

DECISÃO

PRC 2006/12

DATA DA DECISÃO: 31/12/2010

[VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL]

VISADOS:

ANEPE – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EMPRESAS DE PARQUES DE ESTACIONAMENTO

CPE – COMPANHIA DE PARQUES DE ESTACIONAMENTO, S.A.

EMPARQUE – EMPREENDIMENTOS E EXPLORAÇÃO DE PARQUEAMENTOS, S.A.

PROMOPARQUES – PROMOÇÃO E GESTÃO DE PARQUES DE ESTACIONAMENTO, S.A.

SIENT – SISTEMAS DE ENGENHARIA DE TRÂNSITO, S.A.

SPEL – SOCIEDADE DE PARQUES DE ESTACIONAMENTO, S.A.

16043

JH

Av. da Boa Vista, 150
Cidade de São Paulo, SP

Telefone: (11) 3207-1234
Fax: (11) 3207-1235

Site: www.abc.com.br



AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Processo contra-ordenacional n.º PRC/2006/12

Decisão Final

A Autoridade da Concorrência,

No processo de contra-ordenação por infracção ao Artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (adiante, “LdC”) que corre termos na Autoridade da Concorrência (adiante, “AdC”), sob o n.º de registo PRC/2006/12, contra a Associação de Empresas **ANEPE – Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento**, com sede na Rua de São José, n.º 35 D, 1150-321 Lisboa (adiante, “ANEPE” ou “Associação Arguida”);

Considerando,

- A)** As competências atribuídas pelos artigos 6.º n.º 1, alínea a) e 7.º, n.º 2, alínea a) dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro,
- B)** A Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (adiante designada por Lei n.º 18/2003),
- C)** Os autos do processo de contra-ordenação registado sob o n.º PRC/2006/12, instaurado por despacho do Conselho da AdC a 20 de Julho de 2006, em que é arguida a associação de empresas ANEPE,
- D)** A Nota de Ilicitude deduzida nos autos do processo, a 14 de Setembro de 2010, a fls. 15553, e a pronúncia escrita da Arguida, de 12 de Novembro de 2010, a fls. 15711,

Tem a decidir, ponderando as seguintes questões prévias e demais elementos de facto e de direito relevantes para a boa decisão do processo, nos termos e para os efeitos do artigo 28.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, o seguinte:

St
15091

[Handwritten signature]

I. O PROCESSO

I.1. Da notícia da infracção

1. Os presentes autos foram officiosamente instaurados pela AdC, na sequência de notícia publicada no jornal diário “Diário de Notícias”, de 19 de Julho de 2006, através da qual a AdC tomou conhecimento que algumas das empresas associadas da Associação Arguida promoveram alterações aos tarifários aplicados aos parques de estacionamento para utilização do público em geral, de que eram proprietárias ou gestoras, na sequência da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril (fl. 4).

2. O referido Decreto-Lei estabelece no seu artigo 12.º, n.º 1, o seguinte:

“Nos estacionamentos de curta duração, até vinte e quatro horas, o preço a pagar pelos utentes dos parques de estacionamento é fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos e o utente só deve pagar a fracção ou fracções de tempo de estacionamento que utilizou, ainda que as não tenha utilizado até ao seu esgotamento”.

3. Assim, e diferentemente do que sucedia até então – em que inexistia regulação explícita da determinação do preço horário do estacionamento de curta duração, que seria fixado pela entidade gestora e/ou proprietária do parque de acordo com as unidades temporais que entendesse – passou a determinar-se que os períodos mínimos de contabilização do preço a pagar pelos utilizadores de tais infra-estruturas se aferiam por fracções de quinze minutos.

4. De acordo com as informações então veiculadas no órgão de comunicação social referido, a alteração legislativa teria sido aproveitada pela generalidade das empresas concessionárias de parques de estacionamento para aumentar os preços praticados, referindo tais empresas para o efeito um “estudo” da Associação Arguida que *“conclui que o utente quando entra no parque já está a gastar 33 cêntimos, o custo do equipamento, da manutenção, da electricidade e da segurança do parque”*,

H
-54031

M
A

16046
H

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

encontrando assim justificação para alterarem os preços até então praticados, não apenas quanto à sua determinação horária, mas também quanto ao seu valor.

5. Verificando-se indícios da prática de ilícitos jus-concorrenciais imputáveis às referidas empresas associadas e/ou à associação de empresas identificadas *supra*, o Conselho da Autoridade da Concorrência, por despacho de 20 de Julho de 2006¹, ordenou a abertura de inquérito, registado então sob o n.º PRC/2006/12 (fl. 2).

I.2. Da marcha do processo

6. O inquérito desenvolvido pela AdC a partir de 20 de Julho de 2006 permitiu reunir, através das diligências probatórias de que se dará melhor conta adiante, um conjunto de indícios fortes, precisos e concordantes da comissão, pela Associação Arguida, de uma infracção ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, com o objecto e o efeito de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência no mercado da prestação de serviços de gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos, a saber, uma decisão de associação de empresas, com o objectivo de coordenar o comportamento das empresas associadas quanto à adaptação dos preços aplicados nos parques e zonas de estacionamento geridas ou exploradas por estas, na sequência da entrada em vigor de um novo regime jurídico que, em nome da defesa e da salvaguarda dos interesses dos consumidores, procurava ajustar a determinação dos preços a cobrar pelo estacionamento ao tempo efectivamente utilizado pelos consumidores, tendo essa coordenação por objectivo o aumento dos preços até então praticados.
7. Tal decisão de associação de empresas fundou-se na divulgação de um conjunto de recomendações pela Secretária-geral da Associação relativas à alteração dos preços na sequência da entrada em vigor do referido Decreto-Lei, a partir de 24 de Abril de 2006, na sequência de uma Assembleia-geral extraordinária da Associação de 20 de Abril de 2006, pela fixação de um preço de ingresso, correspondente a um montante fixo a cobrar pela entrada no parque de estacionamento, e independente da duração do

¹ Por lapso de escrita, o despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência, a fls. 2, foi datado de 20 de Junho de 2006.

 4

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

estacionamento, e um aumento dos preços praticados; as referidas recomendações assentavam, por um lado, na alteração necessária dos tarifários (que passariam a ser determinados por fracções de estacionamento de duração equivalente a 15 minutos), e por outro lado, na alegada necessidade de assegurar o equilíbrio financeiro da exploração de tais parques de estacionamento.

8. Determinou-se que tal decisão da Associação Arguida foi o resultado de uma estratégia, promovida pela própria Associação Arguida, de reacção colectiva das empresas gestoras de parques de estacionamento ao regime jurídico apresentado pelo Governo em Dezembro de 2006, estratégia essa que passou por, em primeiro lugar, comunicar aos associados as consequências gravosas decorrentes da aplicação do regime jurídico proposto, pela comunicação do parecer negativo da ANEPE sobre o primeiro anteprojecto aos associados, à Secretaria de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor e às Câmaras Municipais de Lisboa e do Porto, e em segundo lugar, uma vez aprovado o regime jurídico definitivo pela recomendação expressa aos associados de aumento dos preços a aplicar e de imposição de um “*preço de ingresso*” a suportar por todos os utilizadores de parques de estacionamento, independentemente do tempo de utilização efectivo, ao mesmo tempo que comunicava ao Governo e à Associação Nacional de Municípios as suas objecções ao regime jurídico e indicava as consequências em matéria de preços que daí adviriam.
9. Tal decisão, quanto à coordenação de comportamentos das associadas, assume ainda particular relevância pelo facto de as alterações de preços, nos parques de estacionamento geridos ou explorados através de contratos de concessão com entidades públicas ou Municípios dependerem da aprovação das entidades concedentes, determinando assim que, em tais negociações com os Municípios, as empresas associadas utilizassem os mesmos argumentos relativos à necessidade de reajustamento dos preços, verificando-se assim uma definição colectiva dos parâmetros de negociação entre as empresas concessionárias e as entidades concedentes que seriam assim confrontadas com o aumento dos preços justificado pela necessidade de assegurar o equilíbrio financeiro da exploração dos parques de estacionamento.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

