

Da entrada
13/12/2007



Dr. Jorge I. Ferreira
12/12/2007

VSCF / MVC
(CONTROLE DE NOTIFICAÇÕES)
ENTREGUE / RECEBIDO

6/12/2007

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: correo@lisboa.tr.mj.pt

NOTA:

PRAZO

Dr. N. P. Reis
13.12.2007

Exmo(a) Senhor(a)

Jorge Fernandes Ferreira - Dr.

Rua Castilho, 20 - 6º

Lisboa

1250-069 LISBOA

Nossa Referência:

Processo nº. 5352/07-9

Data: 05/12/2007

9ª Secção

ADC

13-12-2007

E-DC/2007/715

Assunto: NOTIFICAÇÃO

Recorrente(s): ORDEM DOS MÉDICOS

Recorrido(s): Autoridade da Concorrência e outros

Origem: LISBOA COMERCIO Juízo/Vara: 3º Nº Processo: 851/06.2TYLSB

Fica V. Ex^a notificado(a), do douto acórdão proferido, cuja fotocópia integral se junta.

Escrivão(ã) Adjunto(a)

(Octávio Manuel Correia)



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Proc.º 5352/07-9

9.ª Secção

Acordam na 9.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa:

I - No processo nº 851/06.2TYLSB do 3.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, por sentença de 18 de Janeiro de 2007, foi decidido julgar parcialmente procedente o recurso de impugnação judicial e, consequentemente:

a) Condenar a arguida *Ordem dos Médicos* pela prática da contra-ordenação prevista e punida nos art.ºs 4º n.º 1 al. a) e 43.º n.º 1 al. a) da Lei 18/2003 de 11.06 e 81º n.º 1 al. a) do Tratado CE na coima de € 230.000,00 (duzentos e trinta mil euros).

b) Determinar que a arguida *Ordem dos Médicos* faça publicar, com identificação completa dos autos a que respeita, no Diário da República, uma súmula da presente decisão, que inclua a parte decisória e em jornal nacional de expansão nacional, apenas a parte decisória da mesma, no prazo de 20 dias úteis a contar do trânsito em julgado da decisão.

(...)

II - Inconformada, a *Ordem dos Médicos* interpôs recurso(s) formulando as seguintes questões:

1. A incompetência do Tribunal do Comércio para apreciar decisões da Ordem dos Médicos,

2. Nulidade da sentença por omissão de pronúncia;

3. Declaração de incompetência da autoridade administrativa para punir a Ordem dos Médicos, atenta a natureza jurídica desta última e a sua qualidade de entidade reguladora sectorial;

4. Declaração de nulidade do processo contra-ordenacional, por omissão de um procedimento probatório essencial, ordenando a baixa do processo à autoridade administrativa;

5. Declaração de ilegalidade da decisão da autoridade administrativa por violação dos princípios da imparcialidade e da legalidade, ordenando a remessa do processo à autoridade administrativa para nomeação de instrutor independente;

6. Declaração da inexistência de qualquer conduta ilegal por parte da Ordem dos Médicos e portanto, de qualquer fundamento para aplicação da coima ou



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

sanções acessórias por parte da autoridade administrativa, absolvendo-se a recorrente.

III – Em resposta o Ministério Público, veio manifestar-se nos sentido da improcedência do recurso interposto.

IV – Transcreve-se a decisão recorrida.

I. Questão prévia – incompetência do Tribunal de Comércio.

1.

Não obstante ter interposto o recurso perante este tribunal veio a recorrente Ordem dos Médicos suscitar a questão da incompetência material deste Tribunal, alegando para o efeito que: sendo a Ordem dos Médicos uma pessoa colectiva pública, os seus actos devem ser fiscalizados pelos Tribunais Administrativos e Fiscais. A eventual ilegalidade e subsequente declaração dos artºs 81º e 82º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, só pode ser apreciada pelos Tribunais Administrativos e Fiscais e nunca por um Tribunal Judicial. Acrescenta que, não sendo assim estaremos perante um violação clara do art.º 212.º n.º 3 da CRP e simultaneamente do art.º 211º n.º 1 do mesmo diploma legal, sendo inconstitucional a interpretação do art.º 50º n.º 1 da Lei 18/2003, no sentido de o Tribunal de Comércio ser competente para apreciar a legalidade dos actos praticados pela Ordem dos Médicos ao abrigo do seu poder regulamentar.

Alegou a Autoridade da Concorrência concluindo pela competência do Tribunal de Comércio face à questão em apreciação e pela não verificação da inconstitucionalidade suscitada.

2.

Factos a considerar:

I – Por decisão datada de 26.05.2006, a Autoridade da Concorrência aplicou à Ordem dos Médicos uma coima no valor de € 250.000,00 e a título acessório ordenou que a arguida faça publicar o sumário da decisão no Diário da República e parte decisória num jornal nacional de expansão nacional, no prazo de 20 dias úteis a contar do trânsito da mesma.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2 – Fundamentou a condenação referida em 1, na violação, a título doloso, do disposto no n.º 1 do art.º 4º da Lei 18/2003 de 11.06. bem como no n.º 1 do art.º 81º do Tratado CE, ao impor, com carácter vinculativo, a prática de honorários mínimos e máximos nos termos das tabelas de honorários adoptadas, consubstanciando a conduta, uma decisão de associação de empresas que tem por objecto e por efeito restringir a concorrência entre os médicos em regime liberal, interferindo na determinação do preço dos respectivos serviços pelo livre jogo do mercado, constituindo tal violação, contra-ordenação punível nos termos da alínea a) do n.º 1 do art.º 43º do referido diploma legal.

3. Fundamentação.

Determina o art.º 50º n.º 1 do regime jurídico da concorrência aprovado pela Lei 18/2003 de 11.06 que: “Das decisões proferidas pela Autoridade que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei cabe recurso para o Tribunal de Comércio, com efeito suspensivo”.

Defende a recorrente que, sendo uma pessoa colectiva pública, os seus actos devem ser judicialmente fiscalizados pelos Tribunais Administrativos e Fiscais.

Estabelece o art.º 4º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei 13/2002 de 19.02 o âmbito da jurisdição dos Tribunais Administrativos e Fiscais, referindo nomeadamente na alínea b): “fiscalização da legalidade das normas e demais actos jurídicos emanados por pessoas colectivas de direito público ao abrigo de disposições de direito administrativo ou fiscal, bem como a verificação da invalidade de quaisquer contratos que directamente resulte da invalidade do acto administrativo no qual se fundou a respectiva celebração”.

Refere por sua vez o citado pela recorrente art.º 10º do Dec.-Lei 10/2003 de 18.01 que criou a Autoridade da Concorrência que: “Até à entrada em vigor do diploma que estabeleça o regime processual dos recursos a que se refere o n.º 2 do art.º 38º dos Estatutos anexos a este diploma (a saber: decisões da Autoridade em procedimentos administrativos, respeitantes a matéria da concorrência, bem como a decisão ministerial a que alude o art.º 34º dos Estatutos) as decisões aí previstas são impugnáveis junto dos tribunais administrativos, de acordo com as regras gerais aplicáveis ao contencioso administrativo”.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Na espécie, antes de mais, importa referir, que está em causa a aplicação de uma coima e consequentemente direito contra-ordenacional e não qualquer relação administrativa ou de direito administrativo.

Assim sendo, ao contrário do que pretende a recorrente, não obstante a sua natureza jurídica, a matéria em apreciação não cabe nem no disposto no citado art.º 4º al. b) do ETAF, nem no mencionado pela recorrente art.º 10º da Lei 10/2003 que se refere claramente a procedimentos administrativos, não se incluindo os processos contra-ordenacionais (cfr. o art.º 38º n.º 1 dos Estatutos da Autoridade).

Importa pois concluir pela competência deste Tribunal para apreciar a matéria em análise.

No que respeita à inconstitucionalidade suscitada, é nosso entendimento que não estando em causa a apreciação de uma relação administrativa ou de direito administrativo, não se verifica qualquer violação dos normativos constitucionais citados pela recorrente, não sendo a interpretação referida a feita por este tribunal para se considerar competente para apreciar o presente recurso.

4. Decisão.

Pelo exposto declara-se este Tribunal de Comércio materialmente competente para apreciar o recurso interposto pela Ordem dos Médicos da decisão da Autoridade da Concorrência de 26.05.06 que lhe aplicou uma coima no valor de € 250.000,00 e a título acessório ordenou que a recorrente faça publicar o sumário da decisão no Diário da República e parte decisória num jornal nacional de expansão nacional, no prazo de 20 dias úteis a contar do trânsito da mesma.

II. Admissão recurso.

Porque tempestivamente interposto de decisão recorrível e por quem tem legitimidade para o efeito, tratando-se do Tribunal competente, admito o presente recurso, com efeito suspensivo – art.º 50º n.º 1 Lei 18/2003 de 11.06 e 59º R.G.C.O. (Regime Geral dos Ilícitos de Mera Ordenação Social, publicado pelo Dec.-Lei 433/82, republicado pelo Dec.-Lei n.º 244/95 de 14.09 e alterado pela Lei 109/2001 de 24.12, aplicável “ex vi art.º 49º da Lei citada).

Não se mostra viável a decisão por simples despacho (art.º 64º n.º 1 do RGCO).

(...)



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Concedo às autoridades administrativas a oportunidade de trazerem à audiência os elementos que reputem convenientes para uma correcta decisão, podendo um representante participar na audiência; para o efeito comunique à autoridade administrativa a data da audiência (art.º 70º n.ºs 1 e 3 RGCO).

Face à natureza dos elementos referentes aos processos disciplinares constantes dos autos devem os mencionados elementos manter-se confidenciais.

(Sentença)

1. Relatório

Ordem dos Médicos, interpôs recurso de impugnação da decisão da Autoridade da Concorrência de 26.05.2006, que lhe aplicou uma coima de € 250.000,00 por violação dolosa do disposto no n.º 1 do art.º 4º da Lei 18/2003 de 11.06, bem como do n.º 1 do art.º 81º do Tratado CE, ao impor, com carácter vinculativo, a prática de honorários mínimos e máximos, nos termos das tabelas de honorários por si adoptadas, consubstanciando, a conduta, uma decisão de associação de empresas, que tem por objecto e também por efeito restringir a concorrência entre os médicos, em regime liberal, interferindo na determinação do preço dos respectivos serviços pelo livre jogo do mercado, constituindo tal violação uma contra-ordenação punível nos termos da alínea a) do n.º 1 do art.º 43º do mesmo diploma legal.

Ordenou ainda, a Autoridade da Concorrência, a título de sanção acessória, ao abrigo do art.º 45º da Lei 18/2003 de 11.06, que a arguida faça publicar o sumário da decisão, a fornecer pela Autoridade, na III Série do Diário da República e a parte decisória, nos termos e conforme cópia a comunicar, num jornal nacional de expansão nacional, no prazo de 20 dias úteis a contar do trânsito em julgado da mesma.

Pediu a recorrente, que sejam julgados procedentes os pedidos de:

- declaração de incompetência do Tribunal de Comércio de Lisboa para apreciar o presente processo;
- declaração de incompetência da autoridade administrativa para punir a Ordem dos Médicos, atenta a natureza jurídica desta última e a sua qualidade de entidade reguladora sectorial;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- declaração de nulidade do processo contra-ordenacional, por omissão de um procedimento probatório essencial, ordenando a baixa do processo à autoridade administrativa;

- declaração de ilegalidade da decisão da autoridade administrativa por violação dos princípios da imparcialidade e da legalidade, ordenando a remessa do processo à autoridade administrativa para nomeação de instrutor independente;

- declaração da inexistência de qualquer conduta ilegal por parte da Ordem dos Médicos e portanto, de qualquer fundamento para aplicação da coima ou sanções acessórias por parte da autoridade administrativa, absolvendo-se a recorrente.

Alegou para o efeito em síntese:

Como questões prévias:

A) a incompetência do Tribunal do Comércio para apreciar decisões da Ordem dos Médicos, questão que foi conhecida no despacho de admissão de recurso.

B) a incompetência legal da autoridade administrativa para punir a recorrente, dizendo, em síntese, que, se as contra-ordenações se aplicam de facto a pessoas colectivas, nada na Lei da Concorrência aponta para que as pessoas colectivas públicas, como a Ordem dos Médicos, tenham sido abrangidas pelo legislador, pelo contrário, concluindo-se que, no direito português da concorrência vigente, a Autoridade da Concorrência carece de competência para aplicar coimas às ordens profissionais, pelo que a decisão da Autoridade da Concorrência é ilegal. Acrescenta que, para além de ilegal é também inconstitucional, por violação do art.º 267º n.º 4 do C.R.P.

C) ausência de parecer da entidade reguladora da saúde, dizendo, em síntese, que : constata-se, da consulta dos autos, que a Autoridade da Concorrência nada comunicou à entidade reguladora da saúde, não existindo qualquer parecer desta entidade, verificando-se uma omissão de um procedimento probatório que, tal como está configurado, dever-se-á reputar de essencial, encontrando-se o processo ferido de nulidade, constatada tal omissão.

D) ausência de auditor/instrutor independente, dizendo, em síntese, que: ao confrontarmos as disposições legais (que enuncia), vigentes em Portugal, com as regras vigentes na Comissão Europeia para o mesmo tipo de processos sancionatórios, constatamos que existe uma diferença essencial, que afecta gravemente a constitucionalidade das decisões da Autoridade, não existindo qualquer



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

separação entre instrução e decisão, como acontece na Comissão Europeia e como impõe a Constituição da República Portuguesa. Conclui dizendo que a decisão da Autoridade da Concorrência é ilegal, por violação expressa dos artºs 39º e 40º do Cód. Proc. Penal e do art.º 41º n.º 2 do Regime Geral das Contra-ordenações e que a não se entender assim, os artºs 17º, 19º e 22º da Lei n.º 18/2003 de 11.06 são inconstitucionais quando interpretados no sentido de não serem aplicáveis aos processos contra-ordenacionais abertos no âmbito da Lei da Concorrência as regras dos artºs 39º e 40º CPP, por violação do preceituado no n.º 10 do art.º 32º e no n.º 2 do art.º 266º ambos da CRP.

E) Incompetência da Autoridade da Concorrência para aplicar sanções por violações do art.º 81º do Tratado (embora a arguida não tenha configurado a mesma como questão prévia), dizendo em síntese, que o artigo 23º do Regulamento CE n.º 1/2003, restringe-se, nos seus próprios termos, a decisões da Comissão Europeia:

No que respeita ao mérito diz a recorrente que:

a) não resulta claro nem do Tratado, nem da Lei 18/2003 e no que respeita a esta última, da conjugação do disposto no art.º 2º com o art.º 4º, que a Ordem dos Médicos possa ser considerada uma associação de empresas, ainda que exclusivamente para efeitos de aplicação da lei da concorrência. acrescendo que a Ordem dos Médicos é uma entidade reguladora com poderes públicos de autoridade e que actua na prossecução do interesse público, mesmo quando define critérios de fixação de preços, já que estes não têm por objecto intrínseco a defesa dos interesses económicos dos médicos, mas dos doentes;

b) as actividades de auto-regulação fundadas no interesse público não constituem actividade económica e, consequentemente, estão afastadas do direito da concorrência;

c) a Ordem dos Médicos, através da fixação de honorários mínimos e máximos não pretendeu restringir a concorrência, sendo as normas referentes à fixação de honorários aprovadas com o intuito de fomentar a defesa dos interesses dos doentes, bem como a dignidade da profissão e a qualidade do acto médico.

d) o Código de Nomenclatura e Valor Relativo dos Actos Médicos (CNVRAM) é um instrumento de referência na caracterização da terminologia e respectiva codificação dos actos médicos e procedimentos, tendo sido este um dos objectivos da sua elaboração e aprovação.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

e) o mercado relevante no que respeita à prestação de cuidados de saúde, ou à actividade médica, abarca tanto os médicos como também todas as sociedades comerciais e demais pessoas colectivas privadas e do sector social que se dedicam ao exercício da medicina e que representam uma parte muito significativa do mercado;

f) a actuação da Ordem dos Médicos não influencia de forma determinante as condições de venda dos serviços médicos no território português, já que os consumidores têm ao seu alcance, em qualquer ponto do território, alternativas de fornecimento deste tipo de serviço;

g) no que respeita ao mercado geográfico idêntica situação ocorre, pois os particulares, com maior incidência naqueles que residem nas zonas fronteiriças, deslocam-se com frequência significativa a Espanha, para aí obterem os serviços médicos;

h) as características da Ordem dos Médicos, da profissão que regula, reconduzem a situação em apreço ao artigo 3º n.º 2 da Lei 18/2003 de 11.06 e ao artigo 86º n.º 2 do TCE;

i) na decisão impugnada foi desrespeitado o ónus da prova subjectivo, já que a Autoridade da Concorrência se limitou a presumir que o objecto das decisões era a restrição da concorrência independentemente dos condicionalismos que as envolvem.

j) a Ordem encontra-se numa situação de erro sobre a proibição, nunca tendo entendido como aplicáveis, à sua situação, as normas de proibição invocadas pela autoridade;

k) mesmo que se entenda dever ser a arguida punida a título de negligência, jamais teve consciência da ilicitude;

l) o comportamento não é grave;

m) deveria a colaboração prestada pela Ordem dos Médicos ter sido levada em linha de conta na determinação da coima;

n) a Autoridade da Concorrência, tendo apenas em atenção os rendimentos da categoria B, declarados pelos associados da Ordem dos Médicos, não tratou de separar os rendimentos provenientes de convenções que os mesmos médicos possuem com sistemas ou subsistemas de saúde públicos e privados.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

X

Respondeu a Autoridade da Concorrência, alegando, em síntese, no que ora nos interessa, que:

- a) a natureza pública da Ordem dos Médicos, não lhe permite uma actuação isenta de controlo e fiscalização da legalidade, inserindo-se, no âmbito de aplicação da Lei 18/2003 tanto as “pessoas colectivas privadas” como as “pessoas colectivas públicas”, afigurando-se no entanto essa qualificação totalmente irrelevante face ao enquadramento da mesma como “associação de empresas”;
- b) as Ordens profissionais não revestem as definidoras características de independência, imparcialidade e isenção, quer do ponto de vista orgânico, que do ponto de vista funcional, necessárias à caracterização das entidades reguladoras sectoriais, autoridades administrativas independentes, porque as suas funções reconduzem-se, pelo menos de forma predominante, à representação dos interesses dos respectivos associados;
- c) a Entidade Reguladora da Saúde não tem quaisquer competências regulatórias face à matéria;
- d) a invocação da ausência de parecer da Entidade Reguladora de Saúde é extemporânea, não tendo a questão sido suscitada em sede de processo de contra-ordenação;
- e) a confluência de atribuições instrutórias e decisórias, além de serem intencionalmente consagradas pelo legislador ordinário na Lei da Concorrência são integralmente compatíveis com a RGCO e, bem assim com os princípios constitucionais que regem as garantias em processo criminal, maxime os constantes do art.º 32º da CRP;
- f) o legislador consagrou no art.º 22º n.º 2 da Lei da Concorrência a competência da Autoridade da Concorrência para aplicação dos artºs 81º e 82º TCE;
- g) a natureza de associação pública da Ordem dos Médicos, em caso algum poderia obstar à sua inserção no âmbito de aplicação material da Lei da Concorrência;
- h) também da conjugação dos artºs 2º n.º 1 e 4º n.º 1 da Lei da Concorrência resulta a clara subsunção da Ordem dos Médicos ao conceito de “associação de empresas”;
- i) a limitação do preço dos serviços no âmbito de um código deontológico não constitui um meio adequado a salvaguardar os direitos dos doentes;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

j) o facto de os valores de referência para o cálculo dos honorários cujos limites foram fixados pela Ordem não terem sido alterados desde 1997, apenas permite verificar que a fixação desse valores ocorreu com o expresso objectivo de cristalizar os honorários dos médicos, impedindo que estes praticassem os preços ditados pelo livre funcionamento do mercado;

k) a prestação de serviços que não se encontram visados pela decisão objecto do processo sancionatório em apreço i.e., não integrados na prática em regime independente, não se apresentam como verdadeiras alternativas de prestação para a generalidade dos doentes;

l) o mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas fornecem produtos ou serviços, em que as condições de concorrência são suficientemente homogéneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições de concorrência.

m) do ponto de vista da oferta existe uma clara limitação da concorrência ao nível das condições da oferta dos serviços médicos;

n) do ponto de vista da procura, a existência de uma tabela de honorários não permite a negociação das condições remuneratórias mais favoráveis relativamente à prestação de serviços médicos;

o) nunca a ordem dos médicos poderia subsumir-se à previsão dos artigos 3º da Lei da Concorrência e 86º do TCE.

p) a decisão da Ordem dos Médicos relativa à fixação de honorários nos termos que resultam da conjugação do Código da Nomenclatura, das tabelas de honorários elaboradas pela recorrente e do Código Deontológico preenche todos os elementos do tipo legal de contra-ordenação;

q) não há qualquer razão para afastar o dolo;

r) a decisão de fixação de honorários é uma infracção muito grave;

s) a decisão da Ordem constitui uma infracção permanente;

t) a recorrente é autora da infracção;

u) o que a recorrente apelida de "colaboração" deve ser caracterizado como mero cumprimento de uma obrigação legal;

v) todos os membros da Ordem, enquanto empresas vinculadas pelas regras em causa, participaram necessariamente no comportamento proibido;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

w) o volume de negócios de uma ou várias empresas terá que reconduzir-se obrigatoriamente ao rendimento que as mesmas declaram junto da administração tributária.

x) estabelece-se no artigo 43º n.º 2 da Lei da Concorrência, uma directa relação entre a coima a aplicar e o "volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam de participar no comportamento proibido".

Foi proferido despacho recebendo o recurso de impugnação e designada data para julgamento, conhecendo-se no mesmo a questão prévia suscitada de incompetência do Tribunal.

Realizou-se audiência de julgamento.

2. Saneamento.

O Tribunal é competente internacionalmente, em razão da matéria e da hierarquia.

A recorrente é dotada de personalidade judiciária, de legitimidade "ad causam" e está regularmente representada e patrocinada.

O processo é o próprio.

Questões prévias:

a) incompetência legal da autoridade administrativa para punir a recorrente.

Defende a recorrente que a Autoridade da Concorrência carece de competência para aplicar coimas às ordens profissionais, pelo que a decisão ora objecto de recurso é ilegal, sendo também inconstitucional por violação do art.º 267º n.º 4 da Constituição da República Portuguesa.

Cumpre decidir:

Nos termos do art.º 1 n.º 2 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Dec.-Lei 10/03 de 18.01 "A Autoridade tem por missão 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, nos termos previstos na lei e nos presentes Estatutos".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A referida Autoridade tem os seus poderes e atribuições estabelecidos, respectivamente nos seus artºs 6º e 7º dos referidos Estatutos, que nos eximimos de reproduzir face à sua vastidão.

Da análise do mencionado diploma, nomeadamente das disposições citadas, conclui-se que a mencionada entidade que sucedeu ao Conselho da Concorrência e à Direcção Geral do Comércio e da Concorrência, tem poderes transversais sobre a economia portuguesa para aplicação das regras da concorrência, em coordenação com os órgãos de regulação sectorial. Esse facto aliás ressalta desde logo da menção feita no preâmbulo do diploma, que refere que "O primeiro traço característico desta nova entidade é o seu carácter transversal, no que respeita à missão de defesa da concorrência: a nova Autoridade terá pois a sua jurisdição alargada a todos os sectores da actividade económica".

