legislativa, deve resultar apenas e só do livre jogo do mercado, naturalmente com respeito pelas regras e princípios que regulam o funcionamento do próprio mercado.

Ora a actuação da arguida é susceptível de diminuir a incerteza quanto à forma como as empresas gestoras e exploradoras de parques de estacionamento suas associadas adaptariam os seus preços à entrada em vigor do Decreto-Lei nº 81/2006, assim como consencionaliza os concedentes para a necessidade de alterações dos preços acordados. É pois susceptível de alterar as condições concorrenciais do mercado.

Tratando-se de uma infracção por objecto não há que analisar qualquer dos seus efeitos nos termos já supra expostos.

Ainda assim sempre se dirá que a decisão da arguida teve alguns efeitos (vejam-se por ex. os factos descritos nos pontos 64 a 69, 71, 83 a 85 da matéria de facto assente): serviu como nota explicativa e justificativa do aumento dos preços pela CPE (cuja minuta, de que consta uma referência expressa ao estudo da ANEPE, se afigura uma adaptação do escrito de 9 de Maio de 2006; sublinha-se aqui a resposta dessa associada ao mail da Secretária geral de 12.07.2006, na qual, em suma, refere estar já a aplicar a recomendação), Spel, Emparque (em cuja correspondência electrónica interna é feita referência ao estudo da ANEPE com a participação da CPE, Emparque e Spel), Parquegil.

e) Do elemento subjectivo do tipo

À arguida é imputada a prática dolosa da contra-ordenação aqui em causa.

Resultou provado que ao enviar o escrito datado de 9.05.2006, constante do ponto 60 da matéria de facto assente, a arguida bem sabia que ele iria ser interpretado pelos respectivos destinatários como uma recomendação de aumento de preços, na medida da perda de receitas que assinalava, e ainda assim quis enviá-lo e que ele assim fosse entendido; e que quis agir da forma porque o fez, bem sabendo ser a sua conduta punida pelas normas que regulam a concorrência.

Agiu, pois, com dolo directo.

*

Nos termos do art. 42 da Lei nº 18/2003, a infracção ao disposto no art. 4 do diploma constitui uma contra-ordenação. E a associação de empresas aqui aguida, resulta de tudo o exposto, tomou uma decisão proibida nos termos do disposto no art. 4 da Lei 18/2003 de 11.06. Praticou pois a contra-ordenação, em autoria material.

Da escolha e medida da sanção a aplicar

No que concerne à determinação da medida da coima dispõe o art. 44º que as coimas são fixadas tendo em consideração, entre outras, as seguintes circunstâncias:

- a gravidade da infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional;
- as vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infracção;

- o carácter reiterado ou ocasional da infracção;
- o grau de participação na infracção;
- a colaboração prestada à autoridade, até ao termo do procedimento administrativo;
- o comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

Estabelece por seu turno o art. 18 do RGCO (aqui aplicável, face à remissão do art. 22 e dado que o próprio art. 44 esclarece que as circunstâncias nele previstas deverão ser, “entre outras” consideradas, do que resulta que nele não estão incluídos todos os elementos a considerar na determinação da medida concreta da coima), que na determinação da coima há ainda que considerar:

- . a culpa;
- . a situação económica do agente.

Nos termos do disposto no art. 43, nº 1 al. a), a violação do art. 4º constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas parte na infracção, 10% do volume de negócios do último ano.

Por seu turno, o nº 2 do mesmo artigo dispõe que, *“No caso de associações de empresas, a coima prevista no número anterior não excederá 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado no comportamento proibido”*.

»

Entende a arguida que a aplicação do art. 43 nº2 da LdC apenas faz sentido no caso em que os membros da associação hajam igualmente participado no comportamento proibido. Caso contrário, sustenta, em suma, deve ser atendido apenas o volume de negócios da própria associação.

Alega ainda que a aplicação automática do nº2 do art. 43, somente por se tratar de uma decisão de associação de empresas, conduz à sua inconstitucionalidade por violação do disposto no art. 29 nº3 da Constituição da República Portuguesa.