10. De tais indícios de infração às regras da concorrência, e respectivos elementos probatórios, bem como da análise jus-concorrencial desenvolvida pelo serviço instrutor e respectivas conclusões preliminares, foi a Arguida notificada, nos termos e para os efeitos da alínea b) do n.º 1 do artigo 25.º da Lei n.º 18/2003, através da competente Nota de Ilicitude, datada de 14 de Setembro de 2010, e que aqui se dá por integralmente reproduzida, tendo-lhe sido concedido um prazo de 30 dias úteis para se pronunciar, ao abrigo dos seus direitos de audição e defesa, previstos no n.º 1 do artigo 26.º da LdC.
11. Refira-se que foram indiciadas, ao longo da investigação do presente processo, as seguintes empresas: **CPE – Companhia de Parques de Estacionamento, S.A.**, com sede na Rua Julieta Ferrão, n.º 12, 14.º, 1649-039 Lisboa (adiante, “CPE”); a **EMPARQUE – Empreendimentos e Exploração de Parqueamentos, S.A.**, com sede na Rua Joaquim António de Aguiar, n.º 19, 2.º, 1070-149 Lisboa, (adiante, “Emparque”); a **PROMOPARQUES – Promoção e Gestão de Parques de Estacionamento, S.A.**, como sede na Praça Duque de Saldanha, n.º 1, 11.º, 1050-094 Lisboa (adiante, “Promoparques”); a **SIENT – Sistemas de Engenharia de Trânsito, S.A.**, com sede na Rua Passos Manuel, n.º 102, 1.º E, 1150-260 Lisboa (adiante, “SIENT”); a **SPEL – Sociedade de Parques de Estacionamento, S.A.**, com sede na Rua Guedes de Azevedo, n.º 148-180, 4000-271 Porto (adiante, “SPEL”); a **EMEL – Empresa Pública Municipal de Estacionamento de Lisboa, E.M.** (Empresa não indiciada inicialmente), com sede na Avenida de Berna, n.º 1, 1050-036 Lisboa (adiante, “EMEL”), não se tendo verificado na conclusão do inquérito indícios suficientes de eventuais infracções directamente imputáveis às empresas identificadas (cfr. § 181 da Nota de Ilicitude, a fls. 15638).
12. Na sequência de requerimento da Arguida, de 1 de Outubro de 2010, a fls. 15702, o referido prazo de 30 dias foi prorrogado por mais 10 dias úteis, tendo a AdC concedido um prazo total de 40 dias úteis para a Arguida apresentar a sua pronúncia escrita às acusações formuladas na Nota de Ilicitude, através de Ofício da AdC datado de 11 de Outubro de 2010, a fls. 15708.

 6

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

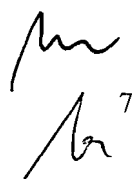
13. Refira-se ainda que a Arguida requereu a 20 de Setembro de 2010, a fls. 15696, nos termos e para os efeitos do artigo 26.º, n.º 2 da LdC, a realização de audição oral em complemento da respectiva pronúncia escrita, o que foi deferido pela AdC pelo referido Ofício, datado de 11 de Outubro de 2010, a fls. 15708, através do qual se comunicou a data da sua realização, fixada para dia 23 de Novembro de 2010.
14. A 12 de Novembro de 2010, a Arguida juntou aos autos a sua pronúncia escrita à Nota de Ilicitude deduzida pelo Serviço Instrutor (fls. 15711).
15. Por requerimento entrado nos autos a 22 de Novembro de 2010, a fls. 15696, a Arguida comunicou à AdC a desistência da audição oral, anteriormente requerida e já deferida.

I.3. Diligências probatórias

16. Tendo por objectivo o apuramento dos factos sob investigação no inquérito, foram realizadas diversas diligências de investigação ao abrigo dos poderes de inquérito da AdC, nos termos e para os efeitos do artigo 17.º da LdC, com vista à recolha e obtenção de prova e de meios de prova, e que assentaram no pedido de elementos e informações à Associação Arguida, às empresas associadas inicialmente identificadas como tendo estado envolvidas na comissão da prática, a outras empresas, e ainda à inquirição dos representantes legais de tais empresas e da Associação e ainda de outras pessoas com conhecimento directo dos factos objecto de investigação, e com interesse para a mesma.
17. A Arguida não juntou, com a sua pronúncia escrita, quaisquer meios ou elementos probatórios, nem requereu a realização de diligências complementares de prova.

Nestes termos, foram promovidas pela AdC as seguintes diligências:

18. A 21 de Julho de 2006, foram enviados pedidos de elementos e informações à Emparque (fls. 6 e segs.), à ANEPE (fls. 14 e segs.), à SPEL (fls. 21 e segs.), à CPE (fls. 29 e segs.), à Promoparques (fls. 37 e segs.) e à SIENT (fls. 45 e segs.).

Handwritten signature and date '16/7'.

19. Seguir-se-ia, a 10 de Dezembro de 2007, a realização de pedidos de elementos e informações complementares às empresas referidas: à CPE (fls. 14377 e segs.), à Emparque (fls. 14382 e segs.), à Promoparques (fls. 14387 e segs.), à SIENT (fls. 14392 e segs.) e à SPEL (fls. 14397 e segs.).
20. Finalmente, a 5 e 8 de Maio de 2008 seriam realizados os últimos pedidos de elementos às empresas identificadas *supra*: à CPE (fls. 14670 e segs., e 14685 e segs.), à Emparque (fls. 14673 e segs., e 14700 e segs.), à Promoparques (fls. 14676 e segs., e 14688 e segs.), à SIENT (fls. 14679 e segs., e fls. 14692 e segs.), e à SPEL (fls. 14682 e segs., e 14696 e segs.).
21. Foram ainda convocadas inquirições aos representantes legais das empresas e associação de empresas envolvidas, tendo sido ainda inquirido um funcionário da empresa CPE, pelo interesse da sua inquirição sobre os factos objecto de investigação.
22. Assim, a 24 de Setembro de 2008, convocaram-se o Representante Legal e a Secretária Geral da ANEPE (fls. 15399 e 15401), o Representante Legal da CPE (fls. 15403), Fernando Carlos Fernandes de Melo, Presidente do Conselho de Administração da CPE à data dos factos (fls. 15405)², um funcionário da CPE (fls. 15407), Pedro Mendes Leal, Representante Legal da Emparque (fls. 15411), Manuel Formosinho Sanchez, administrador da Emparque (fls. 15413) e o Representante Legal da SPEL (fls. 15415).
23. Para além dos pedidos às empresas inicialmente envolvidas e à Associação arguida, foram também realizados pedidos de informações a outras empresas, associadas e não associadas da ANEPE: à Empresa Pública Municipal de Estacionamento de Lisboa (adiante, “EMEL”) (fls. 10871 e segs.), à RESOPRE – Sociedade Revendedora de Aparelhos de Precisão, S.A. (adiante, “RESOPRE”) (fls. 10878 e segs.), e à Bragaparques – Estacionamentos de Braga, S.A. (adiante, “Bragaparques”) (fls. 10886 e segs.).

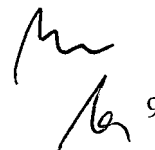
² A 9 de Outubro de 2008, a fls. 15435, a CPE comunicou aos autos que o Senhor Fernando Carlos Fernandes de Melo havia renunciado ao cargo de Presidente do Conselho de Administração da CPE com efeitos a partir de 30 de Setembro de 2007, cessando todos os vínculos com aquela empresa.

24. Vista a pronúncia escrita da Associação Arguida, considerou a AdC não ser necessário promover novas diligências de prova na fase de instrução do processo.

I.3.1. Elementos juntos aos autos na sequência das diligências probatórias realizadas

25. Na sequência das diligências probatórias referidas, juntaram-se os seguintes elementos aos autos:

- a) Elementos juntos aos autos pela SPEL, em resposta aos pedidos de elementos da AdC (fls. 71 e segs.; fls. 14407 e segs.; fls. 14812 e segs, fls. 15320 e segs.);
- b) Elementos juntos aos autos pela SIENT, em resposta aos pedidos de elementos da AdC (fls. 1026 e segs.; fls. 12119 e segs.; fls. 14441 e segs.; fls. 14760 e segs.; fls. 15337 e segs.);
- c) Elementos juntos aos autos pela ANEPE, em resposta aos pedidos de elementos da AdC (fls. 1766 e segs.);
- d) Elementos juntos aos autos pela Emparque, em resposta aos pedidos de elementos da AdC (fls. 2156 e segs.; fls. 14493 e segs.; fls. 14897 e segs.; fls. 14907 e segs.);
- e) Elementos juntos aos autos pela CPE, em resposta aos pedidos de elementos da AdC (fls. 9207 e segs.; fls. 14626 e segs.; fls. 15188 e segs.; fls. 15288 e segs.);
- f) Elementos juntos aos autos pela Promoparques, em resposta aos pedidos de elementos da AdC (fls. 10776 e segs.; fls. 10898 e segs.; fls. 12063 e segs.; fls. 14402 e segs.; fls. 14704 e segs.; fls. 14892 e segs.);
- g) Elementos juntos aos autos pela EMEL, em resposta aos pedidos de elementos da AdC (fls. 12227 e segs.);
- h) Elementos juntos aos autos pela RESOPRE, em resposta aos pedidos de elementos da AdC (fls. 13939 e segs.);
- i) Elementos juntos aos autos pela Bragaparques, em resposta aos pedidos de elementos da AdC (fls. 13943 e segs.);



 9

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

- j) Auto de declarações de Pedro Mendes Leal, na qualidade de Representante Legal da ANEPE, onde assume funções de membro da Direcção (tesoureiro), de 21 de Outubro de 2008 (fls. 15447 e segs.);
- k) Auto de declarações de Maria de Jesus Lopes, Secretária Geral da ANEPE, de 21 de Outubro de 2008 (fls. 15451 e segs.);
- l) Auto de declarações de António Freitas Vilar, na qualidade de Representante Legal da CPE (Administrador-delegado), de 21 de Outubro de 2008 (fls. 15456 e segs.);
- m) Auto de declarações de Paulo Jorge Barrela, funcionário da CPE (responsável pelo Departamento Administrativo, Financeiro e Controlo de Qualidade), de 21 de Outubro de 2008 (fls. 15461 e segs.);
- n) Auto de declarações de Pedro Mendes Leal, na qualidade de Representante Legal da Emparque, onde assume funções de Presidente do Conselho de Administração, de 22 de Outubro de 2008 (fls. 15468 e segs.);
- o) Auto de declarações de António Henrique de Oliveira Mendes, na qualidade de Representante Legal da SPEL (Administrador-delegado), de 22 de Outubro de 2008 (fls. 15475 e segs.);
- p) Auto de declarações de Manuel Formosinho Sanchez, na qualidade de membro do Conselho de Administração da Emparque, de 29 de Outubro de 2008 (fls. 15480 e segs.).