A Ordem dos Médicos, tal como a mesma refere, é uma pessoa colectiva pública, que foi objecto de uma sanção por parte da Autoridade da Concorrência, por aplicação do disposto no art.º 4º n.º 1 da Lei 18/2003 (Lei da Concorrência), bem como do n.º 1 do art.º 81 do Tratado das Comunidades Europeias.

Ora sendo os poderes da Autoridade da Concorrência alargados nos termos referidos, não se verificam existirem razões para excluir nos termos mencionados pela arguida, a aplicação desses poderes à Ordem dos Médicos, por ser uma pessoa colectiva pública, não distinguindo o legislador e não cabendo ao intérprete distinguir.

Esta posição é reforçada, analisando a Lei 18/2003 de 11.06 que, logo no seu artigo primeiro, refere que: "A presente lei é aplicável a **todas as actividades económicas exercidas**, com carácter permanente ou **ocasional nos sectores privado, público e cooperativo**", não excluindo a lei da concorrência a sua aplicação ao exercício de actividades económicas no sector público.

No que respeita à subsunção das Ordens profissionais e designadamente da Ordem dos Médicos, ao conceito de entidades reguladoras sectoriais e consequentemente numa posição de colaboração, face ao disposto no art.º 15º da Lei da Concorrência, desde logo a própria recorrente invoca um argumento contrário à consideração da validade desta posição, a existência da Entidade reguladora sectorial da Saúde, não se alcançando a razão de ser da existência da mesma, se as Ordens Profissionais, do sector da saúde (passe a imprecisão) Ordem dos Médicos e Ordem



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

dos Médicos Dentistas, fossem subsumíveis ao conceito de entidades reguladoras sectoriais. Mas mesmo que não se entenda o referido argumento como válido, basta ver a definição da Ordem dos Médicos, resultante do seu Estatuto, em que esta é definida estatutariamente como representante dos licenciados em Medicina que exerçam ou tenham exercido em qualquer regime de trabalho a profissão médica e que tem por finalidades, entre outras:

"(...) fomentar e defender os interesses da profissão médica a todos os níveis, nomeadamente no respeitante a promoção sócio-profissional, à segurança social e às relações de trabalho" (n.º 1 do art.º 1 e 6º do referido Estatuto aprovado pelo Dec.-Lei 282/77 de 05.06), para concluirmos que a recorrente é um organismo de representação e promoção dos interesses de uma classe, não reunindo deste logo as características primárias das entidades reguladoras sectoriais, como sejam a isenção e imparcialidade. Confirma-se aliás, a propósito, no que respeita à própria Autoridade da Concorrência, o referido no preâmbulo do diploma que a criou (já citado Dec.-Lei 10/2003): "Finalmente sublinha-se o estatuto de independência que, pelo presente diploma, é conferido à Autoridade".

Carece assim também de razão a recorrente nesta parte.

No que respeita à impossibilidade de aplicação da coima às Ordens Profissionais, afigura-se também de afastar o argumento redutor da recorrente, tratando-se a norma em apreço de uma norma que define a medida de coima, sendo destinatária da sanção a "associação de empresas" apenas se aplicando o referido preceito após o enquadramento de um determinado comportamento como proibido nos termos do art.º 4º da Lei 18/2003.

Por último e no que respeita à menção constitucional da autonomia das associações públicas, não vislumbramos em que medida, a invocada autonomia das associações públicas, é violada, com a aplicação das normas ora em apreço, não sendo essa autonomia afectada em nosso entender pela sua aplicação, tanto mais que o legislador, como vimos supra, teve em atenção e consagrou expressamente a possibilidade de aplicação das normas jusconcorrenciais a entidades públicas. Uma coisa é autonomia outra bem diferente é a possibilidade de as referidas entidades poderem ser sancionadas por determinado tipo de comportamentos violadores, em equiparação com entidades privadas e cooperativas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Falecem assim totalmente os argumentos da recorrente nesta parte.

b) ausência de parecer da Entidade Reguladora da Saúde.

Defende a recorrente que a Autoridade da Concorrência, não fazendo qualquer comunicação à Entidade Reguladora da Saúde omitiu um procedimento que dever-se-á considerar essencial e como tal, o processo está ferido de nulidade.

Refere o art.º 29º n.º 1 da já citada Lei da Concorrência (Dec.- Lei 18/2003) que:

"Sempre que a Autoridade tome conhecimento (...) de factos ocorridos num domínio submetido a regulação sectorial e susceptíveis de serem qualificados como praticas restritivas da concorrência, dá imediato conhecimento dos mesmos à autoridade reguladora sectorial competente em razão da matéria, para que esta se pronuncie num prazo razoável fixado pela Autoridade".

Está em causa, na espécie, a aplicação do referido preceito, relativamente à Entidade Reguladora da Saúde criada pelo Dec.-Lei 309/2003 de 10.12., entidade que de acordo com o art.º 3º do referido diploma tem por objecto "a regulação, a supervisão e o acompanhamento (...), da actividade dos estabelecimentos, instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde".

A questão que se coloca é a de saber se a Autoridade da Concorrência, neste caso em concreto, deveria ter dado cumprimento ao referido no citado art.º 29º n.º 4.

Mencionam os citados Estatutos da referida Entidade Reguladora, no seu artigo 8º n.º 2 alínea a) que: "Não estão sujeitos à regulação da ERS: a) Os profissionais de saúde no âmbito das atribuições das respectivas Ordens ou associações profissionais". Na espécie está em causa um comportamento imputado à Ordem dos Médicos, ou mais concretamente estão em causa diplomas e regulamentações emanados da referida Ordem. Assim sendo, importa considerar assistir razão à Autoridade da Concorrência, quando refere que a matéria em apreço, na decisão recorrida, não encontra em domínio submetido a regulação. A exclusão é clara; no âmbito das atribuições das Ordens, como é claramente o caso, a ERS não regula. Ora não regulando a referida entidade, não se verifica qualquer omissão de procedimento nos termos referidos, por não se tratarem, no caso em apreço, de "factos ocorridos num domínio submetido a regulação sectorial".

É assim improcedente igualmente o requerido e alegado pela recorrente nesta parte.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

c) ausência de auditor/instrutor independente.

Alega a recorrente que não existindo qualquer separação entre instrução e decisão, como acontece na Comissão Europeia e como impõe a Constituição da República Portuguesa, a decisão em apreço é ilegal e caso assim não se entenda inconstitucional.

Em primeiro lugar, importa referir, que a infracção às normas previstas na Lei 18/2003 de 11.06 e às normas comunitárias, constituem contra-ordenação, nos termos do art.º 42º puníveis com coima (art.º 43º) e sanção acessória de publicitação da infracção (art.º 45º). Seguem o regime das contra-ordenações, previsto no Dec.-Lei 433/82 de 27.10, com as subsequentes alterações, com as especificidades previstas na citada lei da concorrência. Sendo aplicável o regime das contra-ordenações, apenas por via subsidiária, face ao disposto no art.º 41º do RGCO é aplicável, como direito subsidiário, o Cód. de Processo penal.

Ou seja, a ordem nesta matéria é ver em primeiro lugar o regime da Lei da Concorrência (artºs 22º a 29º). após o RGCO e apenas num momento posterior se necessário e se admissível, o direito processual penal que deverá ser aplicado devidamente adaptado.

Feitas estas considerações, importa ter em atenção as mesmas, para referir que, a confluência, numa mesma entidade, dos poderes de instrução e decisão, foi conscientemente consagrada pelo legislador, desde logo na Lei da Concorrência e num segundo plano, na aplicação, por uma primeira via subsidiária, no RGCO (no qual é igualmente prevista essa confluência), apenas surgindo num terceiro plano subsidiário, o Cód. de Processo Penal, cuja aplicação deverá ser ponderada face aos critérios que analisamos e devidamente adaptado, sendo claramente diversos os princípios que regem o direito contra-ordenacional e o direito penal.

No que respeita a esta matéria, importa citar o referido no Acórdão do Tribunal Constitucional 278/99 (em www.tribunalconstitucional.pt/acordaos) “No domínio do processo contra-ordenacional, este Tribunal tem-se pronunciado no sentido de uma não estreita equiparação entre esse ilícito e o ilícito criminal (cfr. acórdão n.º 158/92), sem deixar, no entanto, de sublinhar “ 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”, como se escreveu no acórdão



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

n.º 469/97, publicado no mesmo jornal oficial, II. Série de 16.10.1997. Na verdade, a menor ressonância ética do ilícito contra-ordenacional subtrai-o às mais "rigorosas exigências de determinação válidas para o ilícito penal" (Maria Fernanda Palma e Paulo Otero "Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social in "Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol, XXXVII 2, 1996, pág. 564).

Ou seja, importa afastar, no caso, a visão redutora, aplicada pela arguida, face à natureza própria e diversa dos processos em causa, não sendo desde logo de concluir no sentido proposto pela recorrente, apenas pela mera confluência dos referidos poderes, impondo ter-se em atenção, a natureza dos processos em apreço e as normas que lhe são aplicáveis.

A acrescer o facto de, da decisão da Autoridade da Concorrência, poder ser interposto recurso de impugnação judicial, sendo que a decisão ao ser remetida a juízo pelo Ministério Público, terá necessariamente de equivaler a acusação, produzindo-se, em Tribunal, prova sobre os factos constantes da mesma, a que se seguirá a sentença, possibilidade que afasta desde logo, em última "ratio", a violação dos direitos do arguido, designadamente de defesa.

Afasta-se assim a alegada ilegalidade por violação dos citados artigos 39º e 40º do Cód. de Processo Penal, face à aplicação que vimos dever ser feita do referido diploma e a natureza dos processos em causa e do art.º 41º n.º 2 do RGCO, pela mesma ordem de razões.

Quanto à invocada violação dos artigos 32º n.º 10 e 266º n.º 2 da Constituição, importa analisar em particular o disposto nos referidos normativos.

Determina, o primeiro dos referidos preceitos que:

Art.º 32º n.º 10 "Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido, os direitos de audição e defesa".

Referem com interesse, relativamente a esta norma, Jorge Miranda, Rui Medeiros, em Constituição Portuguesa Anotada que: "O n.º 10 garante ao arguido em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e de defesa. Significa 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 e, possa defender-se das imputações que lhe são



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

feitas (...) A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender" (Tomo I, Coimbra Editora, pág. 363).

Ou seja, se é certo que resulta da norma citada que o legislador pretendeu a aproximação referida pela arguida, essa aproximação ao Direito Processual Penal, a nível constitucional, foi restringida, tal como se constata da interpretação do normativo, que consagra "apenas", constitucionalmente, a nível dos referidos processos, **directamente**, os direitos de audiência e defesa, ou seja, o direito de o arguido ser previamente ouvido e o direito de se poder defender. Ora os referidos direitos não se podem considerar de forma alguma violados no caso, face ao disposto desde logo no artigo 50º do RGCO que estabelece 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 e como vimos, em última "ratio" em sede de recurso e perante uma entidade jurisdicional ¹.

Quanto ao artigo 266º do diploma fundamental, diz o mesmo que: "1. A Administração visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé".

Quanto a este artigo, não explicita a recorrente, qual, ou quais, os princípios consagrados no mencionado dispositivo, no seu n.º 2, considera violado(s), no entanto, face às considerações feitas anteriores, designadamente sobre a natureza do direito em causa e garantias do processo, entendemos não se verificar qualquer violação constitucional no sentido referido.

1. Cfr. a análise feita desta matéria no recente acórdão 659/2006, 2ª secção do Tribunal Constitucional e a jurisprudência do mesmo tribunal citada na mencionada decisão. em www.tribunalconstitucional.pt/acordaos, concluindo-se na decisão referida que: "... dada a diferente natureza dos ilícitos em causa e a menor ressonância ética do ilícito de mera ordenação social, com reflexos nos regimes processuais próprios de cada um deles, não é constitucionalmente imposto ao legislador a equiparação das garantias em ambos os regimes".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

d) Incompetência da Autoridade da Concorrência para aplicar sanções por violações do art.º 81º do Tratado.

Refere a recorrente, embora não a qualificando como questão prévia, que a Autoridade não pode aplicar coimas, a condutas que violem o direito europeu da concorrência, dizendo em síntese, que o artigo 23º do Regulamento CE n.º 1/2003, restringe-se, nos seus próprios termos, a decisões da Comissão Europeia.

Dispõe o mencionado artigo 23º do Regulamento citado no que respeita às coimas a aplicar pela Comissão. Retira a recorrente, do mencionado artigo, que a Autoridade da Concorrência não pode aplicar coimas a condutas violadoras do direito europeu da concorrência.

Refere o art.º 5º do mesmo regulamento, que: "As autoridades dos Estados-membros em matéria de concorrência têm competência para aplicar, em processos individuais, os artigos 81º e 82º do Tratado. Para o efeito, podem, actuando oficiosamente ou na sequência de denúncia, tomar as seguintes decisões:

- exigir que seja posto termo à infracção,
- ordenar medidas provisórias,
- aceitar compromissos,
- aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respectivo direito nacionais".--

Menciona por sua vez o art.º 6º n.º 1 al. g) dos Estatutos da Autoridade que: "(...) incumbe à Autoridade (...) exercer todas as competências que o direito comunitário confira às autoridades administrativas nacionais no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas" .

Ora incumbindo à Autoridade da Concorrência exercer as referidas competências e consagrando claramente o regulamento citado a competência às autoridades nacionais para aplicar os referidos artigos 81º e 82º do tratado e designadamente aplicar coimas, não se considera ser de vingar a tese da recorrente, sendo o tipo contra-ordenacional claramente preciso, ao referir a violação dos normativos citados e a possibilidade de "aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista no direito nacional".

Se é certo que o artigo 23º citado foi directamente pensado para a aplicação de coimas por parte da Comissão e não por parte das Autoridades nacionais, esse



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

facto, salvo melhor entendimento, não exclui face à clara previsão do artigo 5º, a competência das Autoridades nacionais para aplicar sanções nos termos previstos no referido artigo, "sanções previstas no direito nacional".

Não é assim de confirmar a tese da recorrente nesta parte.

3. 1. Factos provados.

Resultam provados, da prova documental e testemunhal, os seguintes factos com relevância para a decisão da causa:

1 – A Ordem dos Médicos é definida estatutariamente, como representante dos licenciados em Medicina que exerçam ou tenham exercido em qualquer regime de trabalho a profissão médica, sendo independente dos órgãos do Estado.

2 – A Ordem dos Médicos tem por finalidades, entre outras; “defender a ética, a deontologia e a qualificação profissional médicas, (...) fomentar e defender os interesses da profissão médica todos os níveis nomeadamente no respeitante a promoção sócio-profissional, à segurança social e às relações de trabalho; (...) velar pelo cumprimento da lei, do (...) Estatuto e respectivos regulamentos, nomeadamente no que se refere ao título e à profissão de médico (...) emitir a cédula profissional e promover a qualificação profissional dos médicos”.

3 – O número total de membros com inscrição em vigor na Ordem dos Médicos à data de 31.12.2004 é de 33.751 médicos, dos quais 2.074 oriundos de países da União Europeia.

4 – O exercício profissional da Medicina em território nacional está subordinado à inscrição na Ordem dos Médicos.

5 – Podem inscrever-se na Ordem os Portugueses ou estrangeiros licenciados em Medicina por escola superior portuguesa ou estrangeira, desde de que, neste último caso, tenham obtido equivalência oficial do curso, devidamente reconhecida pela Ordem.

6 – Os médicos exercem a sua profissão, através de actividade pública, enquanto funcionários públicos integrados no Serviço Nacional de Saúde;

7 - ... no qual também prestam serviços a título independente 2.189 médicos;

8 - ... ou privada, enquanto profissionais liberais;

9 - ... ou através de sociedades sujeitas ao regime de transparência fiscal.

10 – É dever do médico exercer a sua actividade de acordo com as normas legais, éticas e deontológicas aplicáveis à sua actividade, nomeadamente as previstas



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, aprovado em reunião de Plenário dos Conselhos Regionais da Ordem dos Médicos de 23 de Fevereiro de 1985.

11 – Determinam o artigo 13º do Estatuto e 3º do Código Deontológico, respectivamente que:

Artigo 13º do Estatuto.

São deveres dos médicos:

- a) Cumprir o presente estatuto e os respectivos regulamentos;
- b) Cumprir as normas deontológicas que regem o exercício da profissão médica (...);
- e) Cumprir e fazer cumprir as deliberações e decisões dos órgãos da Ordem, tomadas de acordo com o Estatuto (...) – art.º 13º Estatuto;

Artigo 3º do Código Deontológico.

(Âmbito)

1. As disposições reguladoras da Deontologia Médica são aplicáveis a todos os Médicos, no exercício da sua profissão, qualquer que seja o regime em que esta seja exercida.
2. Os princípios afirmados no número anterior não são prejudicados pelo facto de, em face de leis em vigor, não ser possível a sua aplicação ou sancionada a sua violação”.

12 – Nos termos do n.º 1 do art.º 5º do Código Deontológico, “o reconhecimento da responsabilidade disciplinar dos Médicos emergentes de infracções à deontologia e Técnica Médicas é da competência exclusiva da Ordem dos Médicos”.

13 – O regime de cálculo dos honorários do Médico resulta da conjugação dos seguintes diplomas: Código Deontológico, Código de Nomenclatura e Valor Relativo de Actos Médicos e Regulamento dos Laudos a Honorários.

14 – O Código Deontológico estabelece, no seu primeiro título que: “A deontologia médica é o conjunto de regras de natureza ética que, com carácter de permanência e a necessária adequação histórica na sua formulação, o Médico deve observar e em que se deve inspirar no exercício da sua actividade profissional” (artigo 1º), as quais “são aplicáveis a todos os Médicos, no exercício da sua profissão, qualquer que seja o regime em que esta seja exercida (n.º 1 do art.º 3º).

15 – Estes profissionais, também “no exercício da sua profissão”, são técnica e deontologicamente independentes e responsáveis pelos seus actos “não podendo ser



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

subordinados à orientação técnica e deontológica de estranhos à profissão médica no exercício das funções clínicas”.

16 – É da competência exclusiva da ordem, nos termos do n.º 1 do art.º 5º do Código Deontológico a verificação “da responsabilidade disciplinar dos Médicos emergente de infracções à Deontologia e Técnica Médicas”.

17 – Nos termos do n.º 1 do art.º 139º do mesmo Código a transgressão “dos deveres constantes do Estatuto da Ordem dos Médicos ou das normas do (...) Código Deontológico constitui o infractor em responsabilidade disciplinar, a conhecer pelos órgãos competentes da Ordem dos Médicos, nos termos do estatuto respectivo”.

18 – O Estatuto Disciplinar dos Médicos rege, de acordo com o disposto no n.º 2 do art.º 139º: “O exercício da jurisdição disciplinar da Ordem dos Médicos, as informações, o procedimento e as sanções disciplinares, bem como os respectivos efeitos”.

19 – O Código deontológico dedica o seu Capítulo VI aos honorários, constando desse capítulo, entre outros, os artºs 81º e 82º que regem:

Artigo 81º - Princípios gerais.

1 – Na fixação de honorários deve o Médico proceder com justo critério, atendendo à importância do serviço prestado, à gravidade da doença, ao tempo despendido, às posses do interessado e aos usos e costumes da terra.

2 – As tabelas de honorários aprovadas pela Ordem dos Médicos devem constituir a base de critérios de fixação de honorários previstos no número um;

3 – É lícita a cobrança de honorários a doentes que, incluídos em esquemas devidamente programados, falem e disso não dêem conhecimento ao Médico com um mínimo de antecedência.

Artigo 82º - Proibição da Concorrência.

1. O Médico não deve reduzir os quantitativos dos seus honorários com o objectivo de competir com os colegas, devendo respeitar os mínimos consignados nas Tabelas referidas no artigo 81º.

2. O Médico tem a liberdade de, sempre que o entender, prestar gratuitamente os seus cuidados.

20 – O “Código de Nomenclatura e Valor relativo de Actos Médicos” comumente conhecido por “Tabela da Ordem dos Médicos” cuja elaboração e emissão é da responsabilidade da Ordem dos Médicos, ordena, codifica e avalia



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

todos os actos médicos possíveis de efectuar em cada uma das especialidades médicas.

21 - A "Tabela da Ordem dos Médicos" terá sido elaborada tendo em conta factores como a experiência profissional, localização geográfica, tipo de doença ou a situação em que esta surge e a notoriedade de cada médico, os quais teriam de ser ponderados, em conformidade com o prescrito pelos Estatutos da Ordem.

22 - A fórmula encontrada para estimar cada acto médico, foi através de duas variáveis "K" e "C" que significam:

- Variável "K" - é aplicada quando existe um exercício do próprio médico, sendo ponderada como componente profissional (valor do próprio médico). Segundo a tabela esta variável deve oscilar entre um mínimo e um máximo;

- Variável "C" - é aplicada quando existe uma componente técnica (valor do material ou equipamento utilizado na realização do acto médico).

23 - Este código desdobrado por 93 páginas, está dividido essencialmente em quatro tipos de actos médicos distintos:

- serviços e técnicas gerais (são actos na sua generalidade realizados em ambulatório);

- actos cirúrgicos;

- meios complementares de diagnóstico (radiologia, análises clínicas etc.);

- medicina física e de reabilitação.

24 - A tabela de honorários não tem uma duração delimitada e já sofreu várias alterações ao longo dos anos.

25 - A Ordem, a 19 de Abril de 1980, adoptou um Código de Nomenclatura que determina o valor relativo aos Actos Médicos, cujas tabelas de honorários foram aprovadas a 31 de Maio de 1980 e publicadas nos números de Setembro e Outubro desse mesmo ano, na revista da Ordem dos Médicos, com indicação expressa de que a prática de honorários inferiores aos mínimos estabelecidos constituía infracção às alíneas b) e f) do art.º 13º do Estatuto.

26 - O Código de Nomenclatura de 1980 esteve em vigor até à adopção de um novo Código de Nomenclatura em Dezembro de 1984.

27 - O referido Código foi substituído, em 1992, por um novo Código, aprovado pela Ordem a 22 de Agosto desse ano.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

28 - O referido Código foi substituído pelo Código de 1997, actualmente em vigor.

29 - O actual Código foi aprovado em reunião do Conselho Nacional Executivo da Ordem ocorrida nos dias 21 e 25 de Junho de 1997;

30 - O Código de 1997 determina um valor relativo de actos médicos, atribuindo certa pontuação por acto médico e pelo valor de custo técnico que se obtém pela multiplicação dessa pontuação pelo valor de K, relativamente ao acto médico, e o valor de C, relativamente ao custo técnico inerente aos meios materiais e humanos necessários à execução do acto médico.

31 - Desde a sua aprovação em 1997, o Código de Nomenclatura actualmente em vigor foi objecto das seguintes alterações:

- 19 de Fevereiro 2002: alteração dos valores relativos aos actos médicos/Exames de Foro Oftalmológico;
- 18 de Março de 2003: alterações aos valores "K" e "C" do Código de Nomenclatura (conversão dos valores de escudos para euros);
- 17 de Julho de 2003: alterações aos valores relativos aos actos médicos/patologia clínica;
- 14 de Outubro de 2003: alterações dos valores relativos aos actos médicos/Medicina Física e de Reabilitação;
- 18 de Maio de 2004: alteração dos valores relativos aos actos médicos/Dermatologia.