Dispõe o art. 29 nº3 da Constituição da República Portuguesa que *“não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior”*.

Inexiste a invocada inconstitucionalidade, de forma clara, e sem necessidade de grandes considerações, porquanto a LdC é anterior à decisão impugnada, e estabelece de forma clara e indubitável que a violação do disposto no art. 4 constitui contra-ordenação

punível com coima que não pode exceder, no caso de associações de empresas, 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam, participado no comportamento proibido.

A punição da prática da contra-ordenação cometida pela arguida com uma coima cujo limite máximo foi concretamente estabelecido tendo em conta o volume de negócios agregado anual das empresas associadas que participaram no comportamento proibido (10% do volume de negócios do grupo Emparque, da Spel, da Sient, da CPE e da Emel) não viola, pois, qualquer normativo legal ou constitucional.

A ANEPE é, por definição, uma associação nacional de empresas de parques de estacionamento. Tem órgãos sociais (Assembleia Geral, Direcção - constituída por um Presidente, um Tesoureiro e um Vogal, podendo ainda nomear um Secretário geral - e Conselho Fiscal). Não tem uma estrutura humana permanente ou autónoma em relação às empresas associadas, dependendo para o seu funcionamento corrente em geral da Secretária geral, que conta com o apoio de uma assistente administrativa a tempo parcial.

Tratando-se da expressão de uma posição pública da ANEPE, o escrito de 9.05.2006 foi naturalmente subscrito pelo presidente da direcção da associação. Mas como resulta da matéria de facto assente, a Emparque (grupo Emparque), a Spel, a Sient, a CPE e a Emel, tiveram conhecimento directo e participaram no delinear da estratégia de reacção colectiva à entrada em vigor do Decreto-Lei nº 81/2006 a partir de 20 de Abril de 2006, na definição das recomendações em matéria de preços, entre 24 de Abril e 2 de Maio, e na aprovação da comunicação pública de 9 de Maio.

Aquelas empresas participaram, enquanto membros da Associação de empresas (a AdC expressamente excluiu a Promoparques, por entender não ter esta empresa “participado no comportamento proibido) na definição da posição da ANEPE em relação à aplicação do Decreto-Lei nº 81/2006, tendo participado (vejam-se os destinatários das comunicações da Secretária geral, os contributos prestados através de sugestões, as notas, as correcções, a concordância manifestada, o estudo fornecido) nas iniciativas promovidas pela arguida.

Participaram, pois, a Emparque, a Spel, a Sient, a CPE e a Emel, no comportamento proibido.

Assim, tendo em conta que o volume de negócios agregados dessas empresas foi, em 2006, de €57.982.269,70, o montante máximo da coima aplicável é de €5.789.226,97, correspondente a 10% daquele volume de negócios.

»

Passemos pois à análise das circunstâncias a atender na determinação da medida concreta da coima.

A contra-ordenação praticada é grave dado estar em causa a protecção de valores fundamentais para a estrutura e funcionamento da economia, como o princípio da autonomia comercial dos operadores do mercado, elemento estrutural de um mercado concorrencial. Sendo as associações de empresas destinatários especiais das normas de defesa da concorrência.

Mostra-se elevada a necessidade de prevenção geral. A confiança da comunidade e, particularmente, a confiança dos agentes económicos na promoção do equilíbrio e na transparência das relações entre agentes económicos tem de ser protegida.

A arguida agiu com dolo, directo, não lhe sendo conhecidos antecedentes contra-ordenacionais.

No caso, a arguida prestou à AdC toda a colaboração por esta solicitada, entendendo o Tribunal que tal atitude deve ser valorada como atenuante geral.

Não resultaram provados factos que permitam concluir que a arguida, ou mesmo as suas associadas, tenham beneficiado de vantagens em consequência da infracção para além do que resulta do próprio cometimento da infracção (a restrição sensível da concorrência no mercado relevante, que por definição envolve a redução da incerteza quanto ao comportamento dos concorrentes na sequência da entrada em vigor do diploma; a adequabilidade da reacção colectiva a implementar a consciência, designadamente nas entidades concedentes, mas também nos consumidores, da inevitabilidade do aumento dos preços praticados nos parques de estacionamento).