I.4. Da Nota de Ilicitude

26. A 14 de Setembro de 2010, a AdC notificou a Associação Arguida da Nota de Ilicitude, a fls. 15553, pela qual se procedeu à imputação, pelos meios de prova aí identificados, de uma infracção ao n.º 1 do artigo 4.º da LdC à Associação Arguida, por esta ter adoptado uma decisão de associação de empresas, com o objecto e/ou efeito de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência no mercado nacional da prestação de serviços de gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos.




 10

27. A Arguida foi regularmente notificada da Nota de Ilicitude, a 15 de Setembro de 2010, conforme registos a fls. 15687 e 15688, em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 26.º da Lei n.º 18/2003, bem como no artigo 50.º do Regime Geral das Contra-Ordenações (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, adiante designado por RGCO), aplicável *ex vi* do n.º 1 do artigo 22.º da Lei n.º 18/2003.

28. Na sequência da notificação da Nota de Ilicitude, a Associação Arguida requereu o acesso para consulta do processo, cópia integral simples dos autos e, ainda, a prorrogação do prazo inicialmente fixado para a apresentação de pronúncia escrita, requerimentos que seriam, total ou parcialmente, deferidos pela AdC, nos seguintes termos:

- A) A 17 de Setembro de 2010, a fls. 15689, a Associação Arguida requereu o acesso para consulta do processo, bem como cópia simples do mesmo;
- B) Por Ofício da AdC de 20 de Setembro de 2010, a fls. 15691, a AdC deferiu o requerimento da Associação Arguida, tanto para a consulta do processo como relativamente à cópia integral dos autos;
- C) A 24 de Setembro de 2010, sem que procedessem à consulta dos autos do processo, os representantes da Arguida levantaram as cópias requeridas, de acordo com o “termo de levantamento de cópias”, a fls. 15694;
- D) A 1 de Outubro de 2010, por requerimento a fls. 15702, a Associação Arguida veio requerer a prorrogação do prazo por 30 (trinta) dias úteis;
- E) Por Ofício da AdC de 11 de Outubro de 2010, a fls. 15708, a AdC deferiu parcialmente o requerido, considerando razoável, atendendo aos fundamentos apresentados pela Associação Arguida, conceder uma prorrogação de prazo por 10 (dez) dias úteis.

29. Nestes termos, concedeu-se à Associação Arguida um prazo de 40 (quarenta) dias úteis, equivalente a dois meses de calendário, o que configura, nas circunstâncias concretas do presente processo, atendendo à complexidade relativa da infracção imputada à Arguida, aos factos especificados e aos meios de prova concreta e


11


individualmente identificados na Nota de Ilicitude, um prazo razoável para o exercício dos direitos de defesa constitucional e legalmente garantidos, como melhor se concluirá *infra* da análise da resposta escrita da Arguida à Nota de Ilicitude.

30. Por clareza de exposição, sempre se dirá que, nos termos do artigo 50.º do RGCO, “*não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes ser 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*”; com a notificação da Nota de Ilicitude, a Arguida ficou a conhecer todos os elementos necessários – devidamente especificados em tal Nota de Ilicitude – relativos a todos os aspectos de facto e de direito relevantes para as acusações e imputações constantes da mesma, tendo os autos do processo estado disponíveis para consulta, pelo menos, desde 20 de Setembro de 2010 (cfr. fls. 15691), e, mesmo não tendo a Arguida consultado os autos do processo na secretaria da AdC, como aliás havia requerido (e foi deferido pela AdC), teve ainda acesso à cópia integral do processo a 24 de Setembro de 2010, terminando o prazo para apresentação de resposta escrita (com a prorrogação de prazo concedida pela AdC) a 12 de Novembro de 2010.
31. Nestes termos, o prazo de 40 dias úteis deve ser considerado um prazo razoável, nos termos e para os efeitos do artigo 50.º do RGCO, “*considerando a sua extensão temporal, no qual é permitido à arguida, em nosso entender, compulsar os elementos que lhe permitam exercer o direito de defesa e exercer de facto esse direito, com tempo para ponderar e concluir pela melhor ‘estratégia’ para a sua defesa*”, como o Tribunal do Comércio de Lisboa, em idênticas situações de alegada insuficiência de prazo, teve já oportunidade de decidir (cfr. Despacho do Tribunal do Comércio de Lisboa, 3.º Juízo, de 3 de Setembro de 2009, proferido no Proc. n.º 41/09.2TYLSB).
32. Finalmente, tendo tempestivamente requerido a realização da Audição Oral, nos termos do n.º 2 do artigo 26.º da Lei n.º 18/2003, a Associação Arguida comunicou aos autos a desistência desta Audição, a 22 de Novembro de 2010, a fls. 15696.

12


I.5. Da Defesa Escrita apresentada pela Associação Arguida

33. Como já referido, a defesa escrita da Associação Arguida deu entrada nos autos a 12 de Novembro de 2010, constando de fls. 15711 dos autos, dando-se aqui por integralmente reproduzida.
34. Sem pretensão de exaustão, neste momento, do exposto pela Arguida na sua resposta escrita, esta veio alegar que: *i)* a AdC violou direitos fundamentais da arguida, nomeadamente o direito de defesa e o direito à presunção da inocência, constantes do artigo 32.º, n.º 2 e 10 da Constituição da República Portuguesa (adiante, “CRP”) e no artigo 50.º do RGCO, implicando a nulidade do processado; *ii)* a conduta imputada à Associação Arguida circunscreve-se à prossecução do objectivo estatutário de defesa e representação dos interesses dos respectivos associados, não tendo tido por objectivo ou como efeito restringir sensivelmente a concorrência nos mercados em causa, designadamente por não ter fixado qualquer aumento dos preços dos parques de estacionamento geridos ou explorados pelas suas empresas associadas, por não ter recomendado qualquer aumento dos preços nos referidos parques e por considerar que as características de funcionamento do mercado impediriam que, mesmo que se entendesse tal conduta como uma recomendação da Associação às empresas associadas, não poderia ter por efeito (nem teve por objectivo) restringir ou falsear a concorrência no mercado.

I.6. Apreciação da Defesa Escrita da Arguida pela Autoridade da Concorrência

35. Sem prejuízo da análise adequada que se fará das questões pertinentes para a matéria de facto e respectiva qualificação jurídica suscitadas pela Arguida na sua resposta escrita, esta apresenta, genericamente, uma argumentação de defesa assente: *i)* na identificação de questões de ordem formal ou prévia relativas ao procedimento administrativo adoptado pelo serviço instrutor, pretensas violações dos princípios e normas que entende aplicáveis ao mesmo e preterição dos direitos fundamentais dos arguidos em processo contra-ordenacional; e *ii)* questões de qualificação e imputação da prática, ou de verificação da mesma no caso concreto, tanto por desconsideração da prova junta aos autos como por diferente entendimento dos factos subjacentes e da



qualificação proposta pela AdC. Sublinhar-se-á desde já que da leitura e análise da defesa escrita apresentada pela Associação Arguida não resulta qualquer contestação dos factos, mas apenas a contestação da qualificação jus-concorrencial dos mesmos, como apresentada pela Nota de Ilicitude.

36. Uma vez que as questões de ordem formal e prévia, se verificadas em favor da Arguida, prejudicariam uma decisão final da AdC quanto à materialidade dos factos objecto dos presentes autos, começa-se por dar a devida resolução às mesmas.
37. Não obstante isso, desde já se refere que tais alegações produzidas pela Arguida em sede de defesa resultam directa e necessariamente dos seus diferentes entendimentos quanto à qualificação jurídica dos factos. Dito de outro modo, é pela tentativa de defesa de diferentes entendimentos quanto à qualificação jurídica dos factos, face àquela constante da Nota de Ilicitude, que a Arguida constrói tais alegações, para além de entender que a conformação do processo pela AdC encontra-se enfermada por diversas violações dos seus direitos de defesa.
38. Sendo certo que tais alegações devem ser consideradas infundadas, encontrando-se em total contradição, não apenas com a qualificação jurídica dos factos propugnada pela AdC, como pela concreta e escrupulosa aderência do processo desenvolvido pelo Serviço Instrutor aos princípios constitucionais e legais aplicáveis aos processos contra-ordenacionais da concorrência.