32 - A Ordem aprovou o Regulamentos dos Laudos a Honorários a 16 de Outubro de 1993.

33 - Nos termos do n.º 1 do art.º 1º do Regulamentos dos Laudos, compete ao Conselho Nacional do Exercício da Medicina Livre dar laudos aos honorários.

34 - Considera-se honorários a retribuição dos serviços profissionais do médico, quando este exerça a sua profissão de forma independente.

35 - O art.º 2º do regulamento dos Laudos, estabelece, relativamente à fixação de honorários pelos médicos que:

1. Na fixação dos honorários deve o médico proceder com moderação, de acordo com o que dispõe o n.º 1 do art.º 81º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, atendendo à importância do serviço prestado, à gravidade da doença, ao tempo despendido, à diferenciação técnica do clínico, à capacidade económica do doente e aos usos e costumes da região;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2. O Código de Nomenclatura e Valor Relativos de Actos Médicos, bem como, as suas alterações, aprovadas pelo Conselho Nacional Executivo devem constituir base do critério de fixação de honorários previstos no número anterior.

3. O médico deve respeitar os mínimos consignados no Código referido no n.º 2 deste artigo sem prejuízo de prestar os seus serviços gratuitamente. (...)”

36 – Nos termos do art.º 3º do referido regulamento (“Dos custos técnicos”):

“1. O Acto Médico deve ser separado do valor correspondente ao Custo Técnico inerente aos meios materiais e humanos necessários à execução do acto.

2. O valor do Custo Técnico será calculado na óptica de que os meios técnicos não devem ser rentáveis em si mas apenas apoios não lucrativos à execução dos actos médicos;

3. Assim, devem tão só ser levados em conta a amortização do capital investido, o seu juro normal e o custo real dos encargos materiais e humanos necessários ao funcionamento, dentro de uma frequência de utilização razoável mais elevada;

4. O Valor do Custo Técnico será actualizado anualmente pelo Conselho nacional executivo sendo o índice expresso por pontos designados por C”.

37 – Na apresentação da conta os honorários devem ser separados dos custos técnicos, cujos valores devem ser especificados e datados.

38 – Nos termos do art.º 5º do referido Regulamento: “os laudos sobre honorários podem ser solicitados ao Conselho nacional de Exercício da Medicina Livre pelos tribunais, pelos outros Conselhos da Ordem, e, em relação às respectivas contas, pelo médico, seu representante ou sucessor, ou pelo doente, ou seus representantes ou sucessores. Pode ainda solicitar laudo quem, nos termos legais ou contratuais, seja responsável pelo pagamento dos honorários ao médicos”.

39 - A cobrança de honorários em violação das regras pré-identificadas é susceptível de constituir objecto de processo disciplinar, consubstanciando uma violação de um dever estabelecido no Código Deontológico.

40 - Nos termos do art.º 2º do Estatuto Disciplinar dos Médicos “comete infracção disciplinar quem, por acção ou omissão violar, dolosa ou negligentemente, algum ou alguns dos deveres decorrentes do Estatuto da Ordem dos Médicos, do Código Deontológico, do presente estatuto, dos regulamentos internos ou das demais disposições aplicáveis”.



h—

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

41 - Estão sujeitos a jurisdição disciplinar da Ordem, todos os médicos inscritos no momento da infracção.

42 - As penas disciplinares nas quais podem incorrer os médicos infractores são; advertência, censura, suspensão até cinco anos, expulsão, penas acessórias, perda de honorários e publicidade da pena.

43 - O Conselho nacional executivo da Ordem dos Médicos deliberou em 19.07.2005, alterar o artigo 81º e revogar o artigo 82º, ambos do Código Deontológico, bem como alterar a redacção dos artigos 2º, 3º e 12º do regulamentos dos Laudos a Honorários e ainda revogar a fixação dos valores mínimo, médio e máximo de K e a definição de valor de C.

44 - O Código de Nomenclatura e Valor Relativo dos Actos Médicos (CNVRAM) foi suspenso na sua vigência.

45 - Foi ainda deliberado divulgar a deliberação na revista e no site da Ordem dos Médicos e junto de todos os Colégios da Especialidade.

46 - Os órgãos da Ordem são compostos exclusivamente por médicos no gozo de todos os seus direitos estatutários.

47 - O plenário dos Conselhos Regionais que aprovou o Código Deontológico é constituído pela totalidade dos membros consultivos dos Conselhos regionais e por membros executivos dos mesmos conselhos, na proporção de um por mil e quinhentos ou fracção de médicos inscritos nas respectivas secções regionais.

48 - O Conselho Nacional Executivo da Ordem dos Médicos que aprovou o Código de Nomenclatura é constituído pelo Presidente da Ordem e três membros designados, paritariamente por cada Conselho Regional.

49 - Determinam os art.sº 12º e 13º do Regulamento dos Laudos a Honorários que:

1. Finda a instrução se a ela entender dever recorrer, e depois de cumpridas as formalidades previstas neste Regulamento, deve o Relator formular o seu parecer no prazo de 15 dias.

2. O parecer deve ser fundamentado e concluir pela concessão ou não concessão do laudo requerido.

3. No caso que entender que não deve ser concedido laudo, o Relator deve quantificar o valor dos honorários que, no seu entender, se tivessem sido praticados mereceriam laudo favorável.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4. O parecer deve concluir pela concessão de laudo se os valores em causa estiverem compreendidos nos limites mínimos e máximo das tabelas definidas pela Ordem dos Médicos (...)- art.º 12º e;

... 3. Se o Conselho deliberar prescindir de visto o processo julgado e aprovado ou rejeitado o parecer final do Relator.

(...)

5. No caso de rejeição ou de o Relator não aceitar a modificação deliberada pela maioria do Conselho o processo será distribuído a novo Relator, que elaborará novo parecer no prazo de 10 dias".

50 - Determina o art.º 86º do Código Deontológico que: na medida do possível, deve ser previamente estabelecido entre o Médico e o doente, o montante exacto ou provável dos honorários do mesmo".

51 - Das razões que presidiram à elaboração das tabelas de actos médicos prendem-se com a gestão do sistema convencionado e com uma programação correcta em economia da saúde.

52 - O CNVRAM é um instrumento de referência na caracterização da terminologia e respectiva codificação dos actos médicos e procedimentos.

53 - A face mais importante do CNVRAM atina à nomenclatura dos actos.

54 - Tem também uma outra vertente que consiste na valoração relativa desses actos.

55 - O CNVRAM foi elaborado pelos colégios de especialidades reconhecidos e que se dedicaram a criar a terminologia e a valoração relativa dos actos.

56 - Atenta a complexidade e a especificidade do acto médico releva ter um parâmetro qualitativo para caracterizar a quantidade, destrinchando o número de actos de valor relativo desses mesmos actos.

57 - Existem inúmeras sociedades e instituições que desenvolvem a actividade médica, tendo médicos ao seu serviço.

58 - A vinculação que os médicos têm para com estas entidades reveste várias formas, que vão desde a participação no capital social, ao contrato de trabalho ou à prestação de serviços, no sector privado e social.

59 - Uma quota do mercado está adstrita a sociedades comerciais de prestação de cuidados médicos e outras pessoas colectivas de natureza privada.



h

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

60 - No que respeita à saúde oral existem diversos tipos de profissionais que se encontram legalmente habilitados a tratar da boca, dentes maxilares e estruturas anexas; os médicos dentistas e odontologistas.

61 - Os médicos dentistas estão inscritos na respectiva Ordem dos médicos dentistas e os odontologistas estão sujeitos a um registo.

62 - As actividades de diagnóstico, de monitorização terapêutica e de prevenção no domínio da patologia humana tanto podem ser desenvolvidas por médicos como por farmacêuticos.

63 - Os farmacêuticos estão inscritos na respectiva Ordem.

64 - Nenhum médico foi punido em processo disciplinar, pela Ordem dos Médicos, por desrespeito aos limites mínimos do CNVRAM.

65 - Desde 1999 foram instaurados pela Ordem dos Médicos 13 processos disciplinares por violação das regras de cálculo dos honorários do médico.

66 - Uma parte muito significativa da actividade médica privada, desenvolve-se no âmbito de convenções celebradas com o Estado, designadamente com as ARS e ADSE, bem como subsistemas de saúde e contratos celebrados pelos médicos com as diversas seguradoras.

67 - O valor K definido para os actos médicos pagos pelas Administrações Regionais de Saúde aos médicos e demais entidades que exercem a actividade médica privada é substancialmente inferior ao K mínimo constante da Tabela da Ordem dos Médicos.

68 - As ARS são as maiores recorrentes da medicina privada.

69 - É no âmbito da prestação de serviços àquelas entidades que se efectiva a maior quantidade de actos médicos.

70 - O número de médicos provenientes de Estados membros da EU tem vindo a crescer de forma significativa e consistente.

71 - Foi de forma livre, consciente e voluntária que a Ordem dos Médicos aprovou e manteve em vigor até à deliberação de 19 de Julho de 2005, as regras que fixam os honorários.

72 - ... tendo intenção de restringir, de forma sensível, a concorrência entre os seus membros e no mercado.

73 - A Ordem dos Médicos teve no exercício de 2003 proveitos no valor de € 683.818,91.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

74 - O rendimento resultante de actividade de médico, excluindo médicos dentistas, apresentado pelo número de sujeitos passivos de IRS, que entregaram declaração, relativa ao ano de 2003, foi de € 393.378.453,4.

75 - No decurso do processo administrativo a Ordem dos Médicos prestou todas as informações e documentos solicitados pela Autoridade da Concorrência.

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

3.2. Factos não provados.

1 - As normas referentes à fixação de honorários foram aprovadas com o intuito de fomentar a defesa dos interesses dos doentes, bem como a dignidade da profissão e a qualidade do acto médico.

2 - O referido em 51 era no sentido de alcançar o máximo de eficiência com o mínimo de custo.

3 - Que a quota referida em 59 seja muito significativa.

4 - A maioria dos jovens médicos opta por se especializar.

5 - As companhias de seguros negociam com os médicos os preços.

6 - Desde 1999 foram instaurados 18 processos disciplinares por violação das regras de cálculo dos honorários do médico.

3.3. – Fundamentação da matéria de facto.

A nossa convicção sobre a matéria de facto resultou, da análise da prova documental junta aos autos em conjugação com a prova testemunhal produzida em audiência de julgamento, mais precisamente:

Factos provados:

1 - fls. 12 a 35 do processo administrativo (Estatuto da Ordem dos Médicos);

2 - fls. 12 a 35 do processo administrativo (Estatuto);

3 - fls. 190 do processo administrativo (informação prestada pela Ordem dos Médicos);

4, 5 - fls. 12 a 35 do processo administrativo (Estatuto da Ordem dos Médicos).

6 a 9 - informações prestadas pela própria arguida a fls. 2104, 2105, 3255.

10 - fls. 195 a 203 do processo administrativo (certidão de acta e documentos).



✓

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

11 - fls. 12 a 35 do processo administrativo e 37 a 74 do processo administrativo (estatuto e Código Deontológico da Ordem dos Médicos).

12 - fls. 37 a 74 do processo administrativo (Código Deontológico).

13 a 19 - fls. 37 a 74, 78 a 128, 158 a 164 do processo administrativo (Código Deontológico, Código de Nomenclatura e Valor Relativo de Actos Médicos (CNVRAM) e Regulamento dos Laudos a Honorários).

20 - fls. 78 a 128 - do processo administrativo (CNVRAM).

21 - fls. 1901, 1902 - do processo administrativo referências feitas no preâmbulo do Código de Nomenclatura e Valor Relativo de Actos Médicos, 1984, pelo Conselho Nacional Executivo, na pessoa do Dr. António Gentil Martins.

22, 23- fls. 78 a 128 - do processo administrativo (CNVRAM); Fls. 1901 e 1902, processo administrativo relativamente às variáveis .

24 a 29 - fls. 1868 a 1899, 1901 a 1952, 1954 a 2047, 278 a 379 - processo administrativo (Códigos de Nomenclatura).

30 - fls. 78 a 128 - processo administrativo (CNVRAM).

31 - fls. 372 a 398 - processo administrativo (deliberações Conselho Nacional Executivo da Ordem dos Médicos).

32 - fls. 2049 a 2062 - processo administrativo (deliberação aprovada em reunião do Plenário dos Conselhos Regionais da Ordem dos Médicos).

33 a 38 - fls. 158 a 164 - processo administrativo (regulamento dos laudos a honorários).

39 a 42 - Estatuto Disciplinar dos Médicos aprovado pelo Dec.-Lei 217/94 de 20.08.

43 a 45 - fls. 2146 a 2149 - processo administrativo (deliberação Conselho Executivo da Ordem dos Médicos).

46 a 48 - fls. 12 a 35 - processo administrativo (Estatuto Ordem dos Médicos).

49 - Fls. 58 a 164 - processo administrativo - (regulamento dos laudos).

50 - fls. 37 a 74 - processo administrativo (Código deontológico).

51 - menção feita no editorial da revista da Ordem dos Médicos de Setembro de 1980, fls. 1896 processo administrativo, na qual se diz (assinado "Ordem dos Médicos") que: "Não é necessário frisar que, sem existência duma tabela de actos médicos, se torna impossível qualquer sistema convencionado e uma programação correcta em economia de saúde".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

52 a 56 - resultou dos depoimentos das testemunhas: Manuela Arcanjo, Economista e professora universitária, já tendo desempenhado funções de Ministra da Saúde de Outubro de 1999 a Julho de 2001, que referiu a importância da existência do CNVRAM, tratando-se de um instrumento de referência, designadamente nas negociações com o Estado, no que respeita à qualificação e remuneração dos actos médicos, no âmbito das convenções celebradas. Das referências feitas pela testemunha Paolo Casela, Presidente do Conselho Consultivo da Ordem para o exercício da medicina liberal, desde há 3 anos, exercendo a profissão de médico desde há 25 anos, que referiu e especificou a natureza do CNVRAM, a sua função como referência. Do preâmbulo do CNVRAM revisto de 1997, no qual se refere "a colaboração com os Colégios" e do editorial constante da Revista da Ordem dos Médicos de Setembro de 1980 que publicitou as "tabelas", no qual se refere: "aproveita-se para agradecer a todas as comissões que trabalharam neste assunto". Do preâmbulo do Código de Nomenclatura e Valor Relativo dos Actos Médicos (fls. 1901 e 1902 - revisão de 1984., no qual se refere designadamente que o referido Código deverá ser "... utilizado por todos os Médicos, muito especialmente no que respeita à Nomenclatura".

57 a 59 - resultou do depoimento das testemunhas Manuela Arcanjo, que o referiu expressamente pelo contacto que teve com a profissão, enquanto Ministra da Saúde; da testemunha Pedro Loureiro, médico há 38 anos, que caracterizou o mercado; Paolo Casela que igualmente referiu as características do mercado e também do depoimento da testemunha Rui Guimarães que referiu igualmente as características do mercado.

61 a 63 - Ordem dos Médicos Dentistas, Ordem dos Farmacêuticos; Dec.-Lei 233/01 de 25.08 (art.º 29º); Dec.-Lei 217/99 de 15.01, alterado pelo Dec.-Lei 534/99 de 11.12 e pelo Dec.-Lei 111/2004 de 12.05 (art.º 23º).

64 - resulta da análise dos elementos referentes aos processos juntos aos autos e do depoimento da testemunha Paolo Casela, que referiu não conhecer nenhuma sanção da Ordem dos Médicos por aplicação dos limites mínimos.

65 - resulta da análise dos elementos conhecidos referentes aos processos disciplinares juntos aos autos, resultando que apenas 13 respeitam à instauração de processos disciplinares por violação de cálculo de honorários; todos os do Conselho Disciplinar do Sul, os nºs 5/2001 e 22/2004 do Conselho do Centro e os nºs 8/2000;



b —

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

52/2004; 93/03 e 666/00 do Conselho do Norte, embora em alguns deles sem dúvida também se abordem outras questões.

66 a 69 - resultou do depoimento das testemunhas: Manuela Arcanjo que referiu a experiência e conhecimento da mesma, durante o período em que exerceu funções enquanto Ministra da Saúde, do depoimento da testemunha Rui Machado, médico, que referiu relativamente ao facto 67 que o Estado não aplica a "tabela". Dos elementos juntos aos autos no processo administrativo referentes às informações prestadas a solicitação da Autoridade da Concorrência pelas ARS.

70 - informação prestada pela Ordem dos Médicos - fls. 2144.

71 e 72 - resulta dos factos de, a Ordem ter adoptado e elaborado sobre responsabilidade da mesma, um Código de Nomenclatura em 1980, aprovando e publicando tabelas de honorários nesse mesmo ano, com indicação expressa de que a prática de honorários inferiores constituía infracção ao Estatuto, Código que foi substituído várias vezes, não obstante a entrada em vigor em 1984 do Dec.-Lei 422/83 de 03.12, tendo vigorado, na parte respeitante à fixação de honorários durante mais de 20 anos, tendo o referido Código sido aprovado pelo órgão executivo da Ordem dos Médicos. Do facto, relativamente à intenção, de surgir no Código Deontológico da Ordem sobre o esclarecedor título "proibição de concorrência", um artigo, 82º n.º 1, que diz que "O Médico não deve reduzir os quantitativos dos seus honorários com o objectivo de competir com os Colegas, devendo respeitar os mínimos consignados nas Tabelas referidas no Artigo 81º" e ainda do facto de o actual código de CNVRAM apenas ter sofrido alterações pontuais específicas relativamente a especialidades (com excepção da actualização dos valores para euros), estando no cômputo geral, os valores fixados, cristalizados desde 1997, factos que permitem concluir pela intenção da arguida de restringir de forma sensível, tratando-se da entidade representativa de todos licenciados em medicina que exercem actividade médica em território nacional, a concorrência entre os seus membros e no mercado, não se podendo entender de outra forma a disposição do Código Deontológico citada e a não actualização dos valores estabelecidos nas tabelas, assim como a possibilidade de aplicação de sanções disciplinares e a efectiva instauração de processos disciplinares por não aplicação das "tabelas de honorários".

73 - fls. 186 a 188 do processo administrativo (declaração de IRC).

74 - fls. 2634 do processo administrativo (informação prestada pela Direcção Geral dos Impostos, Ministério das Finanças).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

75 - resulta da análise do processo administrativo.

76 - resulta da análise do processo administrativo.

Factos não provados:

1 - Não foi feita prova suficiente, sendo que as testemunhas que referiram esses intuitos não revelaram conhecimentos directos e precisos, designadamente sobre os factos presidiram à elaboração e aprovação das normas, não apresentando conhecimentos concretos ou suficientemente fundamentados que permitam concluir no sentido referido, limitando-se a transmitir a sua perspectiva pessoal sobre o assunto.

2 - Não foi feita prova.

3 e 4 - não foi feita prova, designadamente com valores, tratando-se a afirmação feita em 4 de carácter genérico.

5 - foi feita prova em sentido contrário, com o depoimento da última testemunha, que referiu claramente que os valores aplicados no âmbito das convenções celebradas pelas e com seguradoras são impostos aos médicos e não negociados, dando o exemplo concreto do seu caso, no desempenho inicial de funções.

6 - não foi feita prova, concluindo-se, após análise dos processos disciplinares, que não foram instaurados o referido número de processos por violação das regras de cálculos dos honorários dos médicos.

4. Fundamentos fáctico jurídico e conclusivos.

Para a resolução das questões suscitadas nos autos cabe antes de mais proceder à sua integração no quadro legal comunitário e nacional.

Com a adesão de Portugal às Comunidades Europeias, em 1986, as normas dos tratados comunitários, de acordo com o disposto no artigo 8º da Constituição passaram a vigorar na ordem interna.

O tratado que instituiu a Comunidade Europeia (sendo a actual versão a do Tratado de Nice) estabeleceu a criação de um mercado comum, de uma união económica e monetária, com aplicação de políticas e acções comuns.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Foram criadas, entre outras, regras comuns de concorrência, com destaque para os artºs 81º e 82º do tratado, que estabelecem, respectivamente, na parte que nos interessa, que:

"1 - São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas (...) que tenham por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência (...) designadamente (...):

a) fixar, de forma directa ou indirectamente, os preços de compra e venda, ou quaisquer outras condições de transacção:

2 - São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo" (art.º 81º) e

"É incompatível com o mercado comum e proibido (...) o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante (...)

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção (...)"

Para a execução das normas referidas surgiu, inicialmente, o Regulamento n.º 17/62 e, posteriormente o Regulamento n.º 1/2003.

Estes, de acordo com o princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito nacional, sobrepõem-se a qualquer legislação, regulamentação ou preceito nacional de qualquer outro tipo que determine o contrário.

No que respeita ao direito nacional, estabelece o art.º 81º al. f) da CRP que *"incumbe prioritariamente ao Estado, no âmbito económico e social, assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral"*.

A fim de dar cumprimento a esses objectivos foi publicado, inicialmente o Dec.-Lei 422/83 de 03.12, substituído pelo Dec.-Lei 371/93 de 29.10, que por sua vez foi revogado pela Lei 18/2003, publicada em 11.06.2003, que passou a regular o regime jurídico da concorrência, dispondo as normas ao abrigo das quais a arguida foi sancionada o seguinte:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Art.º 13º n.º 1 Dec.-Lei 422/83 de 03.12: *"São considerados práticas restritivas da concorrência os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as praticas concertadas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência. No todo ou em parte, do mercado nacional de bens ou serviços, nomeadamente as que se traduzam em:*

a) Fixar ou recomendar, directa ou indirectamente os preços de compra ou de venda..."

Art.º 2º n.º 1 al. a) do Dec.-Lei 371/93 de 29.10: *"São proibidos os acordos e práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir 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".

Art.º 4º n.º 1 al. a) da Lei 18/2003 de 11.06: *"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".

Art.º 43º n.º 1 al. a) e 2 do mesmo diploma:

"1 – Constitui contra-ordenação punível com uma coima que não pode exceder, para cada uma das empresas partes na infracção, 10% do volume de negócios no último ano:

a) a violação do disposto nos artigos 4º, 6º e 7º (...);

2 – 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".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em sede de tipicidade subjectiva importa ter em atenção o disposto no n.º 1 do art.º 8 do RGCO que refere que: “Só é punível o facto praticado com dolo, ou nos casos especialmente previstos na lei, com negligência” e o disposto no 43º n.º 6 da Lei 18/2003 que prevêem que a negligência é punível.

Feito este enquadramento, analisemos as questões em concreto suscitadas nos autos, tendo em atenção o tipo legal imputado à arguida.

a) sujeição da arguida ao regime jurídico da concorrência, tendo em atenção as noções de empresa e associação de empresa e a natureza da arguida.

Determina o art.º 1º n.º 1 da Lei 18/2003 que o regime jurídico da concorrência aprovado pela referida lei “... é aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo”.

Ao abrigo do Dec.-Lei 371/93 definiu o Conselho da Concorrência empresa como “... um conjunto coordenado de pessoas e bens que tem em vista a realização de um objectivo económico; com maior rigor, todo o sujeito de direito que exerça por sua conta uma actividade na produção ou na distribuição de bens ou serviços. (...)” (Parecer n.º 3/85; relatório de actividade, 1984/85, pág. 69).