Quanto à caracterização da natureza da infracção como permanente, não significa que a mesma seja por isso reiterada, como parece resultar da decisão impugnada. A natureza permanente da infracção (por contraposição às infracções de natureza instantânea), caracteriza-se, como se escreveu no excerto da sentença citada pela AdC (2º Juízo deste Tribunal, proc. 965/06.9TYLSB), por a sua execução e a sua consumação perdurarem no tempo: *a uma primeira fase, que compreende toda a conduta do agente até ao aparecimento do evento, segue-se uma segunda fase que perdura no tempo até que o agente cumpra o dever de fazer cessar o estado antijurídico causado. A violação do bem jurídico prolonga-se no tempo enquanto perdura a resolução criminosa isto é, a execução persiste no tempo porque o agente voluntariamente mantém a situação antijurídico.*

Pelo carácter reiterado ou ocasional da infracção procura determinar-se o grau de insensibilidade do agente ao bem jurídico tutelado pela LdC (a concorrência) e a frequência com que este é colocado em causa. – neste sentido, Miguel Mendes Pereira, loc. cit, p. 430.

Estando em causa uma única infracção, tal afasta liminarmente, qualquer reiteração, que pressupõe uma repetição de condutas e não a sua permanência.

No caso, para além do que já se pondera ao nível do desvalor da acção (tendo em conta que a decisão da arguida produziu efeitos que foram por si previstos e queridos, ainda que a sua actuação se tenha de alguma forma esgotado com a tomada pública de posição relativamente ao Decreto-Lei nº 81/2006) e caracterização do dolo (directo e intenso), nada mais resultou provado de relevante.

A arguida cometeu a contra-ordenação, em autoria material. Não resultou demonstrado qualquer comportamento da arguida tendente à eliminação da prática proibida.

Tudo visto e ponderado, considerando a moldura abstracta aplicável e todas as circunstâncias supra referidas, entende o Tribunal condenar a arguida na coima de €969.000,00.

*

A AdC condenou ainda as arguidas, nos termos do art. 45 da Lei 18/2003, a título de sanção acessória, à publicação de um extracto da decisão na II Série do Diário da República e da parte decisória em jornal de expansão nacional.

Afigura-se plenamente justificada a aplicação da sanção acessória atenta a gravidade da infracção e o mercado geográfico relevante, bem como o facto de a comunicação de 9 de Maio de 2006 ter sido objecto de publicação no boletim informativo da Associação e divulgada externamente à própria associação.

*

IV. Decisão

Face a tudo o exposto, julgando parcialmente procedente, nos termos expostos, o recurso de impugnação interposto pela “ANEPE – Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento”, condeno a arguida, pela prática de uma contra-ordenação p.p. pelos arts. 4 nº1 e 43 nº1 al. a) e nº2 da Lei 18/2003 de 11 de Junho, na coima de €969.000,00 (novecentos e sessenta e nove mil euros).

*

Vai ainda a arguida condenada a proceder, a expensas suas, à publicação no Diário da República, II Série, de um extracto da decisão do qual constem os fundamentos de facto e

de direito que levaram à sua condenação bem como a parte decisória num jornal de circulação nacional, que o Tribunal delimitará após o trânsito em julgado da presente decisão.

*

Condeno a arguida nas custas do processo, fixando-se a taxa de justiça em 5 UCs (arts. 93 n.º 3 e n.º 4, do Decreto Lei n.º 433/82 de 27 de Outubro, na redacção do art. 9 do Decreto Lei n.º 323/01 de 17/12 e 8 n.º 4, do Regulamento das Custas Processuais).

*

Notifique.

*

Proceda-se ao depósito desta sentença.

*

Comunique à autoridade administrativa, nos termos do disposto no art. 70º n.º 4 do Decreto-lei n.º 433/82 de 17/10, na redacção dada pelo Decreto-lei n.º 244/95 de 14/09.

*

Lisboa, 29.05.2012

(elaborei e revi a presente decisão)

Eleonora