I.6.1. Enquadramento prévio quanto à natureza dos procedimentos por infracção à Lei n.º 18/2003, em especial as infracções ao seu artigo 4.º

39. O artigo 19.º da Lei n.º 18/2003 dispõe que “*sem prejuízo do disposto na presente lei, os procedimentos sancionatórios respeitam o princípio da audiência dos interessados, o princípio do contraditório e demais princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código de Procedimento Administrativo (...) bem como, se for caso disso, do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social (...)*”. Por sua vez, o artigo 22.º, n.º 1 da LdC determina que “*os processos por infracção ao disposto nos artigos 4.º, 6.º e 7.º regem-se pelo disposto na presente secção, na secção I do presente capítulo e, subsidiariamente, pelo regime geral dos ilícitos de mera ordenação social*”.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

40. A jurisprudência uniforme do Tribunal do Comércio de Lisboa sobre a conjugação destas duas normas durante a fase administrativa do processo é clara: a aplicação subsidiária do Código do Procedimento Administrativo está pensada para determinadas situações, e a aplicação subsidiária do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social está pensada para outras.


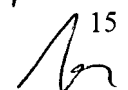
41. A este título, refira-se ainda, quanto à aplicação subsidiária do RGCO e do Código de Processo Penal (adiante, “CPP”), aos processos contra-ordenacionais por infracção das regras de defesa da concorrência, previstas na Lei n.º 18/2003, que:

“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 42.º puníveis com coima (art.º 43.º) e sanção acessória de publicitação da infracção (art.º 45.º). 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 41.º do RGCO é aplicável, como direito subsidiário, o Código do Processo Penal.

Ou seja, a ordem nesta matéria é ver em primeiro lugar o regime da Lei da Concorrência (art.ºs 22.º a 29.º), após o RGCO e apenas num momento posterior se necessário e admissível, o direito processual penal que deverá ser aplicado devidamente adaptado (...) 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” (Cf. Despacho do Tribunal do Comércio de Lisboa, Proc. n.º 851/06.2TYLSB).

42. Nos termos referidos, os processos contra-ordenacionais promovidos pela AdC sujeitam-se, em *última ratio*, às regras do CPP *devidamente adaptadas* (cfr. n.º 1 do artigo 41.º do RGCO), e apenas perante lacuna do RGCO (subsidiariamente aplicável *ex vi* do artigo 22.º da Lei n.º 18/2003).

43. Esclarecido o enquadramento preliminar relativo à aplicação do direito processual administrativo ao processamento de contra-ordenações da concorrência, haverá ainda que procurar adequadamente enquadrar as questões prévias suscitadas pela Arguida,


15


AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

que pretensamente prejudicam ou impedem a adopção de uma decisão final da AdC sobre a matéria de facto vertida nos autos.

44. Cremos ser necessário, atendendo ao teor das alegações da Arguida e à interpretação do regime jurídico aplicável, manifestamente contrária à jurisprudência nacional fixada, esclarecê-la também da natureza e conteúdo dos direitos processuais dos arguidos em processos contra-ordenacionais da concorrência.
45. Uma vez terminadas as diligências de investigação levadas a cabo no âmbito do inquérito, de acordo com o artigo 24.º da Lei n.º 18/2003, e verificando-se, como nos presentes autos, fortes indícios da prática de um ilícito concorrencial, a AdC decidiu dar início à instrução do processo: notificou a Arguida, através da respectiva Nota de Ilicitude, identificando-a e imputando-lhe os factos apurados, subsumidos ao direito aplicável e indicando as sanções aplicáveis aos comportamentos em causa, tendo, no caso concreto, fixado um prazo de quarenta dias úteis, para que se pudesse pronunciar.
46. Desde logo, quanto ao prazo fixado, convirá recordar a inexistência de determinação legal do prazo, deixando a Lei à AdC o dever de determinar a razoabilidade do prazo, tendo em conta a dimensão dos autos, a complexidade da matéria de facto e do enquadramento jurídico, entre outros factores eventualmente invocáveis, sendo certo que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, vertida no seu Assento n.º 1/2003, o mesmo não poderá ser inferior a 10 dias úteis³.

³ A Lei n.º 18/2003 não fixa qualquer prazo para exercício do direito de defesa, o mesmo se verificando no RGCO.

A título de exemplo quanto à fixação de prazos máximos de defesa, o artigo 219.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) fixa um prazo não inferior a 10 dias nem superior a 30 dias úteis:

“(…)

3 – *A acusação será notificada ao arguido ou ao seu defensor, quando este existir, designando-se-lhe prazo razoável para apresentar a defesa por escrito e oferecer meios de prova.*

4 – **O prazo de defesa será fixado entre 10 e 30 dias úteis, tendo em atenção o lugar da residência, sede ou estabelecimento permanente do arguido e a complexidade do processo”.**

Já o artigo 49.º da Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, que aprova a Lei-quadro das contra-ordenações ambientais, determina o seguinte:

“1 – *O auto de notícia, depois de confirmado pela autoridade administrativa e antes de ser tomada a decisão final, será notificado ao infractor, conjuntamente com todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, bem como o sentido provável daquela, para, no prazo de 15 dias úteis, se pronunciar por escrito sobre o que se lhe oferecer por conveniente”* (destaques nossos).

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

47. A fase da instrução, no processo contra-ordenacional da concorrência, destina-se a assegurar os direitos de audiência e defesa dos arguidos, no caso de estes não se conformarem com o teor da Nota de Ilicitude, dando cumprimento ao princípio consagrado no n.º 10 do artigo 32.º da CRP.
48. Haverá, desde já, que estabelecer a distinção entre os direitos dos arguidos no processo criminal e nos processos de contra-ordenação, fundamental para compreender plenamente a falta de cabimento das alegações da Arguida quanto à pretensa violação dos seus direitos fundamentais no presente processo.
49. No âmbito dos direitos e deveres fundamentais, dispõe o aludido artigo 32.º, n.º 10, da CRP, que nos processos contra-ordenacionais são assegurados ao arguido os direitos de audiência e de defesa; por sua vez, em relação ao processo criminal, o legislador constituinte determina que se assegurem todas as garantias de defesa, incluindo o recurso (cfr. n.º 1).
50. Pelo simples cotejo da norma constitucional, verifica-se a existência de diferenças sensíveis entre o processo criminal em geral e o regime geral das contra-ordenações, reservando-se ao primeiro *todas as garantias de defesa*, e ao segundo o direito de audiência e defesa: o n.º 1 do artigo 32.º da CRP constitui uma cláusula geral que inclui não só todas as garantias explicitadas nos números seguintes mas também as demais que decorressem da necessidade de efectiva defesa do arguido em processo penal. É esse o seu significado actual, a que acresce a explicitação do direito ao recurso, acrescentada na revisão constitucional de 1997.
51. Assim, todas as garantias de defesa, no processo criminal, não são as garantias que a lei formalmente concede mas, no quadro dessas garantias e dos princípios estabelecidos pela CRP, todos os meios que em concreto se mostrem necessários para que o arguido se faça ouvir sobre as provas e razões que apresenta em ordem a defender-se – o arguido é tomado como sujeito processual a quem devem ser asseguradas todas as possibilidades de impugnar a acusação, bem como as garantias de independência e imparcialidade do juiz ou tribunal e a lealdade do procedimento.
52. Já “o n.º 10 do artigo 32.º da CRP garante aos arguidos, 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 feitas. A defesa pressupõe a prévia acusação, pois que só há defesa perante uma acusação. A constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender.” (Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, sub artigo 32.º, pág. 363).

53. Do exposto resulta que as diferenças entre o processo penal e processo contra-ordenacional não são negligenciáveis: 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, entre outros. Ao segundo, apenas a necessária audição e possibilidade de defesa.

54. Para este efeito, e para melhor esclarecimento da Arguida quanto ao enquadramento jurídico que necessariamente se impõe à AdC na apreciação das questões prévias suscitadas, cita-se o Tribunal da Relação de Lisboa, em Acórdão proferido a 15 de Março de 2007 (9.ª secção, Proc. 172/07):

“Se é certo que resulta da norma citada [artigo 32.º, n.º 10 da CRP] 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, os direitos de audiência e defesa, ou seja, (...) o direito de o arguido ser previamente ouvido e o direito de se poder defender (e não quaisquer outros, designadamente o referido direito ao silêncio), não resultando desta consagração (audiência e defesa) qualquer repetição por se tratar do exercício de dois direitos claramente distintos.

No que respeita a esta matéria, importa citar o referido no Acórdão do Tribunal Constitucional 278/99 (...) ‘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 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 n.º 469/97' (...). 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) (...)"