Nos termos do art.º 2º n.º 1 da Lei 18/2003 “Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, 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 nível da jurisprudência comunitária, já foi entendido, que constitui actividade económica qualquer actividade que se traduza na oferta de bens ou serviços num determinado mercado (Acs TJ 18.6.98 Comissão/Itália 35/96 Colect. P. 3851 n.º 36) e que o conceito de empresa abrange qualquer entidade que desenvolva uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de funcionamento (Acs. de 23.04.90 Hofner e Helser, 41/90, Colect. p. I, 1979, n.º 21; TJ 17.2.93, Pucet e Pistre 159/91 e 160/91 Colc. p. I, 637, n.º 17; TJ 16.11.95, Fédération Française des Sociétés d’ Assurance, 244/94 Colec. p. I – 4103 n.º 14).

Na espécie, resulta que a Ordem dos Médicos é uma instituição que representa os licenciados em medicina, que exerçam ou tenham exercido em qualquer regime de trabalho a profissão médica. A arguida é uma associação profissional sem fins lucrativos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O exercício profissional da medicina em território português está subordinado à inscrição na Ordem dos Médicos. A Ordem dos Médicos tem por finalidades, entre outras: "defender a ética, a deontologia e a qualificação profissional médicas, (...) fomentar e defender os interesses da profissão médica a todos os níveis, nomeadamente no respeitante à promoção sócio-profissional, à segurança social e às relações de trabalho; (...) velar pelo cumprimento da lei (...) do Estatuto e respectivos regulamentos nomeadamente no que se refere ao título e à profissão de médico (...) emitir a Cédula profissional e promover a qualificação profissional dos médicos".

Os seus associados exercem a profissão através de actividade pública, enquanto funcionários públicos integrados no Serviço Nacional de Saúde, no qual prestam serviços a título independente 2.189 médicos, enquanto profissionais liberais ou através de sociedades sujeitas ao regime de transparência fiscal, sendo seu dever exercer a actividade de acordo com as normas legais, éticas e deontológicas aplicáveis à sua actividade, nomeadamente as previstas no Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

Atendendo a esta factualidade, importa considerar que, os médicos associados da arguida, enquanto profissionais liberais, oferecendo serviços remunerados num mercado específico, desenvolvendo uma actividade económica, constituem empresas no sentido referido.

Quanto à Ordem dos Médicos, como vimos, a mesma é uma ordem profissional representante dos licenciados em medicina, que exerçam ou tenham exercido em qualquer regime de trabalho a profissão médica, tendo como objectivo, controlar o acesso e o exercício da profissão médica, com intuito, entre outros, como resulta dos seus estatutos, de "fomentar e defender os interesses da profissão médica a todos os níveis ...". Ora considerando esta natureza e os médicos enquanto profissionais liberais como empresas, o silogismo não poderá ser outro senão o de que a Ordem dos Médicos constitui uma associação de empresas e que consequentemente a elaboração, aprovação e divulgação de uma tabela de preços pelos seus associados, constitui uma decisão de uma associação de empresas².

² Cfr. com interesse, a nível comunitário, Acórdão de 19.02.2002 – Processo crime contra Manuele Arduino – Processo C-35/99, em que se analisa directamente a questão de uma organização profissional elaborar um projecto de tabela, destituído de força vinculativa, sujeito a aprovação ministerial (colectânea da jurisprudência 2002 página I-01529 em <http://europa.eu.int/eur-lex/pt>



h

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Este silogismo não é afastado pela natureza de associação pública da arguida ou pelo fim prosseguido pela mesma, sendo que o estatuto público da arguida, de Ordem profissional, não afasta a aplicação das regras da concorrência nacionais ou comunitárias (como alias já acima referimos), já tendo sido afastada em momento anterior, a concordância com a qualificação da Ordem dos Médicos como entidade reguladora sectorial.

Caracterizado o agente da infracção, analisemos a acção típica.

b) mercado relevante.

Assente o supra referido, importa concluir que o mercado a considerar, para efeitos de análise da prática da infracção é, independentemente da existência do exercício da medicina noutros mercados, o da prestação de serviços de saúde, por médicos que exerçam a actividade em território nacional, enquanto profissionais liberais, inscritos obrigatoriamente, como vimos, na Associação Ordem dos Médicos, do lado da oferta e do lado da procura, todos os que procuram os referidos serviços.

Sendo a Ordem dos Médicos, como ficou provado, uma associação profissional representativa dos licenciados em medicina, para cujo exercício, a inscrição na Ordem é obrigatória, aplicando-se o Código Deontológico e o de Nomenclatura e Regulamentos dos Laudos a todos os médicos nacionais e estrangeiros que exerçam a sua actividade médica no território nacional, o mercado relevante, terá de ser considerado, em termos geográficos, como sendo o território nacional.

Quanto à substituíbilidade invocada, tanto a nível de profissionais, como a nível geográfico, não podemos concordar com o raciocínio da arguida. A "concorrência", numa eventual franja restrita de mercado, não implica a influência, de forma significativa, das condições de venda prevalecentes no mercado, ocorrendo-nos a nós e a qualquer consumidor, inúmeras especialidades médicas, em que um médico representado pela arguida, não é substituível por um médico dentista, odontologista, farmacêutico etc., ou em que o consumidor residente em território nacional, não tem acesso em tempo útil e não acede por questões temporais e monetárias, aos serviços fornecidos em Espanha, apresentando-se claramente como



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

falaciosa a afirmação da arguida de que: "a actuação da Ordem dos Médicos não influencia de forma determinante as condições de venda dos serviços médicos no território português, já que os consumidores têm ao seu alcance, em qualquer ponto do território, alternativas de fornecimento deste tipo de serviços", sendo a Ordem dos Médicos, como a define os seus estatutos a representante dos licenciados em Medicina que exerçam ou tenham exercido em qualquer regime de trabalho a profissão médica.

No que respeita à substituíbilidade e permutabilidade relativamente a outros regimes de prestação de cuidados de saúde (Serviço Nacional de Saúde, subsistemas ou convenções e seguros), as condições de acesso aos mesmos e as suas diversas características, afastam desde logo a conclusão de se possam considerar os serviços prestados permutáveis ou substituíveis em relação aos serviços prestados pelos médicos enquanto profissionais liberais.

c) análise da decisão em concreto - objecto ou efeito de impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo em parte do mercado nacional.--

Analisemos a decisão em concreto em causa nos autos, de fixação de honorários mínimos e máximos, tal como previstos nos artºs 81º e 82º do Código Deontológico e nºs 2 e 3 do artigo 2º do Regulamento dos Laudos a fim de verificar se a mesma é uma decisão de associação de empresas que tem por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou parte do mercado nacional.

Antes de mais importa chamar à colação algumas noções de mercado e de concorrência.

O mercado, como bem define o Prof. Fernando Araújo é "... a interacção do conjunto de vendedores e compradores, actuais e potenciais, que se interessam pela transacção de determinado produto ou factor de produção" (Introdução à Economia, Almedina, pág. 144).

Quanto à concorrência, esta em sentido amplo, pode dizer-se que: "...designa a competição entre dois sujeitos económicos ou sectores económicos, com o fito de produzir ou comprar nas melhores condições. Ou seja, com menores custos de produção a mais baixo preço de venda" (António José da Silva Robalo Cordeiro, As



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

coligações de empresas e os direitos português e comunitário da concorrência – Universidade Lusíada, Lisboa 1994, pág. 19).

Num extremo, podemos ter um mercado de concorrência perfeita em que nenhum comprador ou vendedor dispõe de poder de mercado, transaccionam operando sem conluio ou domínio entre eles.

Noutro extremo, temos situações em que o poder de mercado se manifesta através da formação de preços, mas pela vontade de um único agente ou de um grupo restrito de agentes.

Não passando pelos extremos, surge a ideia da concorrência possível, aceitando-se que a concorrência possa ser sacrificada se determinados interesses superiores o exigirem.

A ideia de concorrência eficaz ou praticável (“workable competition”) foi uma noção formulada pelo economista americano John Maurice Clark. Esta “não exclui a desigualdade das firmas nem a influência assimétrica das unidades dominantes. Esta estabelece-se entre empresas de dimensões diferentes, com custos e horizontes diferentes que praticam políticas diferentes; tende ao progresso por um aperfeiçoamento dos métodos de produção, por uma diferenciação crescente da qualidade e dos tipos de produtos e pelo desenvolvimento de novos produtos; permite, por fim a difusão dos benefícios devidos a este progresso em favor dos consumidores através da diminuição dos preços” (“Toward a concept of workable competition”, American Economic Review, pág. 241).

É esta ideia de concorrência eficaz que podemos considerar plasmada tanto a nível comunitário, como a nível nacional, sendo a concorrência não entendida como um objectivo em si mesmo, aceitando-se que a mesma, tal como se referiu, possa ser sacrificada se interesses superiores assim o exigirem (não obstante a proibição de determinados comportamentos, em certas circunstâncias devidamente justificadas, esses comportamentos podem ser autorizados cfr. art.º 81º n.º 3 do Tratado, art.º 5º Dec.-Lei 371/93 e 5º Lei 18.03).

Quanto ao direito de defesa da concorrência, o mesmo tem como função, numa noção muito linear, a preservação das estruturas concorrenciais do mercado, contra o comportamento dos agentes económicos presentes nesse mercado.

Assentes estas noções vejamos:

A fixação de forma directa ou indirecta de preços é desde logo, uma das práticas proibidas pelas legislação nacional e comunitária, como vimos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

E compreende-se bem porquê. A fixação de preços, constitui desde logo uma limitação ao funcionamento do mercado, vinculando os agentes económicos a praticar preços pré-determinados, não vinculando a discussão entre os intervenientes negociais e não permitindo o livre jogo da oferta e da procura, tendo em atenção que desde logo o mercado tem agentes de dimensões, poderes económico e actividades comerciais de estruturas bem diversas.

Tratando-se de preços máximos, a fixação dos mesmos permite ao concorrente saber qual o "tecto" de preços fixados pelo concorrente, aproximando os preços praticados ao mesmo, independentemente do jogo de mercado.

A ausência de fixação de preços, apresentaria desde logo a vantagem de permitir a diminuição dos preços dos serviços prestados, até ao mínimo adequado à retribuição desses serviços.

Tratando-se de preços mínimos a fixação dos mesmos permite ao concorrente saber o "mínimo" que o concorrente fixará, limitando a autonomia entre os agentes económicos e impedindo que os mesmos fixem preços mais baixos. Essa fixação permite igualmente que se reforcem os obstáculos aos novos concorrentes no mercado, e à entrada dos mesmos, uma vez que, podendo concorrer no mercado, através do factor "diminuição do preço", relativamente aos seus concorrentes, de forma a conquistarem clientela inicial, estão impedidos de o fazer.

A ausência de fixação de preços mínimos permite desde logo que os concorrentes concorram entre si, com total liberdade, podendo os consumidores adquirir os bens ou serviços ao "melhor preço" e negociar, igualmente, de forma mais favorável, esses preços.

Na espécie, a elaboração, aprovação e divulgação, por parte da arguida de uma tabela (Código) de preços mínimos e máximos, surge como uma decisão que tem por objecto restringir, de forma sensível, face à sua natureza e representatividade no mercado em apreciação, o mercado português de prestação de serviços médicos, a concorrência no referido mercado.

De facto, a mera existência dessas tabelas restringe, nos termos referidos, a livre concorrência entre os vários agentes que actuam no mercado, surgindo como um factor que inibe desde logo o livre jogo total de fixação de preços, decorrente da oferta e da procura, possuindo os vários agentes no mercado um elemento que permite prever qual a política de preços a ter em consideração pelos seus



h

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

concorrentes (não sendo a referida conclusão afastada pela possibilidade da prática de actos gratuitos que desde logo será uma opção, com um carácter certamente de excepção).

Está em causa um ilícito não de dano, mas 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.

O comportamento da arguida, também produziu efeitos, de restrição da concorrência, no mercado referido.

Prova disso, embora certamente relacionada com outros factores, é a ausência de maior número de processos disciplinares referentes à aplicação de honorários que, designadamente, excedam os valores constantes das tabelas, significando esse facto que os profissionais liberais em causa, têm em consideração, na política de preços praticada, os preços indicados nas tabelas da arguida.

Outro facto é a possibilidade de os médicos serem sancionados por não respeitarem a mesma, facto que por si só permite concluir pela existência da produção de efeitos de restrição de concorrência, através da aplicação, em regra, pelos médicos enquanto profissionais liberais, da referida tabela, sob pena de, não o fazendo, serem sancionados disciplinarmente pelo facto.

Por último impõe-se ter em atenção que os honorários fixados estão "cristalizados" desde 1997, facto que permite concluir pela existência clara de efeitos de restrição da concorrência, tendo em atenção a tendência genérica de aumento de preços em geral de serviços e de produtos.

Concluimos assim pelo preenchimento do elemento objectivo do tipo.

Feita esta conclusão avancemos para os fundamentos alegados de justificação da conduta.

Determina o art.º 3º n.º 2 da Lei 18/2003 que: "As empresas encarregadas por lei da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio legal ficam submetidas ao disposto no presente diploma, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhe foi confiada".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Refere, por sua vez 86º n.º 2 do Tratado U.E. que: "As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado. designadamente às regras da concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada - O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade".

Antes de mais importa acrescentar alguns elementos relativamente à natureza da arguida.

A arguida é uma associação pública ou seja uma pessoa colectiva pública de tipo associativo, criada para assegurar a prossecução de um interesse público determinado pertencente ao Estado. Trata-se no caso de uma associação pública de entidades privadas, os médicos, tendo sido entregue aos mesmos, por devolução de poderes do Estado os poderes de regular e disciplinar o exercício de uma determinada actividade profissional, no caso a dos médicos.

Antes de mais a dúvida que se coloca, face a esta definição, é a de que não é Ordem que é a empresa, mas sim o médico, sendo a Ordem a associação que os representa. Mesmo superada esta questão, surge a questão da caracterização dos serviços prestados, tendo em atenção as atribuições da Ordem.

Por último, surge a questão de saber se as normas jusconcorrenciais em causa constituem "obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada". E aqui a resposta sem nenhuma dúvida é negativa. A não existência de fixação de limites mínimos e máximos de honorários a aplicar, por parte dos médicos, não permite afastar, ou obstaculizar o cumprimento da missão particular da Ordem enquanto entidade representativa dos médicos, face antes de mais ao poder disciplinador e sancionatório que a mesma detém ou da missão dos próprios médicos, sendo desde logo argumento gritante nesse sentido, o facto de, tal como ficou provado, os valores dos actos médicos pagos pelas ARS serem inferiores aos valores estabelecidos no Código em apreço e de as ARS serem as maiores recorrentes aos serviços privados. A acrescer o facto de existirem as já citadas regras deontológicas e poderes disciplinares e sancionatórios que permitem considerar que, mesmo com aplicação das normas jusconcorrenciais em apreço e portanto com a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

abolição das referidas tabelas, os médicos podem prosseguir a missão que lhes é confiada.

A qualidade da prática, os interesses dos doentes e a dignidade da profissão, não são, nem podem ser assegurados, pelo preço do serviço médico prestado, devendo as mesmas ser asseguradas tendo em atenção, os princípios de acesso à profissão e o cumprimento de regras deontológicas e não princípios economicistas, tendo a Ordem dos Médicos e os próprios consumidores mecanismos para evitar e afastar comportamentos que excedam ou violem essas regras no que respeita aos preços.

A este propósito cite-se o recente acórdão do Tribunal de Justiça (grande secção) ³ que teve por objecto pedidos de decisão prejudicial, que trata de questões referentes à existência de um regime nacional de tabelamento de honorários de advogados, que refere, no que ora nos interessa que:

"(...) há que observar que a protecção dos consumidores, nomeadamente dos destinatários de serviços judiciais prestados por operadores judiciais por um lado e a boa administração da justiça, por outro, são objectivos que podem ser considerados razões imperiosas de interesse geral, susceptíveis de justificar uma restrição à livre prestação de serviços (...) desde de que a medida nacional em causa, no processo principal, seja adequada a garantir a realização do objectivo prosseguido e não ultrapasse o necessário para atingir esse objectivo. (...).

... haverá que verificar, em particular, se existe uma correlação entre o nível de honorários e a qualidade dos serviços prestados pelos advogados e se, nomeadamente, a fixação desses honorários mínimos é uma medida adequada para atingir os objectivos prosseguidos, ou seja a protecção dos consumidores e a boa administração da justiça.

(...) Também haverá que levar em conta as especificidades próprias tanto do mercado em causa (...) como dos serviços em causa (...).

O órgão jurisdicional de reenvio deverá porém verificar se as regras profissionais dos advogados, nomeadamente as regras de organização, de qualificação, de deontologia, de controlo e de responsabilidade, são suficientes, por si sós, para atingir os objectivos de protecção dos consumidores e de boa administração da justiça."

³ <http://curia.europa.eu/juris/>.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No caso em concreto, importa concluir que as regras de acesso à profissão, as regras profissionais, designadamente deontológicas e o facto de tal como é de conhecimento comum a procura, em geral ser superior à oferta, no mercado em causa, assim como a ausência de prova relativamente ao facto qualidade/preço, são suficientes, para por si só, proteger o consumidor relativamente aos excessos na fixação ou aplicação dos honorários e atingir os objectivos gerais de qualidade na prestação dos serviços médicos, defesa dos interesses dos doentes e dignidade da profissão, não se justificando a derrogação das normas jusconcorrenciais para conseguir esses objectivos.

Afasta-se assim a aplicação dos normativos citados.

Vejamos agora a tipicidade subjectiva.

Face à matéria de facto provada, impõe-se desde logo concluir que ficou provada a actuação dolosa da arguida.

Age com dolo (directo) nos termos estabelecidos no art.º 14º do Código Penal, quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar.

Provou-se que a arguida manteve em vigor e aprovou, de forma livre, voluntária e consciente, tabelas de preços mínimos e máximos de honorários, com intenção de restringir a concorrência entre os seus associados e no mercado.

A arguida sabia e pretendia ao fixar honorários nos termos em que o fez, restringir, de forma sensível, a concorrência junto dos seus associados e no mercado.

Agiu assim com dolo directo.

Importa acrescentar alguns elementos no que se refere à ilicitude.

Nos termos do art.º 9º n.º 1 do RGCO “Age sem culpa quem actua sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável”. Estamos perante o chamado erro sobre a ilicitude.

“No erro sobre a ilicitude, havendo conhecimento de todas as circunstâncias típicas mas faltando a consciência da ilicitude, a ausência de culpa e de censura fundamenta-se em falta da própria consciência, na deficiente qualidade para apreender os valores que no direito cumpre proteger e, assim, em uma desconformidade da personalidade do agente com a suposta pela ordem jurídica” (Manuel Simas Santos, Jorge Lopes de Sousa, Contra-ordenações, anotações ao regime geral, 2ª edição, 2002, Vislis, pág. 126).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Estamos no caso perante um erro de valoração.

Na espécie, invoca a arguida não conhecer a proibição legal respectiva, não havendo qualquer casuística ou jurisprudência sobre o enquadramento das ordens profissionais como associações de empresa.

Antes de mais importa referir que o argumento é original, permitindo mesmo, a ter-se como certo, que qualquer primeira punição estava desde logo protegida pela falta de consciência de ilicitude. Antes de qualquer primeira punição não existe qualquer "casuística ou jurisprudência". Mas mesmo ultrapassando este argumento, verificamos, face à aplicação feita das normas, que o aplicador não se socorreu de argumentos "anómalos", "indirectos" ou outros, que não permitissem que a arguida, interpretando as normas, também considerasse que lhe eram aplicáveis. Acrescente-se ainda que, a primeira decisão, a nível nacional, que conhecemos, referente a uma associação pública e consideração da mesma como associação de empresas, data de 09.03.2001 punindo a Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, uma câmara profissional e portanto também uma associação pública de entidades privadas, não sendo assim certo que a casuística ou a jurisprudência não existissem. De não esquecer ainda, o claro parecer do extinto Conselho da Concorrência 3/85, publicado em Diário da República em 1.10.1986 que se debruçou, concluindo afirmativamente, sobre a aplicação do Dec.-Lei n.º 422/83 de 3.12 às prestações de serviços no âmbito da Clínica privada, designadamente, na especialidade de radiologia.

É assim de afastar a exclusão referida.

Não verificando pois nenhuma causa de exclusão da ilicitude e da culpa, considerando a análise feita ou qualquer causa de justificação das práticas restritivas da concorrência, importa concluir que se encontra preenchida a tipicidade contra-ordenacional imputada à arguida.

Concluindo no sentido referido importa avançar para a **análise da violação imputada do disposto no artigo 81º do Tratado CE supra citada.**

Pedra de toque do preceito em análise, no que ora nos importa analisar, é que se verifique, nos acordos e decisões de associações de empresas, a susceptibilidade de "afectar o comércio entre os Estados membros".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Sobre esta matéria, emitiu a Comissão, uma comunicação sobre "Orientações sobre o conceito de afectação do comercio entre Estados-Membros previstos nos artºs 81º e 82º do Tratado", na qual refere, em traços gerais que: que decorre da formulação dos artºs 81º e 82º e da jurisprudência dos tribunais europeus que, na aplicação do critério de afectação do comércio, deve ser prestada especial atenção a três elementos:

a) o conceito de "comercio entre os Estados-Membros", b) A noção de "susceptível de afectar" e c) O conceito de "carácter sensível".

Relativamente ao primeiro requisito precisa que: o conceito de comércio é um conceito amplo que cobre toda a actividade económica transfronteiriça; que a afectação implica que deve haver impacto nas actividades económicas transfronteiriças que envolva, no mínimo, dois Estados-Membros e que aplicação do critério da afectação do comercio é independente da definição dos mercados geográficos relevantes.

Quanto ao segundo, é dito que se pretende "definir a natureza do impacto necessário no comércio entre os Estados-Membros (...) A noção "susceptível de afectar" implica que deve ser possível prever, com um grau de probabilidade suficiente com base num conjunto de factores objectivos de direito ou de facto, que o acordo ou a prática pode ter uma influência, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, na estrutura do comercio entre os Estados-Membros (...). Nos casos em que o acordo ou prática é susceptível de afectar a estrutura concorrencial no interior da comunidade, a aplicabilidade do direito comunitário fica estabelecida...;

Por último no respeito ao conceito de "carácter sensível" que "O conceito de afectação do comercio integra um elemento quantitativo que limita a aplicabilidade do direito comunitário a acordos e práticas susceptíveis de produzir efeitos de uma certa magnitude (...). Quanto mais forte for a posição de mercado das empresas em causa, maior é a probabilidade de um acordo ou pratica susceptível de afectar o comercio entre os Estados-Membros o vir a afectar de forma sensível". (JO n.º C 101 de 27.04.2004).

Ou seja, importa analisar a actividade económica e o impacto da mesma, tendo como base critérios objectivos de direito ou de facto, a fim de concluirmos pela violação ou não do mencionado normativo.

A propósito desta questão, importa referir que, o exercício da profissão dos médicos, está regulado a nível comunitário pela Directiva 93/16/CEE do Conselho de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

05 de Abril de 1993, alterada pela Directiva 20/01/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de Maio de 2001, destinadas a facilitar a livre circulação dos médicos e o reconhecimento mútuo dos seus diplomas, certificados e outros títulos, devendo esse facto ser tido em conta como circunstância específica determinante para a avaliação da produção de efeitos intracomunitários da decisão da fixação de honorários pela Ordem, na medida em que a decisão da Ordem é contrária ao objectivo de regulamentação comunitária nesta matéria, pondo em causa a liberdade de prestação de serviços no território da União Europeia.

Vejamos. Assente já ficou anteriormente, na avaliação feita a propósito do preenchimento do artigo 4º da Lei 18/2003, que a decisão em apreço é uma decisão de uma associação de empresas, susceptível de restringir de forma sensível a concorrência, importando assim analisar se a referida decisão é susceptível de afectar o comércio entre os Estados Membros, tendo em atenção os critérios supra referidos.

Como vimos a decisão em apreciação aplica-se a todos os licenciados em medicina, obrigatoriamente inscritos na Ordem dos Médicos, nacionais ou estrangeiros, que exerçam de forma independente a medicina em Portugal.

A nível comunitário o exercício dessa actividade está regulado pelas Directivas supra referidas, que se destinam como refere a Autoridade da Concorrência a facilitar a livre circulação dos profissionais em causa e o reconhecimento dos seus diplomas, certificados e outros títulos.

Ora, desde logo, importa concluir que, abrangendo todo o território de um Estado-Membro, a referida tabela é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros na acepção dos artºs 81º e 82º do tratado, como já foi entendido, várias vezes, na jurisprudência comunitária ⁴.

Para além disso, desde logo, face à existência da regulamentação comunitária referida, estabelece barreiras a nível intra-comunitário, afectando de forma sensível, o comércio entre os Estados Membros ⁵, dificultando o acesso de outros prestadores

⁴ neste sentido, acórdão de 17.10.1972, Vereeniging van cementhandelaren/Comissão 8/72, Colect. P. 333, n.º 29; de 10 de Dezembro de 1991; Mercì convenzionali porto di Genova, C-179/90, Colct, pl-5889, nºs 14 e 15, e de 19 de Fevereiro de 2002, Arduino, C-35799, Colect, p. I-1529, n.º 33).--

⁵ A propósito veja-se a Comunicação da Comissão relativa à concorrência no sector das profissões liberais de 09.02.2004 - <http://europa.eu.int>.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ao mercado português de prestação de cuidados de saúde, restringindo o exercício das actividades de prestação de serviços nesta área.

Importa assim concluir igualmente pela violação pela arguida do artigo 81º n.º 1 al. a) do Tratado CE.

d) natureza da infracção - aplicação da lei no tempo.

Na espécie, podemos considerar, que está em causa uma infracção que produziu os seus efeitos desde 01.06.1984, data da entrada em vigor do Dec.-Lei 422/83 de 03.12 (art.º 38º do diploma), até 19.07.2005, data da deliberação do Conselho Nacional Executivo da Ordem dos Médicos que decidiu alterar o artigo 81º e revogar o artigo 82º, ambos do Código Deontológico, bem como alterar a redacção dos artigos 2º, 3º e 12º do Regulamento dos Laudos a Honorários e ainda revogar a fixação dos valores mínimo, médio e máximo de K e a definição de valor de C, decidindo ainda suspender, na sua vigência o Código de Nomenclatura e Valor Relativo dos Actos Médicos (CNVRAM).

Importa assim concluir que estamos perante um ilícito contra-ordenacional permanente, existindo uma conduta anti-jurídica mantida do tempo ou seja, o momento da consumação perdura no tempo, e enquanto dura essa permanência, o agente encontra-se a cometer a infracção.

Tal como referem claramente Manuel Simas Santos e Jorge Lopes de Sousa, posição, com a qual concordamos: "As contra-ordenações de carácter permanente (...) inserem-se no campo de aplicação da lei nova, ainda que mais severa, desde de que prossiga na sua vigência a conduta necessária à permanência do resultado..." (obra cit.).

Ou seja, perdurando no tempo a consumação da infracção, a mesma deve ser punida ainda que mais severamente à luz da lei nova.

Deverá assim a contra-ordenação em apreço ser punida ao abrigo da Lei 18/2003.

e) Cálculo da coima.

Refere o art.º 43º n.º 1 da Lei 18/03, que o comportamento em análise é punido com "coima que não pode exceder, para cada uma das partes na infracção 10% do volume de negócios do último ano".



b -

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No caso de associações de empresas, de acordo com o n.º 2 do mesmo normativo legal: "... a coima prevista não excederá 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado na infracção".

Refere a recorrente, relativamente a esta matéria que, a pessoa colectiva é juridicamente distinta dos seus membros, não existindo qualquer prova de que todos os médicos que exercem a actividade liberal tenham aprovado o Código Deontológico, a Tabela ou sequer tenham eleito os órgãos que o tenham aprovado. Acrescenta que não descortina a forma como se procederá ao cálculo do "volume de negócios agregado anual", não separando desde logo a Autoridade da Concorrência a natureza dos vários rendimentos, não podendo aceitar que a prestação de serviços no âmbito das convenções com sistemas e subsistemas não seja afastada quando se trata de apurar os valores para aplicação da coima.

Começando pelo último argumento, importa referir que, analisando a disposição citada supra e os termos da mesma concluímos, desde logo, que o referido pela arguida não tem qualquer apoio na disposição legal aplicável.

O referido artigo 43º n.º 2 menciona, como vimos, claramente, 10% do volume de negócios anual, não fazendo qualquer distinção relativamente ao mercado ou não objecto da infracção. Ora não sendo essa distinção feita, não se pode concluir, sem apoio legal, como arguida fez, tratando-se de um critério de situação económica para aplicação de uma coima.

No que respeita aos primeiros argumentos, não podemos igualmente concordar com a arguida, sendo a lei clara nesta parte. O que se impõe que seja tido em consideração é o "volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado na infracção" e não da própria associação. Não nos podemos esquecer nesta matéria que, independentemente do número de médicos, que discordam, ou não, com a decisões tomadas pela Ordem Profissional que os representa, a Ordem representa os seus associados, recebe da parte dos mesmos, através da eleição dos seus órgãos, uma delegação de poderes para tomar decisões em nome de todos os médicos e que a todos obrigam, sendo portanto participantes na infracção todos os seus membros e isto tanto mais, que, no caso em concreto, se não cumprissem as regras estabelecidas, relativamente a honorários, seriam punidos disciplinarmente.

Assim, resultando da informação prestada pelo Ministério das Finanças, sobre o rendimento resultante da actividade de médico apresentado pelo número de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

sujeitos passivos de IRS que entregaram declaração relativa ao ano de 2003 um valor total de € 393.378.453,4, resulta que o que o limite máximo da coima em concreto é de € 39.337.845,34 (10%).

- critérios de determinação da medida da coima:

1. A gravidade da infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional;

A infracção em causa denota gravidade, considerando por um lado a sua natureza, sendo a fixação de preços, através de tabelas, uma violação grave da liberdade dos agentes económicos no mercado, de definirem a sua política comercial, consubstanciando um comportamento claramente restritivo do livre jogo do mercado da oferta e da procura, e por outro a representatividade da arguida no mercado nacional, facto que deve ser tido em atenção na apreciação da gravidade da infracção (representando a arguida a em todo o território nacional, a totalidade dos licenciados em medicina que exerçam ou tenham exercido, em regime de trabalho, a profissão médica).

A gravidade da conduta é ainda acentuada pelo facto de a infracção se ter prolongado por 21 anos e pelo facto de a violação da norma determinar a possibilidade de aplicação de uma sanção disciplinar.

A arguida agiu com dolo directo.

a) As vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infracção;

Com a fixação de preços efectuada através das tabelas em apreciação, resultaram desde logo vantagens, para as empresas associadas, do conhecimento dos preços da concorrência e de consequentemente diminuição do risco assumido no exercício da sua actividade.

b) O carácter reiterado ou ocasional da infracção;

A decisão da Ordem dos Médicos constituiu, como se referiu supra uma decisão com carácter permanente, produzindo efeitos desde 01.06.1984 até 19.07.2005.

c) O grau de participação na infracção;

A arguida actuou como autora da infracção.

d) A colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo;



h

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A arguida foi colaborante com a Autoridade da Concorrência, respondendo a todos os pedidos formulados pela mesma, de forma tempestiva e fornecendo os documentos solicitados, devendo essa colaboração ser tida em consideração.

e) O comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

Tal como ficou provado, a arguida, em 19 de Julho de 2005, através do seu Conselho Nacional Executivo, deliberou alterar o art.º 81º e revogar o art.º 82º do Código Deontológico, bem como alterar a redacção dos artsº 2º, 3º e 12º do Regulamento dos Laudos a Honorários e ainda revogar a fixação dos valores mínimo, médio e máximo de K e a definição do valor C, sendo que, relativamente ao Código de Nomenclatura, a Ordem suspendeu a sua vigência, tendo decidido dar conhecimento dos referidos factos aos associados, através da revista e site da Ordem dos Médicos e a todos os Colégios da Especialidade.

Face a esta conduta, podemos considerar que o infractor na data em referência eliminou a prática proibida imputada, comportamento que terá de ser considerado.

f) outras circunstâncias relevantes.

A situação económica da arguida, apresentando a mesma proveitos em 2003 no valor de € 683.818,91.

Tudo visto e ponderado, entende-se ser adequado aplicar à arguida a coima de 230.000,00 (duzentos e trinta mil euros).

No que respeita à publicação da decisão, refere o art.º 45º da Lei 18/2003, com a epígrafe "sanções acessórias" que "Caso a gravidade da infracção o justifique, a Autoridade promove a publicação, a expensas do infractor da decisão proferida no âmbito de um processo instaurado ao abrigo da presente lei no Diário da República e ou num jornal nacional de expansão nacional, regional ou local, consoante o mercado geográfico relevante em que a prática produziu os seus efeitos".

No caso as ordenadas publicações revelam-se enquadradas dentro do normativo referido, importando assim manter a decisão sobre as mesmas na decisão final (tendo-se no entanto em atenção que nesta data já desapareceu a III Série do Diário da República), substituindo-se o sumário a fornecer pela Autoridade por uma súmula da decisão que inclua a parte decisória.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(...)

5. Decisão.

Pelo exposto, julgo procedente o presente recurso de impugnação e, consequentemente:

- condeno a arguida Ordem dos Médicos pela prática da contra-ordenação prevista e punida nos artºs 4º n.º 1 al. a) e 43º n.º 1 al. a) da Lei 18/2003 de 11.06 e 81º n.º 1 al. a) do Tratado CE na coima de € 230.000,00 (duzentos e trinta mil euros).

- determino que a arguida Ordem dos Médicos faça publicar, com identificação completa dos autos a que respeita, no Diário da República, uma súmula da presente decisão, que inclua a parte decisória e em jornal nacional de expansão nacional, apenas a parte decisória da mesma, no prazo de 20 dias úteis a contar do trânsito em julgado da decisão.

(...)

V – Cumpre decidir.

1. O âmbito dos recursos é delimitado pelas conclusões da recorrente (cf., entre outros, os Acs. do STJ de 16.11.95, de 31.01.96 e de 24.03.99, respectivamente, nos BMJ 451º - 279 e 453º - 338, e na CJ (Acs. do STJ), Ano VII, Tomo I, pág. 247, e cfr. ainda, arts. 403º e 412º, nº 1, do CPP).

Aplicar-se-á a Lei processual penal em vigor à data dos factos, já que a aplicar-se a lei actual, tal configura uma “quebra de harmonia e unidade dos vários actos do processo, bem como pode configurar um prejuízo dos seus direitos de defesa”. – vd art.º 5.º do C.P.Penal, aprovado pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto.

A recorrente veio pôr em crise a matéria fáctica apurada. No entanto, nos termos do disposto no art.º 75.º n.º 1 do R.G.C.O., esta Relação apenas pode conhecer da **matéria de direito**, sendo que aquela só poderá ser colocada em causa caso se verifique algum dos vícios do art.º 410.º n.ºs 2 e 3 do C.P.Penal.

Efectuado o exame preliminar foi considerado haver razões para a rejeição do recurso por manifesta improcedência (art. 420º, nº 1 CPP) sendo por isso determinada a remessa dos autos aos vistos para subsequente julgamento na conferência (art. 419.º, n.º 4, al. a) CPP).

2. A Autoridade da Concorrência (AdC), em processo de contra-ordenação, aplicou à Ordem dos Médicos (OM) a coima de 250.000 € bem como a sanção



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

acessória de publicação do sumário da decisão na III série do Diário da República e da parte decisória num jornal nacional de expansão nacional, pela violação do disposto no artº 4 nº 1 da Lei 18/2003 de 11/6 e artº 81 nº 1 do Tratado da CE.

Inconformada a OM recorreu para o Tribunal do Comércio de Lisboa, que manteve a condenação supra referida, apenas atenuando a coima aplicada para 230.000€.

Novamente inconformada a OM recorreu para o Tribunal da Relação de Lisboa, ao abrigo do disposto no artº 52.º da Lei 18/2003.

3. Decidindo.

Seguimos na decisão, de perto, as alegações do Ministério Público, que merecem o nosso acordo, sendo que poderíamos remeter para a sentença recorrida - ou ainda para a decisão da Autoridade da Concorrência - já que a fundamentação das decisões se mostra correcta, tendo a consciência que iremos repetir muita da argumentação aduzida naquelas decisões.

Damos assim, e desde já, por reproduzida, a fundamentação da sentença recorrida, que subscrevemos.

3.1. Competência do Tribunal de Comércio de Lisboa.

Para além de recurso interposto suscitando a incompetência do Tribunal do Comércio, alegou a recorrente OM que não foi apreciada na sentença recorrida a mencionada incompetência do Tribunal do Comércio para apreciar a impugnação judicial da decisão da AdC, o que constituiria nulidade da sentença.

No entanto, a sentença pronunciou-se sobre a questão - vd. o ponto A), analisada como questão prévia "a incompetência do Tribunal do Comércio para apreciar decisões da OM, questão que foi conhecida no despacho de admissão de recurso".

Como referiu a sentença recorrida:

3. Fundamentação.

Determina o art.º 50º n.º 1 do regime jurídico da concorrência aprovado pela Lei 18/2003 de 11.06 que: "Das decisões proferidas pela Autoridade que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei cabe recurso para o Tribunal de Comércio, com efeito suspensivo".

Defende a recorrente que, sendo uma pessoa colectiva pública, os seus actos devem ser judicialmente fiscalizados pelos Tribunais Administrativos e Fiscais.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Estabelece o art.º 4º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei 13/2002 de 19.02 o âmbito da jurisdição dos Tribunais Administrativos e Fiscais, referindo nomeadamente na alínea b): "fiscalização da legalidade das normas e demais actos jurídicos emanados por pessoas colectivas de direito público ao abrigo de disposições de direito administrativo ou fiscal, bem como a verificação da invalidade de quaisquer contratos que directamente resulte da invalidade do acto administrativo no qual se fundou a respectiva celebração".

Refere por sua vez o citado pela recorrente art.º 10º do Dec.-Lei 10/2003 de 18.01 que criou a Autoridade da Concorrência que: "Até à entrada em vigor do diploma que estabeleça o regime processual dos recursos a que se refere o n.º 2 do art.º 38º dos Estatutos anexos a este diploma (a saber: decisões da Autoridade em procedimentos administrativos, respeitantes a matéria da concorrência, bem como a decisão ministerial a que alude o art.º 34º dos Estatutos) as decisões aí previstas são impugnáveis junto dos tribunais administrativos, de acordo com as regras gerais aplicáveis ao contencioso administrativo".

Na espécie, antes de mais, importa referir, que está em causa a aplicação de uma coima e consequentemente direito contra-ordenacional e não qualquer relação administrativa ou de direito administrativo.

Assim sendo, ao contrário do que pretende a recorrente, não obstante a sua natureza jurídica, a matéria em apreciação não cabe nem no disposto no citado art.º 4º al. b) do ETAF, nem no mencionado pela recorrente art.º 10º da Lei 10/2003 que se refere claramente a procedimentos administrativos, não se incluindo os processos contra-ordenacionais (cfr. o art.º 38º n.º 1 dos Estatutos da Autoridade).

Importa pois concluir pela competência deste Tribunal para apreciar a matéria em análise.

No que respeita à inconstitucionalidade suscitada, é nosso entendimento que não estando em causa a apreciação de uma relação administrativa ou de direito administrativo, não se verifica qualquer violação dos normativos constitucionais citados pela recorrente, não sendo a interpretação referida a feita por este tribunal para se considerar competente para apreciar o presente recurso.

4. Decisão.

Pelo exposto declara-se este Tribunal de Comércio materialmente competente para apreciar o recurso interposto pela Ordem dos Médicos da decisão da Autoridade da Concorrência de 26.05.06 que lhe aplicou uma coima no valor de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

€ 250.000,00 e a título acessório ordenou que a recorrente faça publicar o sumário da decisão no Diário da República e parte decisória num jornal nacional de expansão nacional, no prazo de 20 dias úteis a contar do trânsito da mesma.

Inexiste, em consequência, a invocada nulidade .

Por outro lado, julgamos competente o Tribunal do Comércio materialmente competente para apreciar o recurso interposto pela Ordem dos Médicos da decisão da Autoridade da Concorrência de 26.05.06 que lhe aplicou uma coima no valor de € 250.000,00, bem como a sanção acessória aplicada (vd. art.º 50º n.º 1 do regime jurídico da concorrência aprovado pela Lei 18/2003 de 11.06), improcedendo o recurso interposto :

“Assim, refere a Recorrente que “importa levantar a questão de saber se este Tribunal pode apreciar decisões da O.M. designadamente o artigo do Código Deontológico que a autoridade administrativa considera “nulo” e que está na base do presente processo de contra-ordenação.” (cfr. ponto 7 das alegações da Recorrente). Antes de mais, clarifique-se que o Tribunal de Comércio de Lisboa não foi chamado pela Recorrente –reitere-se – a “apreciar decisões da O.M” mas antes uma decisão da Autoridade da Concorrência. Ademais, note-se que, ao contrário do que sustenta a Recorrente, a AdC não considerou “nulo” o artigo do Código Deontológico invocado, tendo sido, aliás, a própria Ordem dos Médicos (como admite nos pontos 313 e 315 das suas alegações) a, em momento anterior à emissão da própria decisão recorrida, revogar tal artigo e, bem assim, suspender a vigência do Código de Nomenclatura em apreço. Certo é que a “presente questão” de que fala a Recorrente não pode confundir-se com qualquer decisão da Ordem dos Médicos ou declaração de nulidade de um artigo do respectivo Código Deontológico que se encontra já revogado, pelo que, como se afigura por demais evidente, nenhuma razão se vislumbra para que o Tribunal do Comércio se declarasse, *in casu*, incompetente.

E note-se que é bastante tal argumento para deitar por terra a frágil invocação da inconstitucionalidade do artigo 50.º, n.º 1 da Lei da Concorrência, em que, displicentemente, incorre a Recorrente. Sustenta, assim, a Recorrente que, pelo facto de determinar que “Das decisões da Autoridade que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, com efeito suspensivo” deverá julgar-se inconstitucional o aludido artigo da Lei da Concorrência, face ao disposto nos artigos 211.º, n.º 1 e



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

212.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP), os quais delimitam a jurisdição dos tribunais judiciais e dos tribunais administrativos e fiscais, estipulando este último preceito a competência dos tribunais administrativos e fiscais para o *"julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais"*. Ora, perante tal argumentação, cabe, desde logo, reiterar que o objecto dos presentes autos cinge-se à decisão proferida pela Autoridade da Concorrência no exercício dos seus poderes sancionatórios em sede de procedimento contra-ordenacional, não estando, pois, em causa, neste âmbito e por esse motivo, qualquer *"relação jurídica administrativa"*. Na verdade, é a própria Lei Fundamental que reconhece autonomia ao direito contra-ordenacional ou de mera ordenação social face aos demais ramos de direito, *maxime*, o direito administrativo. Com efeito, prevê-se no artigo 165.º, n.º 1, alínea d), da CRP, que *"É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: (...) d) Regime geral de punição das infracções disciplinares, bem como dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo"*. Ora, é no âmbito de tal previsão e consagração constitucional que se inserem os poderes sancionatórios e competências conferidas à AdC em sede de direito de mera ordenação social. Posto isto, cumpre salientar que este ramo do direito, o de mera ordenação social, não poderá, em caso algum, confundir-se com o direito administrativo nem tão-pouco poderão os actos e práticas por aquele abrangidos ser configurados como *"relações jurídicas administrativas"*. Como referem Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, *"É preciso (...) não confundir os factores de administratividade de uma relação jurídica com os factores que delimitam materialmente o âmbito da jurisdição administrativa"* (in *Código de Processo nos Tribunais Administrativos Volume I – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais – Anotados*, 2004, pág. 26). É que o direito de mera ordenação social foi concebido para ser aplicado pelas autoridades administrativas, e não pelo poder judicial, sendo que tal não significa que o mesmo se reconduza ao direito administrativo. Na verdade, o direito de mera ordenação social *"surge por contraposição, justamente, ao direito penal, está de certa maneira em relação com aquilo que tradicionalmente seria o direito das contravenções, ou o direito contravencional"* (Teresa Beleza, *Direito Penal, Volume I*, pág. 131, 2.ª Edição). Para Figueiredo Dias *"o direito de mera ordenação não é filho ou herdeiro de um direito penal administrativo já falecido, não é a sua máscara*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

*presente, mas é sim limite negativo de um direito penal administrativo que evoluiu e surge hoje renovado sob a face do direito penal secundário" (Direito e Justiça, Volume IV, 1989/1990, pág. 22) (realce nosso). Encontramo-nos, pois, inequivocamente, perante um direito penal secundário cujas raízes e afloramentos recentes em nenhum ponto poderão confundir-se com o direito administrativo e com a regulação das "relações jurídicas administrativas". Ora, *in casu*, a decisão recorrida, como se deixou demonstrado à exaustão, foi adoptada no âmbito de um processo contra-ordenacional, do qual foi incumbida a Autoridade através dos seus Estatutos, da Lei da Concorrência e, bem assim, do próprio Texto Constitucional.*

Mas mesmo que assim não se entendesse, o que por mero dever de patrocínio se concebe, também por outra via se concluiria pelo desacerto da tese propugnada pela Recorrente. Assim, esclarecem Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, em anotação ao artigo 1.º, n.º 1, do ETAF, que "*Quanto à questão de saber da conformidade material das cláusulas "aditivas" e "subtractivas" da competência dos tribunais administrativos, por referência ao âmbito natural da sua jurisdição (consagrado no citado art. 212.º/3 da CRP), respondeu-se na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 93/VIII, apresentada pelo Governo à Assembleia da República – e que deu origem ao ETAF –, que a Constituição não estaria a instituir aí uma reserva material absoluta de competência dos tribunais administrativos, que impedisse o legislador ordinário de atribuir a outras jurisdições o julgamento de questões administrativas, e à jurisdição administrativa o julgamento de questões não administrativas.*" (ob. cit., 2004, pág. 21). Ora, encontrando-se o direito de mera ordenação constitucionalmente previsto e tendo o legislador ordinário estabelecido expressamente, nesse âmbito, a competência do douto Tribunal de Comércio para julgar as impugnações das decisões da Autoridade em sede de processos contra-ordenacionais, nunca poderia tal previsão – a constante do artigo 50.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho – ser julgada violadora do disposto nos artigos 212.º, n.º 3 e 211.º, n.º 1, da CRP, ao invés do que pretende a Recorrente sustentar.