55. Feito o enquadramento que norteará a apreciação pela AdC das questões pretensamente prejudiciais da conclusão material do presente processo, proceder-se-á de seguida à respectiva análise e decisão

1.6.2. Enunciação das questões prévias suscitadas pela Associação Arguida

56. A AdC começa por sublinhar, para todos os efeitos, que a Associação Arguida optou por suscitar estas questões, e as alegadas nulidades que delas retira, na respectiva Defesa Escrita, a 12 de Novembro de 2010, quarenta dias úteis após a notificação da abertura da instrução do presente processo contra-ordenacional e do teor da Nota de Ilicitude, a 15 de Setembro de 2010.
57. Na defesa escrita, a Associação Arguida, em sequência de uma breve "Introdução" (cfr. §§ 1 a 12 da defesa escrita, a fls. 15711), enuncia, sob o título "Questões Prévias e Vícios Adjectivos" (cfr. §§ 13 a 214 da defesa escrita, a fls. 15714), as questões de natureza processual que, na sua perspectiva, invalidam o processo desenvolvido pela AdC e impedem a apreciação substantiva dos factos identificados na Nota de Ilicitude, tendo em conta a "salvaguarda dos direitos fundamentais" (cfr. §§ 13 a 30 da defesa escrita, a fls.15714), e um "feixe de direitos e princípios fundamentais a considerar" (cfr. §§ 31 a 52 da defesa escrita, a fls. 15718), a saber:
- a) Não constituição de arguido e correspondente violação do *estatuto de arguido* da Associação, durante o inquérito (cfr. §§ 53 a 66 da defesa escrita, a fls. 15722);



AUTORIDADE DA **CONCORRÊNCIA**

- b) Não concessão de um prazo razoável de defesa (cfr. §§ 67 a 80 da defesa escrita, a fls. 15725);
 - c) Preterição de direitos fundamentais no plano dos factos e inversão ilegítima do princípio da presunção de inocência (cfr. §§ 81 a 112 da defesa escrita, a fls. 15728);
 - d) Preterição de direitos fundamentais no plano das provas e a utilização de provas proibidas (cfr. §§ 113 a 173 da defesa escrita, a fls. 15734);
 - e) Preterição de direitos fundamentais no plano do direito (cfr. §§ 174 a 184 da defesa escrita, a fls. 15747);
 - f) Preterição de direitos fundamentais no plano da sanção (cfr. §§ 185 a 203 da defesa escrita, a fls. 15749);
 - g) Preterição de outros direitos fundamentais, designadamente a liberdade de associação (cfr. §§ 204 a 207 da defesa escrita, a fls. 15754).
58. Finalmente, de §§ 208 a 214 da defesa escrita, a Associação Arguida identifica as “consequências das múltiplas preterições de direitos fundamentais” elencadas (a fls. 15754), e que serão analisadas na presente Decisão a propósito da apreciação individual das questões suscitadas.

I.6.3. Apreciação pela Autoridade da Concorrência

59. Considerando as alegações da Arguida, a AdC sublinha não pôr em causa as normas, jurisprudência e doutrinas que invoca na sua defesa escrita, em pretensão apoio às suas alegações, e que por mera economia de meios se não reproduzem na presente decisão; o mesmo não é dizer que se concorda com o sentido que a Arguida delas retira.
60. Se a interpretação e utilização das normas aplicáveis ao presente processo pela AdC respeitam integralmente a generalidade da jurisprudência e doutrinas citadas, já a Arguida parece interpretar e conceber o regime jurídico aplicável ao presente processo contra-ordenacional com um alcance que não resulta, nem pode resultar, de tais normas, jurisprudência ou doutrina, pretensamente mobilizadas em seu suporte.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

61. Desde logo, há que contextualizar o conteúdo dos direitos de defesa dos arguidos em processo penal e a sua inerente diferenciação quanto à extensão e teor de tais direitos no âmbito do processo contra-ordenacional.
62. Reitera-se, nesta sede que, como tem recorrentemente afirmado a jurisprudência do Tribunal Constitucional, aos processos contra-ordenacionais não são aplicáveis directa e globalmente os princípios constitucionais próprios do processo criminal, nem, no plano da aplicação do direito ordinário, deve proceder-se à directa transposição para o primeiro de todas e quaisquer regras expressamente previstas para o segundo (cfr. os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 469/97, de 02/07/1997, 659/06, de 28/11/2006, e 405/2009, de 30/07/2009).
63. Nestes termos, o que tem de ser garantido aos arguidos em processo de contra-ordenação são os direitos de *audição* e de *defesa*, como expressamente previsto pelo artigo 32.º, n.º 10 da CRP.
64. Neste domínio não deve perder-se de vista que o direito de mera ordenação social se encontra, na nossa ordem jurídica, autonomizado face ao Direito penal, fundando-se tal autonomia na natureza do ilícito e da sanção, bem como nas especificidades processuais⁴, sendo certo que, como afirmou recentemente o Tribunal Constitucional, “(...) *na actualidade a tendência [é] para um certo redireccionamento do debate, fixando-se-lhe linhas de progressão dogmática centradas na recuperação dos elementos diferenciadores do direito contra-ordenacional (...)*” (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 405/2009, de 30/07/2009).
65. Para que seja de aplicar as normas do CPP às contra-ordenações é necessário determinar se essa aplicação é *necessária e admissível* e, sendo a resposta positiva, verificar se as normas do processo penal se aplicam literalmente ou têm de ser *devidamente adaptadas* à estrutura, funcionamento, valores e fins do processo de contra-ordenação⁵.
66. Ou seja, a aplicação subsidiária do CPP, nos termos do artigo 41.º, n.º 1 do RGCO, impõe ao intérprete uma dupla tarefa: não só a verificação (i) da inexistência de

⁴ Vd. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 144-154; e Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal (Parte Geral)*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 144-157.

⁵ Neste sentido, cfr. António de OLIVEIRA MENDES, José dos SANTOS CABRAL, *Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2004, p. 105.

regras expressas no RGCOG sobre a matéria, como também (ii) de que a aplicação da norma do CPP não seja contrária à essência axiológica e estrutural do Direito de Mera Ordenação Social⁶.

67. Assim, o Tribunal Constitucional reiteradamente sublinha a diferente natureza dos ilícitos em causa e a *menor ressonância ética do ilícito de mera ordenação social*, que fazem com que as garantias de defesa em ambos os regimes não tenham que ser iguais, sob pena de erosão da própria diferenciação constitucional entre ambos os regimes sancionatórios e sem prejuízo de se garantir um núcleo essencial de respeito pelo princípio do contraditório (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 659/06, de 28 de Novembro de 2006, e restante jurisprudência constitucional nele citada).
68. Como resulta do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 278/99, de 05 de Maio de 1999, “*a preservação das garantias de defesa do arguido passa, nos parâmetros do Estado de Direito democrático, além do mais, pela observância do contraditório, de modo a que sempre possa ser dado conhecimento ao arguido da acusação que lhe é feita e se lhe dê oportunidade para se defender. A intangibilidade deste núcleo essencial compadece-se, no entanto, com a liberdade de conformação do legislador ordinário que, designadamente na estruturação das fases processuais anteriores ao julgamento, detém margem de liberdade suficiente para plasticizar o contraditório, sem prejuízo de a ele subordinar estritamente a audiência: aqui tem o princípio a sua máxima expressão (como decorre do n.º 5 do artigo 32.º citado), nessa fase podendo (e devendo) o arguido expor o seu ponto de vista quanto às imputações que lhe são feitas pela acusação, contraditar as provas contra si apresentadas, apresentar novas provas e pedir a realização de outras diligências e debater a questão de direito.*”
69. Nestes termos, convirá esclarecer a Arguida que, ressalvado o núcleo essencial do direito ao contraditório, de modo a “*ser dado conhecimento ao arguido da acusação que lhe é feita e se lhe dê a oportunidade para se defender*”, i.e., que a decisão não possa ser proferida sem que ao mesmo tenha sido dada a oportunidade de contestar e

⁶ Frederico de Lacerda da COSTA PINTO – «Acesso de particulares a Processos de Contra-Ordenação Arquivados», *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2002, página 617.

1606
H

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

discutir os indícios e imputações apresentadas, não existe uma moldura constitucional que não se compadeça com a adequação ou, nas palavras do próprio Tribunal Constitucional, “*plasticização*” do contraditório.