Note-se, ainda, que assume, a este propósito, extrema relevância o facto de, nos termos do disposto nos artigos 32.º e 41.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, o qual estabelece o Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO), o direito penal e o direito processual penal constituírem direito



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

subsidiário face ao aludido regime geral, ao qual a própria Recorrente reconduz a decisão recorrida, invocando mesmo tal regime como aplicável à situação ora objecto de apreciação ao longo das suas alegações. Ora, como se afigura evidente, em caso algum poderia sustentar-se que os tribunais administrativos viessem a aplicar, tão-somente por se tratarem de factos imputáveis a uma pessoa colectiva de natureza administrativa, normas de direito penal e processo penal, carecendo, assim, de qualquer sentido, a impugnação de processos contra-ordenacionais, ainda que envolvendo entidades administrativas, junto da jurisdição administrativa. A resposta vai, pois, evidentemente, no sentido de serem materialmente incompetentes os tribunais administrativos para conhecerem dos recursos interpostos em sede de direito de mera ordenação social, o que, naturalmente, determina a inexistência de qualquer inconstitucionalidade do artigo 50.º, n.º 1, da Lei da Concorrência.

A sufragar todo o exposto, e contrariamente ao que pretende a Recorrente, veja-se o teor dos artigos 4.º, n.º 1, alínea b), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), 10.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, (os quais são, aliás, invocados pela Recorrente para sustentar a tese que apresenta) e, bem assim, o artigo 50.º, n.º 1, da Lei da Concorrência. Com efeito, estabelece o artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do ETAF que *"Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objecto: (...) b) Fiscalização da legalidade das normas e demais actos jurídicos emanados por pessoas colectivas de direito público ao abrigo de disposições de direito administrativo ou fiscal, bem como a verificação da invalidade de quaisquer contratos que directamente resulte da invalidade do acto administrativo no qual se fundou a respectiva celebração"*. Ora, *in casu*, e como se deixou dito, não se encontra o Tribunal de Comércio incumbido de proceder a qualquer fiscalização das normas ou actos emanados da Ordem dos Médicos nem tão-pouco de aferir da sua eventual invalidade. O que está em causa nos presentes autos é a sindicância da legalidade e mérito da decisão de condenação em processo contra-ordenacional emanada da Autoridade da Concorrência, a qual, note-se, não declarou a invalidade de qualquer norma do Código Deontológico da Recorrente, antes condenando a mesma, em sede de processo contra-ordenacional — e não administrativo — ao pagamento de uma coima e à publicação da decisão ora recorrida



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

h

em virtude da verificação de uma prática restritiva da concorrência em que incorreu a Ordem dos Médicos, situação que claramente foge ao escopo dos Tribunais Administrativos e Fiscais e, especificamente, do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do ETAF.

Por sua vez, mais patente se afigura a confusão e desacerto em que incorre a Recorrente ao invocar o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, o que faz no ponto 11 das suas alegações. Consagra o aludido preceito que *"Até à entrada em vigor de diploma que estabeleça o regime processual dos recursos a que se refere o n.º 2 do artigo 38.º dos Estatutos anexos a este diploma, as decisões aí previstas são impugnáveis junto dos tribunais administrativos, de acordo com as regras gerais aplicáveis ao contencioso administrativo."* (sublinhado nosso). Importa, pois, atentar no que se estabelece no n.º 2 do mencionado artigo 38.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência: *"As decisões da Autoridade proferidas em procedimentos administrativos, respeitantes a matéria de concorrência, bem como a decisão ministerial a que alude o artigo 34.º deste diploma, são igualmente impugnáveis junto do Tribunal de Comércio de Lisboa."* (realce nosso). Com efeito, a norma ora citada regula, como é notório, tão-somente as decisões de que a AdC se encontra incumbida em sede de procedimento administrativo. São estas, pois, as previstas nos artigos 30.º a 41.º e 53.º a 55.º da Lei da Concorrência, relativas ao procedimento de controlo de operações de concentração de empresas e, bem assim, à decisão ministerial prevista no artigo 34.º dos Estatutos. Não se incluem, pois, neste universo os processos contra-ordenacionais, como o que originou os presentes autos, os quais merecem tratamento autonomizado no n.º 1 do artigo 38.º dos Estatutos, soçobrando necessariamente qualquer tese de inclusão dos mesmos na previsão do respectivo n.º 2, bem como no invocado artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro. Afigura-se, pois, incorrecta a posição da Recorrente ao tentar reconduzir a decisão recorrida à previsão dos preceitos legais aplicáveis aos procedimentos administrativos consagrados na Lei da Concorrência, confundindo as regras de controlo jurisdicional em processos de contra-ordenação com o controlo jurisdicional em sede de procedimentos administrativos, ambos insertos nas atribuições da Autoridade da Concorrência.

Do exposto resulta, pois, de forma inequívoca, e ao invés do que sustenta a Recorrente, ser o Tribunal de Comércio de Lisboa o tribunal competente para apreciar os presentes autos, não consubstanciando tal apreciação qualquer



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

violação dos artigos 211.º, n.º 1, 212.º, n.º 3, e 204.º da CRP, carecendo, assim, de fundamento a pretensão de inconstitucionalidade do artigo 50.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, alegada pela Recorrente .

3.2. Nulidade da sentença/erro na apreciação da prova.

Invoca a recorrente a nulidade da sentença proferida no Tribunal do Comércio de Lisboa, por ter havido omissão de pronúncia, ao abrigo do disposto nos artºs 379.º e 374.º do CPP (artº 41 do RGCO), dizendo que "não foram tomados em consideração certos factos e questões invocados pela recorrente, existindo quanto a eles, omissão de pronúncia" e "se tivessem sido tomados na devida conta, seguramente a decisão teria sido no sentido da absolvição da recorrente."

No entanto, a sentença fez completa apreciação de todos os factos com interesse para a discussão da causa, trazidos a julgamento e de todas as questões suscitadas.

Vejamos as questões suscitadas.

Apona a recorrente como erro de apreciação de prova ("o que é completamente diferente de omissão de pronúncia"), a inclusão no facto provado º 1 que "a OM é definida estatutariamente como *representante* dos licenciados de Medicina que exerçam ou tenham exercido em qualquer regime de trabalho a profissão médica, sendo independente dos órgãos do Estado" mencionando que do artº 1 do Estatuto da Ordem dos Médicos aquela palavra (*representante*) não se encontra mencionada.

Trata-se, aliás, como bem referiu o Ministério Público, de discussão sem especial consequência. O termo *representante* insere-se no contexto próprio da decisão e nada mais. *No que interessa e para os termos da decisão, a Ordem dos Médicos é representante dos licenciados em Medicina:*

"Ora se nenhum licenciado em Medicina pode exercê-la em Portugal, sem estar inscrito na respectiva (e única ordem profissional) como dizer que esta não os representa, nesta aceção ?

Se compete à OM defender a ética, a deontologia e qualificação profissional médicas, a fim de assegurar e fazer respeitar o direito dos utentes a uma medicina qualificada, se lhe pertence defender e fomentar os interesses da profissão médica e emitir a cédula profissional e promover a qualificação profissional dos médicos pela



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

concessão de títulos de diferenciação e pela participação activa no pós-graduado, como dizer que não representa os médicos, nesta acepção?

Certo é que a OM não representa os médicos na área das relações laborais. A própria recorrente é explícita a salientar esse ponto, que consubstancia a sua crítica ao facto provado n.º 2.” No entanto, a decisão recorrida cita apenas o Estatuto de Ordem dos Médicos no seu facto n.º 2, aí constando entre “aspas” o que consta do seu art.º 6.º.

Relativamente aos factos provados 9 e 57 e 58, consta da decisão recorrida :

6 - *Os médicos exercem a sua profissão, através de actividade pública, enquanto funcionários públicos integrados no Serviço Nacional de Saúde;*

7 - *... no qual também prestam serviços a título independente 2.189 médicos;*

8 - *... ou privada, enquanto profissionais liberais;*

9 - *... ou através de sociedades sujeitas ao regime de transparência fiscal.*

57 - *Existem inúmeras sociedades e instituições que desenvolvem a actividade médica, tendo médicos ao seu serviço.*

58 - *A vinculação que os médicos têm para com estas entidades reveste várias formas, que vão desde a participação no capital social, ao contrato de trabalho ou à prestação de serviços, no sector privado e social.*

“Quanto ao facto provado nº 9, não se alcança a relevância da correcção ou em que a maior variedade do regime fiscal das sociedades tenha algo a ver com o assunto em discussão, mesmo em confronto/complemento com os factos provados nº 57 e 58.”

“As “críticas” aos factos provados nº 28 e 44 voltam a assentar na semântica, para nada relevarem, pois é óbvio que uma determinada legislação/tabela/ordenamento/etc pode estar em vigor (entenda-se a que existe em determinado momento) e suspensa na sua vigência”.

Não são confundíveis os conceitos de vigência e de suspensão.

O primeiro indica qual a lei em vigor em determinado momento, sendo necessária a sua revogação para a afastar definitivamente.

O segundo, indica uma situação de provisoriedade, de “temporário”, relativamente à mesma legislação, que apesar de estar em vigor (não existe outra, naquele momento) não se aplica durante um determinado período de tempo, de duração variável.”



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Relativamente aos factos dados como não provados, insurge-se a recorrente quanto ao facto não provado nº 1, não quanto à estrutura do facto em si, ou da sua contradição com outros factos, mas simplesmente porque acha que deveria constar do elenco dos factos provados.

No entanto, da prova dos autos e da produzida em audiência “resultou, em que as normas referentes à fixação de honorários não foram aprovadas com o intuito de fomentar a defesa dos interesses dos doentes, bem como a dignidade da profissão e a qualidade do acto médico”.

Vem, além do mais contestar o juízo do Tribunal a quo nos termos do disposto no art.º 127.º do C.P.Penal, o que lhe está vedado, bem como levantar a inconstitucionalidade do art.º 75.º do RGCO.

Alega ainda a recorrente que a sentença não se encontra devidamente fundamentada, pelo que violaria os artºs 374º nº 2, 375º nº 1 e 410º nº 2 do C.P.P. sendo nula em consequência a decisão (artº 379º nº 1 alínea a) do mesmo código).

Não se alcança que a decisão recorrida não tenha fundamentado devidamente os factos que deu como assentes e a que estava obrigado por força da própria lei, nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 412º n.º 2 al. a) CPP. Nem que o Tribunal tenha apreciado a prova produzida em julgamento de forma discricionária e subjectiva.

Da leitura da mesma alcança-se sem esforço qual o fio lógico que levou à condenação da recorrente, pelo que não se trata de uma decisão arbitrária e contrária às regras da experiência. Como refere o Ac. do S.T.J. de 12 de Abril de 2000, no proc.º 141/2000-3ª, “(...) *Não dizendo a lei em que consiste o exame crítico das provas, esse exame tem de ser aferido com critérios de razoabilidade, sendo fundamental que permita avaliar cabalmente o porquê da decisão e o processo lógico-formal que serviu de suporte ao respectivo conteúdo*”.

Relativamente à eventual inconstitucionalidade do mencionado art.º 75.º do RGCO, repetem-se aqui as considerações expendidas relativamente às garantias constitucionais relativamente aos processos criminais e aos processos contra-ordenacionais constantes do Ac. Rel.Coimbra de 18 de Janeiro de 2006, n.º3623/05, citado pela AdC a fls 32 dos autos, e que se desenvolvem em 3.5. *infra*.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

h

Não se verifica qualquer "severa diminuição de garantias de defesa" da recorrente, que viu as suas alegações sindicadas por dois tribunais, onde se inclui este após a decisão da autoridade administrativa.

Nem por isso se encontram violados os art.s 32.º n.º 1, 20.º n.ºs 1 e 4 da Constituição da República.

Sobre a questão levantada pela recorrente relativamente à apreciação da Portaria nº 297/98 de 13 de Maio:

Determina a Portaria supra referida que "Ficam sujeitos à obrigatoriedade de indicação de preços a que se refere o artº 10 do DL 138/90 de 26/4, os serviços prestados pelos médicos. Os preços das consultas e demais actos médicos, actualizados de acordo com o CNVRAM da Ordem dos Médicos, devem ser expostos nos consultórios, hospitais, clínicas ou outras unidades de saúde não integradas no SNS, de forma clara, visível e em local acessível aos utentes."

A mencionada Portaria estende a obrigatoriedade de afixação de preços, prevista no DL 138/90 de 26/4, imposta com o intuito de protecção do consumidor ao permitir-lhe conhecer e comparar os preços existentes no mercado, assim garantindo transparência nos serviços prestados pelos médicos.

As entidades referidas na dita Portaria estavam obrigadas a *afixar* os preços que praticam nas suas instalações. A OM não estava autorizada a *fixar* preços para serem praticados pelos médicos inscritos, no exercício da sua actividade profissional.

Assim enquanto a afixação de preços se destina a beneficiar os consumidores e o mercado, a fixação de preços tem o objectivo e o efeito de prejudicar os consumidores, privando-os da possibilidade de beneficiarem de preços mais baixos gerados pela livre concorrência entre os operadores.

Não é, pois, aceitável o entendimento pretendido pela recorrente de que a existência da Portaria (e das respectivas sanções em caso de incumprimento) de algo modo induziria a OM a praticar a contra-ordenação pela qual foi sancionada.

Aliás resulta da dita Portaria que, quando esta menciona o CNVRAM da OM, se está a referir à identificação dos actos médicos, e não a obrigar aos preços da tabela de honorários aprovada por esta.

Concluimos assim pela inexistência de nulidade de sentença por omissão de pronúncia ou de erro notório na apreciação da prova, nem de quais quer outros vícios constantes do art.º 410.º do C.P.Penal.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

3.3. Incompetência legal da entidade administrativa para punir a recorrente OM.

De acordo com os Estatutos da AdC (DL n.º 10/2003 de 18 de Janeiro) esta tem por missão assegurar as regras da concorrência em Portugal, no respeito pela economia de mercado e da livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na lei e nos presentes estatutos – artº 1.

A AdC é uma entidade de direito público, de natureza institucional e independente no desempenho das suas funções, com a missão supra referida, que inclui a legislação nacional e comunitária.

Os artºs 6 e 7 contêm os poderes da AdC.

Nestes estão incluídos os de supervisão, de regulamentação e de sanção. Existe ainda uma obrigação de prestação de informações por parte das empresas e de colaboração das autoridades públicas com a AdC.

Tal como está legalmente estabelecida, a AdC tem, pois, poderes amplos para o desempenho das suas funções.

Tal como o legislador entendeu criá-la, a AdC exerce os seus poderes relativamente a todas as actividades económicas exercidas com carácter permanente ou ocasional nos sectores privado, público e cooperativo – Lei 18/2003

Aliás é o próprio preâmbulo do diploma que assinala o carácter transversal da AdC, ao dizer que " O primeiro traço característico desta nova entidade é o seu carácter transversal, no que respeita à missão de defesa da concorrência: a nova Autoridade terá pois a sua jurisdição alargada a todos os sectores da actividade económica".

O sector público não está excluído.

O RGCO estabelece que as coimas se podem aplicar tanto às pessoas singulares, como às pessoas colectivas bem como às associações sem personalidade jurídica – artº 7º 1.

Nenhuma distinção é feita entre pessoas colectivas públicas ou privadas. E as regras jusconcorrenciais são aplicáveis tanto ao sector público como ao privado.

A OM é uma pessoa colectiva pública, uma ordem profissional, com competência delegada pelo Estado para regulamentar a actividade médica, na sua acepção deontológica.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Contudo, tal não a afasta da jurisdição da AdC, quando, deixando de se comportar como ordem profissional, actua sobre e no mercado alterando-lhe as regras de modo não permitido, como qualquer associação de empresas.

A AdC não tem jurisdição sobre a OM, sem mais. Tem-na apenas quando, e na medida em que esta, viola regras legais da concorrência. Aliás a condenação da OM foi efectuada no âmbito de uma decisão da mesma, formada como "associação de empresas" nos termos e para os efeitos do artº 4 da Lei 18/2003 e do artº 81 do Tratado, bem como da prática da Comissão Europeia e do TJCE.

E as Ordens Profissionais, como associações – de inscrição obrigatória aliás – constituem-se, consequentemente, como associação de empresas, às quais é aplicável o direito da concorrência, inclusive na sua vertente sancionatória.

Por outro lado, a Ordem dos Médicos não é uma Entidade de Regulação Sectorial na área da saúde, pelo que não se aplica a relação de colaboração com a AdC, conforme pretende a recorrente.

Existe, efectivamente uma ERS, no sector da saúde, o que por si, afasta desde logo a qualificação da OM como tal.

Tal conclusão decorre ainda, com mais naturalidade, das próprias funções da OM, que se destina a fomentar e defender os interesses da profissão médica a todos os níveis, nomeadamente no que concerne à promoção sócio-profissional e à segurança social (e não às relações laborais).

As entidades de regulação sectoriais têm necessariamente características de imparcialidade e isenção, quer do ponto de vista orgânico, quer funcional, que a OM, por definição – apesar da sua independência – não possui, pois destina-se a representar e promover os interesses colectivos de um grupo de profissionais.

Assim, a OM enquanto representante da classe médica nos termos já definidos, é uma parte interessada, pelo que não poderá ser considerada uma ERS.

A recorrente refere ainda que a própria lei inviabiliza a sua aplicação à OM, pois não se poderá proceder à identificação das empresas participantes, nem dos titulares do negócio, para calcular a medida da coima que será "10% do volume agregado anual das empresas associadas".

Mas trata-se de um falso argumento, uma vez que a lei claramente determina que os destinatários das sanções são as próprias associações de empresas, reconduzindo apenas a medida da coima ao volume das empresas associadas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Pelo exposto, a entidade administrativa (AdC) tem competência para sancionar a recorrente, tendo decidido acertadamente o Tribunal a quo.

3.4. Ausência de parecer da ERS (Entidade Reguladora da Saúde)

Pretende a recorrente, ter existido violação de lei por a AdC não ter efectuado qualquer comunicação à ERS, baseando-se no disposto no artº 29.º da Lei 18/2003 que diz que " ... sempre que a Autoridade tome conhecimento ...de factos ocorridos num domínio submetido a regulação sectorial e susceptíveis de serem qualificados como práticas restritivas da concorrência, dá imediato conhecimento dos mesmos à autoridade de regulação sectorial competente em razão da matéria, para que esta se pronuncie num prazo razoável fixado pela Autoridade".

Estaria, então, em causa a ERS criada pelo DL 309/2003 de 10/12, que tem por objecto "a regulação, a supervisão, e o acompanhamento ... da actividade dos estabelecimentos, instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde".

Mas os Estatutos da própria ERS são claros a excluir da sua área de regulação " ... os profissionais de saúde no âmbito das atribuições das respectivas Ordens ou associações profissionais".

Ora, o que se discute nestes autos é uma conduta da OM, no domínio da fixação de critérios para o regime de cálculo dos honorários médicos, conjugando o Código Deontológico e o CNVRAM e RLH, o que se encontra claramente subtraído à regulação sectorial da área da saúde.

E não há nesta delimitação da matéria dos autos, qualquer contradição de raciocínio, pois resulta claramente dos autos e da própria lei.

Para esta apreciação a ERS não é competente, logo não era devida qualquer comunicação, inexistindo qualquer omissão ou violação de lei.

O facto da ERS ser uma entidade reguladora do sector da saúde não significa, no entanto, que a mesma possa ser subsumível ao conceito de "autoridade reguladora sectorial" a que se refere o referido artigo 29.º da Lei da Concorrência, e, *maxime*, que devesse ser consultada pela AdC no âmbito do processo contra-ordenacional que deu origem à decisão recorrida.

A ERS não se encontra entre o elenco de entidades previstas no invocado artigo 6.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro. Pese embora tal elenco não se afigure taxativo, certo é que o legislador entendeu não indicar esta entidade entre as autoridades reguladoras sectoriais passíveis de articulação



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

com a Autoridade da Concorrência, o que deverá, pois, ser devidamente ponderado para efeitos de interpretação da previsão do artigo 29.º da Lei da Concorrência e, especificamente, do mesmo constante.

Os estatutos da ERS permitem concluir, sem margem para dúvidas, que, para a matéria versada na decisão objecto de apreciação, a ERS não é "*competente em razão da matéria*" e, bem assim, que o "*domínio*" das normas deontológicas da profissão médica, aprovadas pela Ordem dos Médicos, especificamente, as relativas a honorários, não poderá considerar-se "*submetido a regulação*", antes encontrando-se expressamente excluído pelo legislador no artigo 8.º dos estatutos da própria entidade reguladora. Afigura-se notório que o estabelecimento dos critérios de cálculo de honorários pela prestação de serviços médicos se encontra inserto nas atribuições da Ordem dos Médicos, estando, aliás, previstos no respectivo Código Deontológico aprovado pela Recorrente.

Assim sendo, é inquestionável que a ERS não tem quaisquer competências regulatórias face a tal matéria, porquanto a mesma se insere "*no âmbito das atribuições das respectivas ordens*". Note-se, aliás, que a própria Recorrente, no decurso do processo contra-ordenacional, bem como nas suas alegações, vem mesmo corroborar a posição ora assumida, afirmando, expressamente, a sua competência em matéria de orientações deontológicas da profissão e, mais concretamente, do estabelecimento de critérios de cálculo de honorários.

Acresce o facto de não poder a alegação da Recorrente a este propósito ser, agora, apreciada pelo Tribunal de Comércio. Com efeito, não tendo invocado a Ordem dos Médicos, ora Recorrente, a alegada preterição de consulta da ERS no decurso do processo de contra-ordenação que originou a decisão ora recorrida, não poderá a mesma vir invocá-la nesta sede, porquanto se afigura essa invocação manifestamente extemporânea. Tal é o que resulta dos princípios e normas que regem o processo contra-ordenacional, sendo, mesmo, o entendimento do Venerando Supremo Tribunal de Justiça, o qual, no seu Acórdão de 6 de Julho de 2006, processo n.º 06P1383, relativo a um processo contra-ordenacional movido pela Comissão Nacional de Eleições.

3.5. Ausência de auditor/instrutor independente



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Alega também a recorrente que a lei foi violada por não existir qualquer separação entre instrução e decisão, conforme exige a Constituição da República Portuguesa e sucede na Comissão Europeia.

Conforme se refere na sentença recorrida, as infracções às normas da Lei 18/2003 de 11/6 e às normas comunitárias, constituem contra-ordenação, nos termos do artº 42, puníveis com coima - artº 43 - seguindo o regime das contra-ordenações, previsto no DL 433/82 de 27/10, com as subsequentes alterações, com as especificidades previstas na citada lei da concorrência.

Assim, sendo aplicável o regime das contra-ordenações, apenas subsidiariamente (artº 41 do RGCO) se usaria o CPP.

Desta forma, e relacionando hierarquicamente as fontes de direito, teríamos primeiro a Lei da Concorrência, o RGCO e por último o CPP.

Tal como o legislador estabeleceu, os poderes de instrução e de decisão encontram-se, no que à disciplina da concorrência concerne, entregues à mesma entidade.

O que não implica, forçosa e directamente, diminuição de garantias de defesa.

Mesmo tendo em conta que o legislador entendeu criar um ramo de Direito, com características penais, mas reservado a ilícitos de menor ressonância ética, e que não se equiparam - em absoluto - aos ilícitos penais.

Como refere a sentença recorrida, citando o Ac. TC nº 278/99 que diz que "No domínio do processo contra-ordenacional, este Tribunal tem-se pronunciado no sentido de uma não estreita equiparação entre esse ilícito e o ilícito criminal (v. Ac TC nº 158/92)" apesar de sublinhar " ... 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 TC 469/97".

E a própria jurisprudência do TC citada pela recorrente mais ressalta este aspecto, pois confirma "A diferença de princípios jurídico-constitucionais, materiais e orgânicos, a que se submetem entre nós a legislação penal e a legislação da contra-ordenações reflete-se no regime processual próprio de cada um desses ilícitos, não exigindo um exacto paralelismo com os institutos e regimes próprios do processo penal, inscrevendo-se assim no âmbito da liberdade de conformação legislativa própria do legislador ..."



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Mas aos arguidos em processo de contra-ordenação são asseguradas as duas exigências constitucionais de garante dos seus direitos – o direito à defesa e o direito a audiência – artº 32 da CRP – o que ocorreu nestes autos.

A este propósito, segue-se o entendimento – baseado na lei e nos princípios do nosso ordenamento jurídico – referido no AC do Tribunal da Relação de Coimbra (3623/05 de 18/1/2006) que diz " ... No âmbito dos direitos e deveres fundamentais dispõe o artº 32.º nº 10 da Constituição que nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e de defesa.

Por sua vez em relação ao processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso – artº 32.º nº 1.

O nº 10.º do art.º 32.º da CRP, garante aos arguidos em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência de defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas. A defesa pressupõe a prévia acusação, pois 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. O direito de se defender é por muitos considerado um princípio de direito natural de qualquer tipo de processo, uma exigência fundamental do Estado de Direito material .

Do exposto resulta que as diferenças entre o processo penal e o processo contra-ordenacional são de monta.

Ao primeiro são garantidas todas as defesas, sem excepção das que estão contempladas no preceito constitucional, como seja a presunção de inocência, defesa oficiosa, instrução, audiência de julgamento necessária, presença do arguido, critérios apertados de obtenção de prova, intervenção necessária de um tribunal, etc.

Aos segundos, apenas a necessária audição e possibilidade de defesa.

A constitucionalidade do regime de contra-ordenações, está desde logo assegurada pelo artº 50.º que estabelece 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."



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por outro lado, a introdução dos autos em Juízo, pelo Ministério Público, em acto equivalente à acusação penal, coloca de novo tudo em discussão, sendo necessário produzir prova sobre toda a decisão da entidade administrativa.

Pelos mesmos motivos não tendo havido violação dos direitos e interesse legalmente protegidos dos cidadãos, inexistente qualquer violação do artº 266.º da Constituição.

Por último cumpre rectificar que "as regras vigentes na Comissão Europeia" igualmente estabelecem que seja a Comissão Europeia a instruir e decidir os processos sancionatórios, não se verificando assim a alegada diferença de procedimentos ou afectação grave da constitucionalidade das decisões da AdC.

"No âmbito dos processos contra-ordenacionais, a respectiva decisão da entidade administrativa, "instrutora" e "decisora" do processo, quando impugnada judicialmente, mediante recurso, convola-se em mera acusação, deixando, pois, de fazer sentido a dicotomia instrução/decisão, ficando, desse modo, totalmente afastados quaisquer receios de défice de salvaguarda das garantias de defesa dos arguidos nesses processos. A decisão passará, assim, a ser da competência do tribunal competente.

Fica, pois, totalmente ultrapassada a argumentação da Recorrente, sendo inequívoca a inexistência de qualquer violação dos artigos 39.º e 40.º do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 2 do RGCO, e, bem assim, qualquer inconstitucionalidade dos artigos 17.º, 19.º e 22.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, face ao disposto nos artigos 32.º, n.º 10 e 266.º, n.º 2 da CRP".

3.6. Incompetência da AdC para aplicar coimas por força do artº 81.º do Tratado da CE.

Alega a recorrente que a AdC não tem competência para aplicar coimas a condutas que violem o direito europeu da concorrência, ou seja que o artº 23.º do Regulamento CE 1/2003 se restringe a decisões da própria Comissão Europeia.

Refere contudo o artº 5.º do mesmo Regulamento que "As autoridades dos Estados Membros e matéria de concorrência têm competência para aplicar, em processos individuais, os artº 81.º e 82.º do Tratado. Para o efeito podem ... aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respectivo direito nacional ..."



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por seu turno o artº 6.º n.º 1 g) do Estatuto da AdC dispõe que lhe incumbe " ... exercer todas as competências que o direito comunitário confira às entidades administrativas nacionais no domínio das regras da concorrência aplicáveis às empresas ..."

Mas mesmo que os fundamentos invocados não se mostrassem suficientes, a norma do art.º 5.º do Regulamento 1/2003 CE é – face à AdC – uma norma atributiva de competência suficiente para efeitos de aplicação de "coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respectivo direito nacional", sendo igualmente uma norma remissiva para este sistema.

Assim sendo, não se mostra violado o princípio da legalidade, conforme é pretendido pela recorrente, face ao estatuído pelo artº 18.º n.º 2 da Constituição, pois o artº 5.º do Regulamento claramente prevê a competência da AdC para a aplicação de sanções em caso de infracção às regras comunitárias.

3.7. Enquadramento fáctico-jurídico.

Encontram-se preenchidos os elementos objectivos e subjectivos que sustentaram a condenação da *Ordem dos Médicos* pela prática da contra-ordenação prevista e punida nos art.ºs 4º n.º 1 al. a) e 43.º n.º 1 al. a) da Lei 18/2003 de 11.06 e 81º n.º 1 al. a) do Tratado CE.

a) associação de empresas / direito administrativo / fins prosseguidos pela Ordem dos Médicos.

"Prevê o artº 4 da lei 18/2003 que "São proibidos ... as decisões de associações de empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em 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".

Quando se fala de empresa ou de associação de empresas, para efeitos de apreciação de decisões ilegais face à Lei da Concorrência claro está que não nos referimos, exclusivamente, a entidades organizadas e registadas como tal.

O preceito citado claramente refere que tais associações podem ter qualquer forma.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

E assim, talvez esta clarificação – resultante afinal da própria lei – afaste a estranheza de a OM poder ser sancionada nessa qualidade, ou seja por ter tomado uma decisão como "associação de empresas".

Por se referir a situação idêntica, reveste-se de utilidade recordar o teor da sentença proferida no procº 1307/05.6 do 2º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, a propósito da Ordem dos Médicos Dentistas.

" ... 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.

A aprovação pela assembleia geral da OMD de um Código Deontológico bem como a aprovação pelo respectivo Conselho Directivo de uma tabela de Nomenclatura e de valores Relativos são, indiscutivelmente, decisões de uma associação de empresas. Trata-se, com efeito, em ambos casos, de resoluções aprovadas por órgãos sociais da OMD, órgãos que a representam e vinculam, destinadas a todos os seus associados e tomadas no âmbito da defesa dos seus interesses. Logo, são decisões de uma associação de empresas.

Face a esta factualidade podemos concluir que os médicos dentistas inscritos na OMD são operadores económicos que prestam serviços num determinado mercado (da saúde oral) podendo exercer essa actividade de forma dependente ou independente, auferindo uma remuneração pelos serviços que prestam.

Consequentemente, é manifesto que os médicos dentistas, enquanto profissionais liberais, exercem uma actividade económica e constituem empresas na acepção do citado artº 2.

Desta forma, não se pode concordar com as objecções levantadas pela recorrente, desde logo quanto à noção de "empresa" e de "associação de empresas".

A este nível – e conforme é mencionado na douda sentença recorrida - foi entendido que constitui actividade económica, qualquer actividade que se traduza na oferta de bens ou serviços num determinado mercado (ac. TJ 18/6/98 Comissão/Itália 35/96 Colect. P 3851), que o conceito de empresa abrange qualquer entidade que desenvolva uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de funcionamento (Ac de 23/4/90 Hofner e Helsen 41/90 Colect. P I 1979, nº 21 Ti 17/2/93 Pucet e Pistre 159/91 e 160/91 Cole P I, nº 637, nº17, TJ Fédération Française des Sociétés d'Assurance 244/94, Colect. PI 4103, nº 14).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

E o mesmo resulta do Acórdão do TJCE de 19/2/2002 Wouters C-309/99 Colect. 2002.

Também no mesmo sentido vão várias decisões da Comissão Europeia, remetendo-nos para o elenco citado pela AdC nas suas alegações.

A assunção dos profissionais liberais à categoria de empresa para efeitos da aplicação do direito da Concorrência, resulta ainda de doutrina nacional, tendo a esse propósito a AdC nas suas alegações, citado a obra e a opinião de Carolina Cunha, que igualmente se perfilha.

Diz a citada autora, resumidamente que " ... Está em causa uma aceção de empresa em sentido subjectivo ... qualquer sujeito que juridico que exerce uma actividade económica e que tem a possibilidade de, através do seu comportamento, isolada ou concertadamente, impedir, falsear ou restringir a concorrência...merecendo os seus profissionais liberais o qualificativo jusconcorrencial de empresas, a respectiva associação numa ordem profissional deva ser tratada como associação de empresas".

Pretende a recorrente que as decisões da OM, se erradas, deveriam ser sindicadas pelos tribunais administrativos, censurando o acto administrativo de onde emanavam.

Contudo, tal não corresponde nem à questão suscitada nem à lei aplicável.

A OMD é uma ordem profissional, isto é, uma entidade criada com o objectivo de controlar o acesso e o exercício de uma determinada profissão (médico dentista) com o intuito primordial de representar os interesses profissionais dos seus associados. Para exercer a referida profissão é obrigatória a inscrição na Ordem, tendo esta por missão, entre outras, velar pelo cumprimento das regras reguladoras da profissão e sancionar os comportamentos que as violaram. Trata-se, pois, de uma pessoa colectiva de direito público, criada para assegurar a prossecução de certos interesses públicos, que se apresenta como uma associação de empresas e a quem, por força dos citados artºs 2 e 3 é aplicável o regime jurídico da concorrência."

No mesmo sentido se encontram as sentenças proferidas nos procº 1302/05 (Ordem dos Médicos Veterinários) e 3/2001 (Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas) também do Tribunal do Comércio de Lisboa.

Ora o mesmo raciocínio se aplicou – correctamente – à situação em apreço nestes autos, por ser idêntica.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A tal nada obsta – conforme já foi anteriormente referido – a qualidade de pessoa colectiva pública da recorrente, pois o artº 1 da Lei da Concorrência claramente dispõe que esta se aplica " ... a todas as actividades económicas exercidas ... no sector ... público ...".

Aliás já anteriormente à actual Lei da Concorrência, desde a entrada em vigor do DL 422/83 de 3/12, era este o entendimento seguido quanto às ordens profissionais.

Tal é o que resulta do Parecer nº 3/85 do Conselho da Concorrência de 11/12/1985 publicado no DR nº 226 II série, 3º suplemento de 1/10/1986, no qual se afirmava a possibilidade de apreciar a decisão dos médicos radiologistas em passara a cobrar a um determinado tipo de clientes, pelos serviços prestados, o quantitativo previsto na tabela da referida Ordem, dizendo " ... no que respeita à qualificação do médico como agente económico, decisiva para a aplicação ... não devem levantar-se objecções: mesmo que se aceite uma concepção restrita de agente económico ... a prestação de um serviço médico com carácter profissional é uma actividade económica, pelo que quem a pratica não pode deixar de ser qualificado como agente económico ... ou como empresa" e concluindo que "... o comportamento dos médicos, no exercício da profissão liberal, e as decisões da OM, na medida em que digam respeito às condições de remuneração dos serviços prestados, são susceptíveis de serem apreciados à luz das disposições do DL 422/83 de 3/12".

E igualmente, e ao contrário do que pretende a recorrente, tem sido esse o entendimento comunitário.

Assim, e conforme refere a autora já citada " ... *Atendendo ao regime globalmente aplicável às ordens profissionais, a aplicação ora do Direito Administrativo ora do Direito Privado dependerá, no silêncio da lei, do tipo de actividade que haja de ser prosseguida – se se tratar de exercer poderes públicos, regerá o primeiro; caso contrário, poderá lançar-se mão do segundo (D. Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo cit. pag 409-410). Ora não nos parece que as vertentes da auto-regulação proveniente das ordens que de seguida passaremos em revista (com excepção da obrigatoriedade de inscrição) correspondam propriamente ao exercício de poderes públicos.*

A auto-regulação relativa à fixação de honorários, a proibições de publicidade, à repartição de mercados, à interdição de sociedades multidisciplinares, etc, parece incluir-se, isso sim, na chamada actuação das ordens



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

profissionais "frente ao Estado" pautada pela defesa dos seus interesses de grupo ou de classe (G. Ortiz/J. Souvirón, Constitución Y colégios profesionales. Una reflexión sobre as corporaciones representativas cit. p. 139).

Na realidade, como também referem Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira in "Código de Processo nos Tribunais Administrativos Volume I – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais – Anotados 2004, pag. 26 – *"É preciso não confundir os factores de administratividade de uma relação jurídica com os factores que delimitam materialmente o âmbito da relação administrativa .."*

Não colhe, pois, o argumento da recorrente de que, sendo uma pessoa colectiva pública, apenas pelos Tribunais Administrativos e Fiscais, poderão os seus actos ser fiscalizados, pois não se encontra em causa qualquer actividade administrativa, mas sim uma conduta que infringe as regras da concorrência e que, como tal, se encontra abrangida pelas normas a esta atinentes.

Por outro lado, a fixação de uma tabela de honorários com carácter vinculativo pela OM, não corresponde à prossecução de qualquer fim ínsito nas suas atribuições e muito menos corresponde à prossecução de qualquer fim público.

Por fim relembre-se a tentativa completamente descabida de confundir (e de pretender confundir) afixação de preços com fixação de preços, sobre a qual já nos pronunciamos, mas que se repete ser totalmente infundada como pretexto para alegadamente "justificar" o comportamento da recorrente.

Praticamente todos os operadores económicos são obrigados a afixar os seus preços, não a previamente vê-los fixados ..."

b) mercado relevante

"Assim, conforme aponta a decisão recorrida, para efeitos de análise dos autos e independentemente do exercício da Medicina noutros mercados, o mercado a considerar será, pelo lado da oferta, o da prestação dos serviços de saúde pelos médicos que exerçam essa actividade em território nacional, enquanto profissionais liberais, inscritos obrigatoriamente na OM, e pelo lado da procura, todos aqueles que procurem esses serviços.

Assim definido, e tendo em conta o já referido a propósito da obrigatoriedade de inscrição na OM para todos os médicos que queiram exercer Medicina em Portugal, bem como a sua sujeição ao Código Deontológico e ao De Nomenclatura e Regulamento dos Laudos, resulta óbvio que esse mercado coincide, em termos geográficos com o território nacional.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Se isto não suscitou divergências, já a decisão a propósito da permutabilidade e a substituíbilidade dos mercados, aparecem à recorrente como uma "desconsideração de mercado relevante" da qual se deveriam retirar as devidas ilações (embora não diga quais).

Ora conforme se sustenta na decisão recorrida, essa "concorrência" resultante da tal permutabilidade ou substituíbilidade entre serviços prestados por médicos no regime de profissão liberal e serviços médicos prestados por médicos funcionários públicos, inseridos em subsistemas de saúde, o convencionados ou ainda serviços médicos prestados por profissionais não-médicos legalmente habilitados a prestarem tais serviços (ex. odontologistas, meios auxiliares de diagnóstico), não influencia de forma significativa as condições de venda no mercado.

Em nada retira o carácter ilícito da fixação de preços pela OM relativamente aos médicos que trabalhem em regime liberal, podendo inclusive, prejudicá-los (tal como aos doentes) ao impossibilitá-los de estabelecerem preços mais baixos, para competirem com as ditas outras soluções médicas alternativas.

Na realidade, a própria organização dos ditos sistemas alternativos impede a proliferação da permutabilidade, pois o acesso aos mesmos está dependente ou do pagamento de uma taxa moderadora, no caso do SNS, ou do pagamento do prémio previsto na apólice, no caso de contrato de seguro médico ou de se exercer determinada profissão, se ter inscrito no subsistema de saúde respectivo e de pagar os respectivos descontos.

Estes utilizadores não rivalizam com os considerados na decisão da AdC, ou pelo menos não em termos genéricos.

São, por assim dizer, mercados paralelos, não excluindo no entanto que um consumidor que seja forçado a ir ao mercado da prestação de serviços médicos em regime liberal, não fique também prejudicado pela uniformização dos preços."

c) entidade reguladora / restrição da concorrência

"Pretende a recorrente ser uma ERS e, como tal, afastada da possibilidade de ser sancionada por infracções à Lei da Concorrência, por se encontrar em paralelo com a AdC.

Contudo e conforme já se referiu, a OM não é nem pode ser considerada uma ERS, não só por já existir uma na área da saúde, como porque as suas atribuições, de defesa dos interesses dos profissionais da Medicina lhe retiram as características de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

h

independência orgânica e funcional e de imparcialidade, na medida em são definidoras da actividade de regulação.

Pelo contrário da OM espera-se que, no âmbito da autoridade que o Estado lhe atribuiu, proteja, sobretudo a nível deontológico, a classe profissional que representa.

Pois sendo certo que o Estado lhe estendeu parte da sua autoridade, confiando-lhe o desempenho de determinadas tarefas, na área da protecção e valorização da profissão médica, com poder sancionatório relativamente a comportamentos desviantes da ética inerente e indispensável ao desempenho da profissão, não lhe concedeu poderes nem de regulação do sector da saúde (porquê a uma corporação entre as várias que existem na área da saúde ?) nem lhe permite a subversão das regras jusconcorrenciais, quando - extravasando as suas funções — interfere no mercado, fixando preços.

Este aspecto prende-se com a questão seguinte.

Quanto ao objectivo da decisão de fixação de preços, diz a recorrente que tal se destinava a proteger os doentes, não tendo sido ponderado ou decidido em seu benefício, visando tal tabela " ... apenas salvaguardar a qualidade, a dignidade e a nobreza da profissão para que os doentes, destinatários últimos, tenham ao seu dispor os melhores profissionais e os melhores cuidados possíveis".

E para frisar este ponto, a recorrente cita o caso Wouters, mais precisamente a sua "excepção" quando é dito que "Importa, todavia, sublinhar que qualquer acordo entre empresas ou qualquer decisão de uma associação de empresas que restrinja a liberdade de acção das partes ou de uma delas, não fica necessariamente sob a alçada da proibição do artº 85 nº 1 do Tratado. Com efeito, para efeitos de aplicação desta disposição a um caso concreto, há que antes de mais, atender ao contexto global em que a decisão da associação de empresas em causa foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos ..." pretendendo que a decisão da OM, mesmo que se entendesse ilegal seria necessária para garantir o bom desempenho da profissão e a equidade no acesso à saúde.

Mas neste caso, não se verifica a excepção Wouters, pois aquela demonstração não foi feita. Pelo contrário, como ficou patenteado nestes autos.

Se assim fosse, apenas nos países em que os preços dos actos médicos fossem previamente tabelados, estaríamos perante o correcto desempenho da Medicina e da prestação dos melhores cuidados médicos aos doentes.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Ora, pelo mundo fora, encontram-se várias soluções para essa questão, não sendo possível determinar que o desempenho médico seja afectado, decisivamente, pela remuneração.

Podemos deparar-nos com países onde o exercício da Medicina é essencialmente privado e encarado como um negócio, onde os preços são livremente praticados, sujeitos às regras do mercado, havendo excelentes profissionais, inclusive com procura internacional e outros países, onde o exercício da Medicina é completamente estatizado e os médicos são remunerados apenas com um salário, nem sempre adequado, nestes havendo igualmente excelentes profissionais, também com procura internacional.

A remuneração não afecta o desempenho da profissão médica, em termos de a comprometer no seu essencial.

Até porque pode ser gratuita, e ainda assim, excelente.

Pode ser mais ou menos justa, por cobrir mais ou menos o esforço, o investimento, a dedicação, mas não faz parte das normas deontológicas sem as quais a profissão não pode, nem deve existir, sem a qual não é concebível o exercício da Medicina.

As normas essenciais ao exercício da Medicina prendem-se com o núcleo da prática médica, ou seja no relacionamento com os pacientes, impedindo a exclusão de tratamento por motivos de raça, credo, filiação política, a obrigatoriedade de prestar assistência médica a todos que dela necessitem, o juramento, o dever de sigilo, etc.

Sem o cumprimento destas regras, dificilmente se poderia exercer a Medicina, em condições aceitáveis ou alcançar o necessário equilíbrio entre a invasão da vida humana e os benefícios daí resultantes na reposição da saúde.

Com elas se elaborou o Código Deontológico, de obediência inquestionável e de incumprimento sancionável pela OM.

Incluir entre estas normas, uma tabela de honorários obrigatória e pretender que esta é necessária ao desempenho da Medicina, e que a actividade médica seria gravemente afectada sem a mesma, não pode ser aceite.

Não é pois a dignidade nem a qualidade do acto médico que motivaram a aprovação da tabela vinculativa de honorários mínimos e máximos e a fixação de preços não se afigura um modo de salvaguardar os direitos dos doentes, já que os



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

impede de beneficiarem dos efeitos da livre concorrência na fixação dos preços ao consumidor.

Conforme refere a AdC nas suas alegações, tanto a jurisprudência nacional (sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, no caso já referido dos CTOC) como a prática comunitária, acentuam a independência entre a qualidade do acto prestado e o pagamento por ele recebido.

No primeiro caso é dito que "... fazer sentir ... que os acordos sobre preços não são necessários para garantir a ética, a dignidade profissional, a reputação da profissão em geral, a competência profissional ou a qualidade das prestações.

... A fixação de honorários mínimos não garante de per si a qualidade dos serviços prestados, mas antes a inspecção e a responsabilização dos prevaricadores".

E diz a Comissão que " ... A fixação de honorários mínimos não só não se afigura uma medida inapta para garantir a qualidade do serviço em benefício dos consumidores e da dignidade da profissão como pode ter efeitos contraproducentes nesse domínio... dificulta que os profissionais recém-chegados utilizem o factor preço como arma concorrencial ... e não permite que os agentes económicos mais eficientes traduzam essa sua virtude na prática de preços mais baixos, desincentivando assim a busca da eficácia (que não é incompatível com a manutenção de padrões de qualidade), em detrimento dos consumidores e da própria imagem da profissão".

Argumenta a recorrente que a saúde não é um mercado qualquer e que não reage como os demais.

Para tanto, afirma como verdade incontestável que, neste aspecto da vida, os consumidores (doentes) estarão dispostos a pagar qualquer preço para obter o melhor tratamento possível, podendo muitas vezes interpretar "o mais caro como o melhor".

Contudo, embora seja evidente que a saúde não constitui um mercado indiferenciado, não é possível firmar, de modo absoluto, que todos os consumidores -doentes actuarão pela forma descrita.

Poderão fazê-lo em questões de vida ou de morte, mas nos cuidados mais triviais, rotineiros ou de alguma simplicidade, os consumidores procurarão, sem dúvida, a combinação preço/resultado mais favorável.