70. Será por referência a tal capacidade de adequação que deverá ser compreendido e aplicado o núcleo normativo que enquadra os direitos de audição e defesa do arguido em processos contra-ordenacionais: o artigo 32.º, n.º 10, da CRP, o artigo 50.º do RGCO e os artigos 19.º e 26.º, n.ºs 1 e 4, da Lei n.º 18/2003, assim como as referências jurisprudenciais e doutrinárias que sobre o mesmo incidam.
71. De seguida, não se pode deixar de sublinhar que, no que respeita em concreto às Notas de Ilicitude proferidas pelo serviço instrutor da AdC em cumprimento dos artigos 25.º, n.º 1, alínea b) e 26.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, resulta consolidado pela jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa aquilo que, em termos formais e materiais, a tal peça processual é exigido conter, em cumprimento dos direitos de audição e defesa dos arguidos.
72. O Tribunal do Comércio de Lisboa tem já suficiente jurisprudência consolidada para esclarecer os agentes — intérpretes e aplicadores — dos requisitos formais e substanciais que norteiam a interpretação dos normativos aplicáveis. Para tanto, recorra-se, a mero título de exemplo, à jurisprudência proferida nas Sentenças de 15 de Fevereiro de 2007, no Processo n.º 766/06.4TYLSB e de 02 de Maio de 2007, no Processo n.º 965/06.9TYLSB.
73. No primeiro aresto, o Tribunal afirma que “*terminada a investigação e concluindo o titular do processo (autoridade administrativa) que há indícios da prática de uma contra-ordenação e de quem é o seu autor, profere uma decisão, designada de nota de ilicitude, na qual identifica o arguido e os factos praticados, subsumindo-os ao direito aplicável, e indica as sanções aplicáveis. Tal decisão tem de ser notificada ao arguido a quem tem de ser dada a possibilidade de sobre ela se pronunciar em tempo razoável*”.
74. Continuando, “*neste caso pode o arguido, se não se conformar com a nota de ilicitude, exercer o seu direito de defesa, que passa não só pela resposta aos factos que lhe são imputados e respectivo enquadramento jurídico, como pela apresentação*



23


da prova que entender necessária ou pelo requerimento de realização de diligências de prova”.

75. Na segunda decisão citada, o Tribunal refere que *“como já se repetiu várias vezes, deste direito [de audiência e defesa, nos termos do artigo 50.º do RGCOG], resulta tão-só que a ninguém pode ser aplicada uma sanção sem que, previamente, lhe tenha sido dada a possibilidade de se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados e sobre o respectivo enquadramento jurídico”.*
76. Resulta claro, destes trechos citados – que correspondem apenas a uma breve ilustração da consolidada jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa sobre esta matéria – que o que é exigido pelo quadro legal em causa é que, para salvaguarda das garantias de defesa dos arguidos, lhes sejam comunicados todos os aspectos de facto (ou seja, todos os factos) e de direito (a subsunção de tais factos ao direito considerado aplicável pela AdC), relevantes para a decisão final do processo, sendo estes os suficientes e necessários para que seja assegurado aos arguidos a possibilidade de contraditar a acusação que lhes é formulada e apresentada.
77. No presente processo contra-ordenacional foi exactamente o que foi feito através da Nota de Ilicitude, como resulta da mera leitura desta peça processual, tendo a Arguida tido todas as oportunidades de se defender e de apresentar as suas próprias conclusões nos momentos processualmente adequados, i.e., no âmbito da fase processual da instrução, e sempre antes de qualquer tomada de posição definitiva no presente processo.
78. E a esta conclusão se chega pelo mero cotejo da sua pronúncia escrita, suportada em 159 páginas e 764 parágrafos, concluindo-se que a Arguida entendeu e apreendeu as acusações que sobre si impendiam, os factos que as suportavam e o respectivos enquadramentos jurídicos, tendo, para o efeito, de todas e de cada uma se defendido na respectiva defesa escrita, nos termos que entendeu pertinentes ou convenientes.
79. Nestes termos, não podem deixar de ser repudiadas as considerações prévias da Associação Arguida, de fls. 15714 a 15718 (§§ 13 a 30 da defesa escrita, sob o título “Introdução: a salvaguarda dos direitos fundamentais”), ao alegar, equiparando sanções com carácter pecuniário a penas privativas da liberdade (de pessoas singulares, como é óbvio mas, dada a amplitude dos equívocos da defesa da

Associação Arguida, ainda assim necessário aqui relembrar), que, “*porque o legislador definiu a moldura sancionatória para o ilícito em causa como abstractamente muito gravosa – muito mais gravosa que a cominação prevista para sanções penais -, a condenação pela prática deste tipo de ilícito não pode deixar de convocar na sua plenitude os princípios e as garantias do direito e do processo penais* (cfr. § 22 da defesa escrita, a fls. 15716), considerando por isso ser “*indispensável tratar os arguidos em processos como o presente de forma análoga à que vigora em processo penal*” (cfr. § 24 da defesa escrita, a fls. 15716).

80. Da mesma forma, não podem deixar de se repudiar as conclusões da Arguida no § 52 da sua defesa escrita quando, recentrando a sua arguição quanto aos princípios constitucionais aplicáveis aos processos contra-ordenacionais no artigo 32.º, n.º 10, da CRP (cfr. §§ 31 a 51) conclui pela não observância dos direitos de audição e defesa da Associação Arguida no presente processo, como melhor desenvolvido adiante.
81. Proceder-se-á de seguida, então, à enunciação e apreciação das alegações proferidas pela Associação Arguida em sede de pronúncia escrita, relativas à pretensa preterição de regras substantivas e processuais aplicáveis ao presente processo contra-ordenacional.

A) Não constituição de arguido e correspondente violação do estatuto de arguido da Associação, durante o inquérito

82. A Associação Arguida, nos §§ 53 a 66 da sua defesa escrita, a fls. 15722, alega serem aplicáveis ao processo contra-ordenacional as normas constantes do artigo 58.º, n.º 1 e 61.º do CPP, quanto à obrigatoriedade de constituição de arguido quando “*uma pessoa que seja suspeita no âmbito de um inquérito preste declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal*”, devendo ainda ser-lhe comunicados os direitos que lhe assistem nessa ocasião, “*designadamente o direito de ser informado dos factos que lhe são imputados antes de prestar quaisquer declarações perante qualquer entidade*”.



83. Considera ainda que “a AdC não respeitou o estatuto de arguido previsto na lei processual penal e aplicável por remissão aos processos de natureza contra-ordenacional, dado que: i) solicitou à ANEPE que lhe remetesse diversos documentos e informações sem referir expressamente que os mesmos serviriam ou poderiam vir a servir para instruir um processo de contra-ordenação no qual assume e assumia já a qualidade de arguida; ii) ouviu Pedro Maria Póvoas Mendes Leal na qualidade de legal representante da ANEPE, sem ter esclarecido se, estando a ser ouvido na referida qualidade, tal significava que a associação por si representada era arguida no processo (com as consequências que adiante se exporão) e iii) não notificou nem a ANEPE, nem Pedro Leal na qualidade de seu legal representante, para quaisquer actos do processo, exceptuando a NI a que ora se responde.” (cfr. § 58 da defesa escrita, a fls. 15723).
84. Como tal, entende a Associação Arguida que a “consequência do desrespeito desta obrigação é a proibição de prova (...), com a inerente consequência da nulidade das provas assim obtidas” (cfr. § 62 da defesa escrita, a fls. 15724), concluindo que “deve a inquirição do representante legal da ANEPE ser declarada nula por corresponder a uma proibição de prova enquadrada no disposto no artigo 126.º do Código de Processo Penal ou, caso assim não se entenda, deve ser declarada a mesma nulidade por aplicação do disposto no artigo 120.º, n.º 2 alínea d) do Código do Processo Penal aplicável ex vi artigo 41.º do RGCO” (cfr. § 66 da defesa escrita, a fls. 15725).
85. A AdC começa por recordar que todos os declarantes chamados a prestar declarações nos autos do presente processo fizeram-se acompanhar por advogado sempre que o entenderam, conforme consta dos respectivos autos de inquirição, e que as notificações realizadas foram-no, em especial no que respeita ao Senhor Pedro Mendes Leal, nos termos e para os efeitos do artigo 17.º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 18/2003, segundo o qual a AdC pode “inquirir os representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos”.



86. A questão que a Arguida pretende suscitar, se bem se compreende, é a da nulidade não apenas do auto de declarações do senhor Pedro Mendes Leal, enquanto representante legal da ANEPE, mas de todos os actos processuais posteriores ao momento em que a ANEPE pretensamente deveria ter sido constituída como arguida nos presentes autos e, bem assim, a invalidação das provas que se hajam recolhido, tanto documentais como por via das declarações proferidas nos autos ou outras diligências probatórias com as mesmas relacionadas, por pretensa omissão de tal constituição.
87. Uma vez mais, cumpre recordar à Arguida que esta matéria foi já alvo reiterado de tratamento jurisprudencial uniforme, não apenas pelo Tribunal do Comércio de Lisboa, que tem dedicado suficiente empenho em tal matéria para evitar que a mesma seja repetidamente invocada perante a AdC, como dos tribunais de recurso, de que sublinhamos a jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa, no seu aresto de 30 de Outubro de 2008, no Processo n.º 2140/08-9, 9.ª Secção, segundo a qual:

“(...) nas disposições processuais contra-ordenacionais do CdVM nada se diz sobre a constituição de arguido. Somos por isso remetidos para o RGCO que apenas refere, segundo o disposto no artigo 50.º, que não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre. A interpretação deste artigo pressupõe a comunicação ao arguido dos factos de que é acusado. Ora, a comunicação desta acusação há-de implicar a respectiva constituição de arguido. Neste sentido se deve interpretar também o artigo 57.º, n.º 1, do CPP, aplicável com as necessárias adaptações: nos termos deste preceito, assume a qualidade de arguido aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal.

Assim, transposta esta norma para o domínio contra-ordenacional, ela tem de significar que a dedução de uma acusação deve ser notificada ao acusado, impondo-se nesse momento a sua constituição como arguido. Deste modo, carece não só de sentido material mas, sobretudo, de fundamento legal o entendimento segundo o



qual a constituição de arguido deve ocorrer na fase de supervisão, por forma a que os elementos recolhidos na supervisão possam ser usados”.

88. Nestes termos, a AdC não subscreve – nem pode subscrever, porque tanto não resulta da Lei – qualquer entendimento que determine, durante o inquérito e previamente à notificação da abertura da instrução, nos termos do artigo 25.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 18/2003, a constituição de arguido, para que a Associação Arguida fizesse valer, v.g., o seu direito ao silêncio, e isto porque não há regra específica alguma que imponha a constituição de arguido no âmbito do processo contra-ordenacional, como a Arguida não ignora.
89. Recordamos que o processo contra-ordenacional não apresenta a mesma estrutura do processo criminal, conforme o CPP, dividido em inquérito, uma fase facultativa de instrução e o julgamento, cada uma destas etapas dirigida por entidades judiciais distintas: o Ministério Público, o Juiz de Instrução e o Juiz de Julgamento, respectiva e sucessivamente.
90. Distintamente, o processo contra-ordenacional previsto na Lei n.º 18/2003, é uno e dirigido na sua fase administrativa por uma única entidade, a própria AdC, cabendo-lhe investigar, instruir e aplicar a coima, nos casos em que se revele necessário.
91. Nas disposições processuais contra-ordenacionais da Lei n.º 18/2003 nada se refere quanto à constituição de arguido, surgindo a primeira referência a tal figura apenas no artigo 25.º, n.º 1, alínea b): *“terminado o inquérito, a Autoridade decidirá dar início à instrução do processo, através de notificação dirigida às empresas ou associações de empresas arguidas”.*
92. Quanto ao RGCOC, este apenas refere, nos termos do artigo 50.º, que não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre, o que implicará a comunicação dos factos por que é acusado e respectiva qualificação jurídica.
93. Neste sentido, considerem-se igualmente os artigos 57.º e 58.º do CPP, aplicáveis, *devidamente adaptados*, ao processo contra-ordenacional: nos termos de tais

normativos, assumirá qualidade de arguido aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal; ora, no processo contra-ordenacional, tal aplicação imporá que a dedução de uma acusação seja notificada ao acusado, impondo-se nesse momento a sua constituição como arguido.

94. Tem sido este, aliás, o entendimento consistente, tanto do Tribunal do Comércio de Lisboa como do Tribunal da Relação de Lisboa, em processos contra-ordenacionais trazidos ao seu julgamento.
95. Atente-se ao decidido pelo Tribunal do Comércio de Lisboa, na já citada sentença de 2 de Maio de 2007, no Processo n.º 965/06.9TYLSB:

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

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

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

(...)

Este ramo do direito [Direito de Mera Ordenação Social] surgiu na sequência do movimento mais lato de descriminalização do direito penal e autonomizou-se desde



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

Daqui resulta, como tem sido aliás reconhecido abundantemente pelo Tribunal Constitucional, que não há uma estreita equiparação entre o ilícito contra-ordenacional e o ilícito criminal, não obstante a 'necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal' (Ac. Tribunal Constitucional nº 469/97; no mesmo sentido se pronunciaram inúmeros arestos do Tribunal Constitucional, indicando-se, a título de exemplo, os Ac. 158/92, 344/93, 473/01, 581/04, 325/05 e 637/06).

(...)

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

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

Ao prescrever desta forma resulta evidente que não há qualquer obrigatoriedade de constituição prévia de arguido.

(...)

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



consequentemente, não tem que se aplicar neste domínio o regime global de garantias e direitos subjacentes àqueles ilícitos.

Ao nível dos ilícitos contra-ordenacionais o legislador entendeu que as garantias de defesa do arguido ficavam inteiramente salvaguardadas com esta necessidade de o mesmo ser ouvido antes de lhe ser aplicada uma coima, não impondo a sua constituição formal como arguido (...).

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

96. Nestes termos, entende a AdC carecer de qualquer sentido ou fundamento o entendimento da Associação Arguida segundo o qual a constituição de arguido deveria ter ocorrido em momento anterior ao da notificação da Nota de Ilicidade, no seguimento da jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa e do Tribunal da Relação de Lisboa, que aqui foi referida.

97. E que seria, uma vez mais, subscrita pelo Tribunal do Comércio de Lisboa, concluindo que:

“Tendo patente esta diferença de natureza de ilícito e, consequentemente, de regime, temos de concluir não só que não há obrigatoriedade de constituição formal de arguido no domínio contra-ordenacional como que o leque de direitos e deveres do arguido no processo penal é aplicável neste domínio, ou seja, a não inclusão no RGCOOC de uma norma prevendo a constituição de arguido e elencando os seus direitos e deveres foi intencional, não se tratando de uma lacuna” (Tribunal do Comércio de Lisboa, 2.º Juízo, Despacho de 28 de Julho de 2009, processo n.º 648/09.8TYLSB).

98. Conclui-se portanto que a Arguida apreciou incorrectamente esta questão.

99. Diga-se ainda, por ser uma questão transversal a todas as arguições de nulidade por parte da Arguida, que cumpre salientar que os artigos 119.º e 120.º do CPP não são

aplicáveis ao caso em apreço, devendo-se entender que em processo de contra-ordenação não há nulidades, por opção do próprio legislador.

100. Com efeito, os artigos 119.º e 120.º do CPP pressupõem e tutelam figuras, institutos ou situações do processo penal que existem nesse ramo do direito, v.g. composição do tribunal colectivo e do júri, promoção do processo pelo Ministério Público, ausência (quando a lei o exija) do Ministério Público, do arguido ou do seu defensor, inquérito e instrução, regras de competência material e funcional do tribunal e formas especiais de processo aplicadas erradamente.
101. Ora, nada disto existe, com esta configuração, no processo de contra-ordenação. Com efeito, o processo de contra-ordenação, na fase administrativa, v.g. não é dirigido pelo Ministério Público, a decisão condenatória não é proferida por um Tribunal, o arguido não tem de estar presente (cf. artigos 33.º, 44.º e 68.º do RGCOG).
102. Os artigos 119.º e 120.º do CPP são normas específicas do processo penal, que não podem ser aplicadas aos processos de contra-ordenação sem uma completa subversão do regime deste. Pelo que o processo de contra-ordenação não pode absorver estas figuras do processo penal por via do direito subsidiário.
103. Donde, o princípio da legalidade processual (artigo 43.º do RGCOG), o princípio da legalidade das nulidades (artigo 118.º, n.º 1 do CPP) e os limites legais da aplicabilidade do direito subsidiário (artigo 41.º do RGCOG) impedem a aplicação do artigo 119.º do CPP ao processo de contra-ordenação.
104. Todavia, mesmo que se entenda que tais normas são aplicáveis ao processamento de contra-ordenações e que, por mera cautela de raciocínio, a constituição formal de arguido é obrigatória em processo contra-ordenacional – o que, como se verificou já, não é o caso – não decorreria da mesma omissão qualquer *nulidade insanável*, uma vez que não se compreende como a falta de constituição de arguido possa corresponder à falta de inquérito, nos termos e para os efeitos do artigo 119.º do CPP, mas tão-somente uma *irregularidade*.
105. Conclusão essa que segue na linha da já citada jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa, nos termos da qual “(...) *não se pode equiparar a falta de constituição de arguido à falta de inquérito. Logo, e uma vez que vigora entre nós o*



princípio da tipicidade no que concerne às nulidades, não estando prevista como nulidade a falta de constituição formal de arguido, tal vício seria o da irregularidade e não o da nulidade”.

106. Finalmente, porque tal pretensa irregularidade “só determina a invalidade do acto a que se refere e dos termos subsequentes que possa afectar quando tiver sido arguida pelos interessados no próprio acto ou, se a esta não tiverem assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificados para qualquer termo do processo ou intervindo em algum acto nele praticado”, de acordo com o artigo 123.º, n.º 1 do CPP.

107. Deste modo, caso se verificasse uma irregularidade, a Arguida deveria invocá-la tempestivamente perante a AdC; não o fazendo — como foi o caso nos autos — a pretensa irregularidade não afectaria a validade ou eficácia de qualquer acto processual, quer dos que precederam a notificação da Nota de Ilícitude, quer dos que se lhe seguiram.