E nesse momento, serão ou poderão ser prejudicados pela uniformização dos preços no mercado, que lhes limita a possibilidade de escolha, nos termos supra expostos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Os honorários mínimos não são um garante da qualidade mínima para o serviço médico, já que todos os médicos, estando inscritos na OM, estão vinculados ao cumprimento do respectivo Código Deontológico.

Por outro lado, os honorários máximos não são necessários à protecção dos consumidores, pois além de impedirem a negociação (nos casos em que esta seja possível) podem colocar-se acima dos níveis concorrenciais de mercado e cristalizar em montantes artificialmente elevados.

A isto acresce ainda o risco de os médicos se verem tentados a proceder a uma redução dos custos para maximização dos lucros, em jeito de compensação da impossibilidade de elevar os preços e acompanhar o mercado.

Ao referido não obsta a possibilidade de serem prestados serviços médicos de forma gratuita, pois estes (certamente em número não significativo) não estão naturalmente visados pela decisão da AdC e igualmente poderiam existir num regime sem fixação de preços.

Do mesmo modo, não obsta à ilegalidade da medida aprovada pela OM, o facto de os montantes dos honorários não terem sido alterados desde 1997 pois tal, além de em nada alterar a ilegalidade da conduta, demonstra o risco da cristalização dos preços e do seu afastamento das regras do mercado.

Cabe ainda salientar que nenhuma objecção é feita ao Código de Nomenclatura "enquanto instrumento de referência na caracterização da terminologia e respectiva codificação dos actos médicos e procedimentos", tal como inexistente similitude possível entre os preços fixos por Portaria no caso dos actos notariais e a fixação de preços levada a cabo pela OM, uma vez que o primeiro caso constitui uma fixação estatal, efectuada pelo Estado, no âmbito das suas atribuições de Estado Previdência que optou por exercer e no segundo caso a OM usurpa funções do Estado (que este não achou oportuno exercer).

Pois à OM, com excepção das suas específicas (e muito importantes) funções de representação da classe médica, em termos deontológicos, de valorização profissional e poderes sancionatórios, não lhe compete desenvolver as atribuições constitucionais do direito à saúde.

Essa incumbência pertence ao Estado, que de acordo com as escolhas politicamente feitas, pode entregá-la ao sector estatal, ao sector privado ou a ambos em variadas conjugações.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Nestas considerações, passamos já do objectivo para os efeitos da conduta restritiva da concorrência adoptada pela OM, pois os dois aspectos estão interligados.

Descrito o que se entende por mercado para este efeito, constata-se, pois, que a fixação de preços tem também como efeito a limitação da concorrência.

Tal efeito surge com a mera indicação de preços; muito mais notório se torna com a fixação vinculativa e sancionável em caso de incumprimento.

Tal como bem refere a sentença recorrida, "... Tratando-se de preços máximos, a fixação dos mesmos permite ao concorrente saber qual o "tecto" de preços fixados pelo concorrente, aproximando os preços praticados ao mesmo, independentemente do jogo do mercado.

A ausência de fixação de preços, apresentaria desde logo a vantagem de permitir a diminuição dos preços dos serviços prestados, até ao mínimo adequado à retribuição desses serviços.

Tratando-se de preços mínimos, a fixação dos mesmos permite ao concorrente saber o "mínimo" que o concorrente fixará, limitando a autonomia entre os agentes económicos e impedindo que os mesmos fiquem mais baixos. Essa fixação permite igualmente que se reforcem os obstáculos à entrada de novos concorrentes no mercado."

A este propósito refere a recorrente que não foi demonstrada e existência de efeitos anti-concorrênciais provenientes da decisão da OM.

Tal não corresponde à verdade, pois a própria cristalização dos valores da tabela, demonstra que a mesma funcionava; e por outro lado a existência de alguns (poucos, já que se produzia o efeito dissuasor) de processos disciplinares por infracções às normas de aplicação de honorários tabelados.

No restante, a recorrente limita-se a emitir opiniões sobre o binómio qualidade/preço e a reacção esperada dos consumidores, bem como reproduzir ensaios sobre questões nem sempre conexas, e de onde pretende extrair a irrelevância da actuação da OM, para de seguida, explicar como esta – por em seu entender, desempenhar funções de regulação sectorial – intervém no mercado português, impedindo abusos.

De resto, e como é facilmente compreensível, a evidência da afectação do mercado em consequência da prática referida, não tem de ser, nem pode ser, médico a médico.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Até porque, não podemos olvidar que estamos em presença de um ilícito de perigo, e não de dano, bastando a possibilidade de lesão do bem jurídico tutelado para se considerar cometida a infracção, sendo essa também a jurisprudência do TJCE.”

“Quando a Recorrente adopta uma regulamentação atinente à fixação de honorários, não está a exercer uma missão social baseada no princípio da solidariedade, nem competências típicas de poderes públicos. Ao adoptar o Código Deontológico e o Código de Nomenclatura, a Ordem dos Médicos actua em representação dos seus membros para que estes adoptem um comportamento determinado (a cobrança de honorários de acordo com os montantes previstos nas referidas tabelas) no quadro da sua actividade económica, impondo-se, pois, a sua caracterização como "associação de empresas" na acepção do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e do n.º 1 do artigo 81.º do TCE. Note-se, aliás, que já o douto Tribunal de Comércio de Lisboa decidiu esta questão, nas citadas Sentenças relativas à Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, Ordem dos Médicos Dentistas e Ordem dos Médicos Veterinários.

A decisão pela qual a Recorrente procedeu à aprovação do Código Deontológico, com disposições como as constantes nos artigos 81.º, n.º 2 e 82.º do Código Deontológico, o artigo 2.º, n.ºs 2 e 3, bem como o artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento de Laudos e o Código de Nomenclatura, enquanto manifestação da vontade dos seus associados para que estes adoptassem um comportamento determinado (a cobrança de honorários de acordo com os limites fixados no Código de Nomenclatura), constitui uma "decisão de associação de empresas", nos termos e para os efeitos de aplicação do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e do n.º 1 do artigo 81.º do TCE.

A decisão de fixação de honorários mínimos e máximos, tal como previstos no Código de Nomenclatura, os artigos 81.º e 82.º do Código Deontológico e o n.º 2 e 3 do artigo 2.º e n.º 4 do artigo 3.º do Regulamento dos Laudos, tem por objecto e por efeito restringir a concorrência no mercado nacional dos serviços médicos em regime liberal, na acepção do n.º 1 artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, 11 de Junho, e do n.º 1 do artigo 81.º TCE.

Não poderá aceitar-se a alegação de que a decisão de associação de empresas censurada pela AdC tenha sido adoptada pela Ordem dos Médicos *"com o intuito de fomentar a defesa dos interesses dos doentes, bem como a dignidade*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

da profissão e a qualidade do acto médico". A limitação da liberdade de determinação do preço dos serviços no âmbito de um código deontológico não constitui um meio adequado a salvaguardar os direitos dos doentes, atentando, além do mais, contra o princípio da liberdade de formação dos preços em concorrência, que integra a ordem pública económica nacional e comunitária, tutelada respectivamente pelo n.º 1 do artigo 4.º da Lei da Concorrência e pelo artigo 81.º, n.º 1, do TCE, que proíbem as decisões de associações de empresas que tenham por objecto ou como efeito a fixação de preços.

A fixação de honorários mínimos e máximos, tal como previstos no Código de Nomenclatura, os artigos 81.º e 82.º do Código Deontológico e o n.º 2 e 3 do artigo 2.º e n.º 4 do artigo 3.º do Regulamento dos Laudos, não se revelam um meio apto a assegurar os padrões de qualidade e rigor exigíveis para o exercício da profissão médica. O preço não poderá sequer considerar-se critério indicativo da qualidade dos serviços.

O facto de se assegurar *"a possibilidade do médico exercer gratuitamente a profissão"* (cfr. ponto 131 das alegações) (realce do autor) não anula o carácter restritivo da decisão de associação de empresas objecto da decisão recorrida. O facto de se possibilitar aos associados da Recorrente a prestação de actos médicos gratuitos não torna legítima e legal a fixação de preços dos actos médicos mediante a aprovação de tabelas pela respectiva Ordem".

3.8. Ilicitude e culpa da Ordem dos Médicos.

Tendo em conta na previsão legal insita nos artº 3 nº 2 e 4 da Lei 18/2003 e no artº 86 nº 2 do Tratado da CE, e sabendo-se que a recorrente é uma pessoa colectiva pública, criada para prosseguir um interesse de ordem pública, determinado pelo Estado, e a quem, por devolução de poderes do próprio Estado, foram entregues os poderes de disciplinar e sancionar o exercício da profissão médica, resulta evidente que esta conhecia e tinha obrigação de conhecer as regras jusconcorrenciais.

Trata-se de uma Ordem Profissional, que regula o exercício de uma determinada profissão na sua totalidade, pelo que não é crível que não conheça, de modo exaustivo, através dos seus dirigentes e serviços, as normas jurídicas aplicáveis.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Há um dever de conhecimento.

Como dispõe o art.º 14.º n.º 1 do Código Penal : *"age com dolo, quem representando um facto ilícito, actua com intenção de o realizar"*.

Não existe dúvida quanto ao voluntarismo da conduta.

A recorrente apresenta, contudo, algumas situações como possíveis causas de exclusão da ilicitude ou erro não censurável.

Uma dessas situações refere-se à Portaria que determina a afixação de preços nos locais de prestação de serviços médicos; contudo a incongruência deste argumento, já anteriormente salientada, dispensa nova referência.

Como é óbvio a referência ao CNVRAM reporta-se à qualificação dos actos médicos, para individualização e reconhecimento dos mesmos, não aos preços em si, pois o que se pretende era que os consumidores pudessem antecipadamente ter conhecimento dos preços praticados por cada acto ou procedimento médico, como já acima se referiu.

Outra prende-se com o alegada desconhecimento da ilicitude da conduta.

Mas recordemos a este propósito, a decisão do Conselho da Concorrência (publicado em DR, a 1/10/86) sobre a fixação de preços pelos médicos radiologistas, para concluir-mos que a ilegalidade da prática não constituía "uma novidade" no meio das Ordens Profissionais em Portugal, sendo absolutamente improcedente o argumento de que o Conselho da Concorrência se pronunciou sobre o assunto "mas não o censurou", quando este em resposta a perguntas concretas do Ministro da Indústria e do Comércio, concluiu que aquela prestação de serviços se qualificava como actividade económica para efeitos do DL 422/83 de 3/12, subsumível ao dito diploma, como comportamento restritivo da concorrência.

E por último veja-se a alegada não censurabilidade do erro, para concluir, à semelhança do que ocorreu nas sentenças proferidas a nos casos dos Médicos Dentistas e nos Médicos Veterinários que tal erro não pode ser desculpável, pois lhe era exigido, em razão das suas funções, um cuidado ético, consentâneo com o de "uma pessoa possuidora de duma recta consciência ético-jurídica, informando-se convenientemente sobre a proibição legal".

Do mesmo modo não é invocável a excepção Wouters (conforme já foi explicado) pois a OM não está investida de autoridade pública em termos regulativos sectoriais.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

“Estranha-se e salienta-se, no entanto, a contradição entre o alegado desconhecimento da legislação nacional e o conhecimento da prática comunitária, ao nível das suas próprias excepções”.

Inexiste, portanto o alegado erro sobre a ilicitude - artº 9 RGCO.

Refere ainda a recorrente que não agiu “com ciência” e que não está demonstrado que pretendeu interferir no mercado.

Não é o que resulta desde logo da matéria factica provada (nem das regras da experiência da vida - vd.art.º 127.º do C.P.Penal). A Ordem dos Médicos quis regular os honorários médicos, de modo a regular o mercado.

Não existe pois qualquer comportamento negligente, mas a concretização de uma vontade previamente determinada.

“Em caso algum poderia proceder a argumentação de *“erro sobre a proibição”* de que se socorre a Recorrente. Mesmo que a Recorrente conseguisse alegar crível e comprovadamente que estava, efectivamente, em erro sobre a ilicitude do seu comportamento, isto é, que a Recorrente não sabia que ao fixar os honorários no seu Código Deontológico estava a violar gravemente a Lei da Concorrência, – o que, manifestamente, *in casu*, não sucede – esse erro, para ter virtudes *exculpantes*, teria de não lhe ser censurável. Isso mesmo decorre do artigo 9.º do RGCO, aplicável por força do artigo 22.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Uma ordem profissional que regula o exercício de uma determinada profissão e que está obrigada a conhecer exhaustivamente, através dos seus dirigentes e dos seus serviços, quais as normas jurídicas que são aplicáveis ao exercício daquela profissão, não pode ser desculpada pelo desconhecimento de uma lei estruturante como a lei da concorrência. Como se afigura evidente, enquanto associação profissional, impende sobre a Ordem dos Médicos um dever de se informar quanto à existência das proibições decorrentes das normas que tutelam a concorrência. Neste sentido, veja-se o que decidiu já o douto Tribunal de Comércio de Lisboa, respectivamente, nas citadas Sentenças relativas à Ordem dos Médicos Dentistas e à Ordem dos Médicos Veterinários.

É inquestionável que a Ordem tinha obrigação de conhecer as regras de concorrência que lhes são aplicáveis e que a fixação de honorários era, e é, restritiva da concorrência e ilegal.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Do mesmo passo, não obstante o disposto no n.º 2 do artigo 8.º do RGCO, e sempre com a ressalva da punibilidade da negligência, também não há qualquer razão para afastar o dolo. Com efeito, a Recorrente agiu de forma consciente e voluntária na prática da infracção que lhe foi imputada, consubstanciada na aprovação e manutenção em vigor das regras que obrigam à prática de honorários mínimos e máximos, com a intenção de limitar de forma sensível a concorrência, conforme artigos 82.º a 91.º da decisão recorrida. E assim se chega à conclusão indefectível de que a conduta da arguida é ilícita, culposa e dolosa, como devidamente fundamentado e declarado na decisão da Autoridade.

Como resulta da decisão recorrida e, bem assim, do regime jurídico aplicável ao processo sancionatório em apreço, para efeitos da determinação da medida concreta da coima, devem ser atendidos alguns princípios gerais como os fins gerais das penas, tendo em vista a prevenção geral positiva e a prevenção especial.”

3.9. A violação do art.º 81.º do Tratado da CE.

O exercício da profissão médica está regulado a nível comunitário pela Directiva 93/16/CEE do Conselho de 5/4/93, alterada pela Directiva 20/01/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 14/5/2001, destinando-se a facilitar a livre circulação dos médicos e o reconhecimento mútuo dos seus diplomas, certificados e outros títulos, devendo esse facto ser tido em conta na apreciação da produção de efeitos intracomunitários da decisão de fixação de honorários pela OM.

A conduta da recorrente, ao fixar os honorários a cobrar pelos médicos que exerçam em Portugal, não pode deixar de afectar a liberdade de prestação de serviços na Comunidade, pois transforma o território nacional num espaço reservado onde a concorrência não é possível, e dificultando o acesso de outros prestadores de serviços médicos, do mercado português, o que não é permitido pela legislação comunitária.

Tal situação, abrangendo todo o território de um Estado Membro, é susceptível, assim, de afectar o comércio entre os Estados Membros, na acepção dos artºs 81 e 82, à semelhança, aliás, do que já foi entendido pela jurisprudência comunitária.

O tratado que instituiu a Comunidade Europeia (sendo a actual versão a do Tratado de Nice) estabeleceu a criação de um mercado comum, de uma união económica e monetária, com aplicação de políticas e acções comuns.



V

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Foram criadas, entre outras, regras comuns de concorrência, com destaque para os artºs 81º e 82º do tratado, que estabelecem, respectivamente, na parte que nos interessa, que:

"1 – São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas (...) que tenham por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência (...) designadamente (...):

b) fixar, de forma directa ou indirectamente, os preços de compra e venda, ou quaisquer outras condições de transacção;

2 – São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo" (art.º 81º) e

"É incompatível com o mercado comum e proibido (...) o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante (...)

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

b) impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção (...)".

Para a execução das normas referidas surgiu, inicialmente, o Regulamento n.º 17/62 e, posteriormente o Regulamento n.º 1/2003.

Estes, de acordo com o princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito nacional, sobrepõem-se a qualquer legislação, regulamentação ou preceito nacional de qualquer outro tipo que determine o contrário.

No que respeita ao direito nacional, estabelece o art.º 81º al. f) da CRP que *"incumbe prioritariamente ao Estado, no âmbito económico e social, assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral"*.

A fim de dar cumprimento a esses objectivos foi publicado, inicialmente o Dec.-Lei 422/83 de 03.12, substituído pelo Dec.-Lei 371/93 de 29.10, que por sua vez foi revogado pela Lei 18/2003, publicada em 11.06.2003.

Não ocorreu assim qualquer violação do art.º 81.º do Tratado da CE.

3.10. Prescrição da infracção



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A infracção não está prescrita, uma vez que estamos perante um ilícito contra-ordenacional permanente, existido uma conduta anti-jurídica que se prolonga no tempo, igualmente o momento de consumação perdura no tempo.

E assim, às contra-ordenações de carácter permanente aplica-se a lei nova, mesmo que mais severa, desde que a conduta necessária à permanência do resultado, continue em sua vigência.

Como decidiu a sentença recorrida:

Na espécie, podemos considerar, que está em causa uma infracção que produziu os seus efeitos desde 01.06.1984, data da entrada em vigor do Dec.-Lei 422/83 de 03.12 (art.º 38º do diploma), até 19.07.2005, data da deliberação do Conselho Nacional Executivo da Ordem dos Médicos que decidiu alterar o artigo 81º e revogar o artigo 82º, ambos do Código Deontológico, bem como alterar a redacção dos artigos 2º, 3º e 12º do Regulamento dos Laudos e Honorários e ainda revogar a fixação dos valores mínimo, médio e máximo de K e a definição de valor de C, decidindo ainda suspender, na sua vigência o Código de Nomenclatura e Valor Relativo dos Actos Médicos (CNVRAM).

Importa assim concluir que estamos perante um ilícito contra-ordenacional permanente, existindo uma conduta anti-jurídica mantida do tempo ou seja, o momento da consumação perdura no tempo, e enquanto dura essa permanência, o agente encontra-se a cometer a infracção.

Tal como referem claramente Manuel Simas Santos e Jorge Lopes de Sousa, posição, com a qual concordamos: "As contra-ordenações de carácter permanente (...) inserem-se no campo de aplicação da lei nova, ainda que mais severa, desde de que prossiga na sua vigência a conduta necessária à permanência do resultado..." (obra cit.).

Ou seja, perdurando no tempo a consumação da infracção, a mesma deve ser punida ainda que mais severamente à luz da lei nova.

Deverá assim a contra-ordenação em apreço ser punida ao abrigo da Lei 18/2003.

3.11. Medida da coima. Gravidade da infracção.

Relativamente à medida da coima nada há a censurar na sentença recorrida, não colhendo o argumento invocado de que não havendo prova de que todos os médicos que exercem a actividade liberal em Portugal tenham aprovado o Código



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Deontológico, a Tabela ou sequer fizessem parte dos órgãos que os aprovaram, não poderia considerar-se o conjunto dos seus rendimentos para apuramento do "volume do negócio" para efeitos de cálculo da mencionada coima.

Ora a lei claramente se refere ao "volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado na infracção". E, independentemente do número de médicos que discordam ou aprovam as medidas da OM, esta vincula-os a todos, tendo poderes para tomar decisões em seu nome.

Refere o art.º 43º n.º 1 da Lei 18/03, que o comportamento em análise é punido com "coima que não pode exceder, para cada uma das partes na infracção 10% do volume de negócios do último ano".

Assim, resultando da informação prestada pelo Ministério das Finanças, sobre o rendimento resultante da actividade de médico apresentado pelo número de sujeitos passivos de IRS que entregaram declaração relativa ao ano de 2003 um valor total de € 393.378.453,4, resulta que o que o limite máximo da coima em concreto é de € 39.337.845,34 (10%).

Nada há também a censurar a decisão recorrida, revestindo-se a infracção de gravidade tanto pela expressão em número de "aderentes" – todos os médicos, porque necessariamente inscritos na OM – como pela restrição significativa das normais regras do mercado concorrencial, e ainda pelo período de tempo em que vigorou.

Foram assim considerados na decisão recorrida, nos termos do disposto no art.º 44.º da LdC (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho):

- 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;
- A decisão da Ordem dos Médicos constituiu, como se referiu supra uma decisão com carácter permanente, produzindo efeitos desde 01.06.1984 até 19.07.2005.
- O grau de participação na infracção (A arguida actuou como autora da infracção).
- A colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo (A arguida foi colaborante com a Autoridade da Concorrência,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

respondendo a todos os pedidos formulados pela mesma, de forma tempestiva e fornecendo os documentos solicitados, devendo essa colaboração ser tida em consideração).

- O comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência (Tal como ficou provado, a arguida, em 19 de Julho de 2005, através do seu Conselho Nacional Executivo, deliberou alterar o art.º 81º e revogar o art.º 82º do Código Deontológico, bem como alterar a redacção dos artsº 2º, 3º e 12º do Regulamento dos Laudos a Honorários e ainda revogar a fixação dos valores mínimo, médio e máximo de K e a definição do valor C, sendo que, relativamente ao Código de Nomenclatura, a Ordem suspendeu a sua vigência, tendo decidido dar conhecimento dos referidos factos aos associados, através da revista e site da Ordem dos Médicos e a todos os Colégios da Especialidade.Face a esta conduta, podemos considerar que o infractor na data em referência eliminou a prática proibida imputada, comportamento que terá de ser considerado.

- À situação económica da arguida, apresentando a mesma proveitos em 2003 no valor de € 683.818,91.

A decisão recorrida não merece censura.

Não foram violadas quaisquer normas legais e/ou constitucionais.

Atentos os art.º 2.º n.º 4 do Código Penal, e art.º 5.º do C.P.Penal aprovados pelas Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro e Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto, respectivamente, não há que fazer qualquer alteração à decisão recorrida.

A lei adjectiva instituiu a possibilidade de rejeição dos recursos em duas vertentes diversas, admitida que esta, no nosso processo penal a cindibilidade do recurso, princípio acolhido nos arts. 403.º n.º 1, 410.º n.º 1 e 412.º n.º 2: rejeição formal que se prende com a insatisfação dos requisitos prescritos no art. 412.º n.º 2 e a rejeição substantiva que ocorre quando é manifesta a improcedência do recurso.

A manifesta improcedência verifica-se quando, atendendo à factualidade apurada, a letra da lei e a jurisprudência dos tribunais superiores é patente a sem razão do recorrente (vd. Simas Santos e Leal Henriques in Recursos Em Processo Penal, Rei dos Livros, 2002, 2.ª ed., pag.112).

A pretensão da recorrente é, pelo que se expôs, substancialmente improcedente.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

**VI - Termos em que negando provimento aos recursos interpostos pela
recorrente Ordem dos Médicos :**

**1. Rejeita-se liminarmente os recursos, por manifesta improcedência,
confirmando-se a sentença recorrida.**

**2. Custas a cargo da recorrente, fixando a taxa de justiça em 6UC's com
1/3 de procuradoria e legal acréscimo.**

(Acórdão elaborado e revisto pelo relator- vd. art.º 94 º n.º 2 do C.P.Penal)

Lisboa, 22. Novembro. 2007

Francisco Xavier

[Signature]

Segunda