108. Aliás, caberá aqui citar, uma vez mais, o Tribunal do Comércio de Lisboa, no seu Despacho de 15 de Fevereiro de 2007, nos termos do qual:

*“(...) tendo tido um comportamento totalmente passivo nesta matéria desde que foi notificada da nota de ilicitude, o facto de vir agora suscitar esta questão (irregularidade processual) raia a violação dos seus deveres de diligência e boa fé processuais. ‘O primeiro obriga os sujeitos processuais a «reagir contra nulidades ou irregularidades que consideram cometidas e entendam relevantes... não podendo naturalmente escudar-se na sua própria negligência no acompanhamento das diligências ou audiências para vir reclamar o cumprimento da lei relativamente a actos em que estiveram presentes e de que, agindo com a prudência normal, não puderam deixar de se aperceber». O segundo impede que os sujeitos processuais «possam aproveitar-se de alguma omissão ou irregularidade porventura cometida ao longo dos actos processuais em que tiveram intervenção, guardando-a como um «trunfo» para, em fase ulterior do processo, se e quando tal lhes pareça conveniente, a suscitarem e obterem a anulação do processado»’ (João Conde Correia, Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais, in *Studia Iuridica* 44, Cª Ed., p.148, n.328).*



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

109. Em conclusão, não se verifica qualquer nulidade ou irregularidade decorrente da não constituição formal dos ora arguidos em momento anterior à notificação da Nota de Ilicitude no presente processo, e bem assim, dos vícios alegados pelas Arguidas decorrentes de tal pretensa omissão.

B) Não concessão de um prazo razoável de defesa

110. Do § 67 ao § 80 da sua defesa escrita, a fls. 15725, a Arguida considera que, *“em face de um processo com as características e dimensão do presente o prazo de 40 dias úteis é manifestamente insuficiente. Em boa verdade a AdC careceu de 4 anos para analisar a prova que reuniu e preparar a NI. A Arguida teve 40 dias úteis para se defender. Nestas condições não existe processo equitativo, nem igualdade de armas, nem garantias de defesa”* (cfr. § 73 da defesa escrita, a fls. 15726), alegando estar em causa o seu direito de defesa e de se pronunciar num prazo razoável nos termos do artigo 50.º do RGCOC, o que *“constitui uma nulidade insanável e uma violação ostensiva do direito de defesa do arguido”* (cfr. § 80 da defesa escrita, a fls. 15728).
111. Recorde-se que, tendo sido fixado um prazo inicial de 30 dias úteis para apresentação das defesas escritas por parte das arguidas, prazo que foi considerado desde logo razoável, a AdC entendeu prorrogar esse mesmo prazo por mais 10 dias úteis, na sequência de requerimento da Arguida solicitando prorrogação por mais 30 dias úteis.



112. A fixação do prazo de resposta – quer o inicial, quer o da respectiva prorrogação – não decorreu de um despacho não fundamentado, resultando as razões subjacentes à concessão daquele prazo da resposta da AdC ao pedido de prorrogação de prazo de apresentação da defesa escritas da Arguida, por remissão para os próprios argumentos apresentados pela Arguida, já que o prazo que a AdC fixa para que as arguidas se pronunciem relativamente à Nota de Ilicitude relaciona-se directamente com os factos pelos quais são acusadas e não (directa ou imediatamente) com o volume do processo ou com as diligências que estas entendam empreender no prazo de apresentação da defesa escrita.
113. Diga-se ainda que quanto aos factos constantes da Nota de Ilicitude, e em relação a cada um deles, a AdC remeteu expressa e detalhadamente para a prova (isto é, para as fls. do processo) em que se sustentava, podendo a Arguida facilmente identificá-las de entre o acervo da documentação junta aos autos.
114. Assim, e porque a defesa da Arguida é feita relativamente a factos concretos, integral e especificamente sustentados em prova indicada, não pode deixar de considerar-se razoável o prazo de 40 dias úteis concedido pela AdC.
115. Como tal, quanto a este aspecto, não existe qualquer violação dos direitos de defesa da Arguida nos termos alegados, nem das normas por estas citadas.
116. De facto, a Arguida teve, a todo o tempo, acesso aos autos para poder consultar o processo, nos termos que entendesse pertinentes, direito que, diga-se, a Arguida entendeu nunca exercer, satisfazendo-se com a mera obtenção de cópia integral do processo; tanto é o que resulta do despacho de deferimento dos requerimentos de acesso e consulta dos autos proferidos pelo serviço instrutor, a fls. 15691, bem como do termo de levantamento de cópias, a fls. 15694.
117. Finalmente, não pode deixar de se repudiar qualquer tentativa de aproximação das posições da AdC e das empresas arguidas nas fases do inquérito e da instrução, a que a Arguida parece querer aludir ao sublinhar a diferença entre o prazo em que decorreu a investigação e o prazo concedido para se pronunciar sobre a Nota de Ilicitude.



118. É que, em primeiro lugar, ao contrário do que pretende fazer crer a Arguida, a fase de inquérito, por um lado, e a fase de instrução, por outro (em que corre prazo para as arguidas apresentarem a sua resposta escrita à Nota de Ilicitude notificada pela AdC), não são de todo equiparáveis, ou sequer directamente relacionáveis, do ponto de vista do decurso temporal: não podendo equiparar-se, por serem material e processualmente diferentes, os momentos de investigação (durante a fase de inquérito), a cargo da autoridade administrativa, e o de resposta à acusação, da responsabilidade dos arguidos.
119. Na realidade, no primeiro momento, isto é, durante a fase de inquérito, cabe à AdC recolher, identificar e analisar os (quaisquer) indícios de práticas restritivas da concorrência e respectivos agentes.
120. Ou seja, do acervo de factos que chegam, por qualquer via, ao conhecimento da AdC, e que vão integrando o processo, incumbe a esta analisar, identificar, demonstrar (para, a final e sendo caso disso, punir), a existência de práticas restritivas da concorrência.
121. É com base nos elementos que recolhe nessa fase que, considerando haver indícios suficientes da prática de uma infracção concorrencial, a AdC acusa os arguidos, notificando-os do início da instrução e do teor da acusação, através da Nota de Ilicitude.
122. A Arguida terá de se defender daquilo — e apenas daquilo — de que é acusada através da Nota de Ilicitude.
123. É no segundo dos referidos momentos, da responsabilidade dos arguidos e que se inicia com a notificação do início da instrução e do teor da Nota de Ilicitude, que lhes incumbe — querendo-o — defender-se das acusações concretas que lhes foram movidas pela AdC.
124. Por força do próprio estatuto de arguido e pelas circunstâncias em que o mesmo se verifica (pela notificação da Nota de Ilicitude), não recai sobre os arguidos um ónus de prova nos mesmos termos daquele que recai sobre a autoridade administrativa que investiga os factos e acusa os respectivos agentes.



125. Assim, sendo material e processualmente distintos os momentos do inquérito e de apresentação da defesa das arguidas e, por isso, não equiparáveis, nem sequer directamente relacionáveis em termos de duração temporal, não poderá invocar-se uma qualquer violação do princípio da igualdade de armas no processo por o inquérito ter durado mais tempo (ou proporcionalmente mais tempo), do que o que foi concedido às arguidas para se pronunciarem sobre a acusação que lhes foi movida.
126. No mesmo sentido já se pronunciou o Tribunal do Comércio de Lisboa, admitindo a diferenciação de tratamento no seio de uma concreta conformação processual, quando tal diferenciação não se baseie em motivos subjectivos ou arbitrários ou seja materialmente infundada (Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 15 de Fevereiro de 2007, 2.º Juízo, Proc. n.º 766/06.4TYLSB).
127. De facto, o princípio da igualdade de armas é uma manifestação do princípio da igualdade, em especial da igualdade dos cidadãos perante os tribunais, em cujo âmbito as principais consequências práticas são a igualdade de armas no processo e a igualdade na posição de sujeito processual.
128. Na concretização deste princípio, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 133/99 (Proc. n.º 282/93), recordou que *“quanto ao princípio da igualdade de armas, entre a acusação e a defesa, dir-se-á que não se trata de uma igualdade matemática ou lógica”* e que *“o princípio da igualdade de armas só poderia considerar-se violado quando, em face de uma concreta conformação processual, se possa considerar substancialmente discriminatória à luz das finalidades do processo penal, a posição do M.P. e do arguido”*.
129. No Acórdão n.º 640/04 (Proc. n.º 909/03), o mesmo Tribunal decidiu: *“o princípio da igualdade de armas tem sido chamado a opera[r] essencialmente no âmbito do direito de defesa, no âmbito da preocupação de não colocar o arguido em desvantagem relativamente aos meios processuais de que dispõe a acusação com vista à formação da convicção do tribunal, o Acórdão n.º 132/92 conclui que o princípio da igualdade de armas não é um princípio absoluto em processo penal e, portanto, só tem de ser aplicado, em toda a sua plenitude, para nivelar a posição dos sujeitos processuais dentro do âmbito do direito de defesa, e em favor da mesma*



defesa” e que “efectivamente, para concluir pela violação do referido princípio não basta que [...] as normas em causa coloquem o arguido e o Ministério Público (ou o assistente) numa posição assimétrica. Igualdade de armas significa a atribuição à acusação e à defesa de meios jurídicos igualmente eficazes para tornar efectivos os direitos estabelecidos a favor da acusação e da defesa. O que, como diz Cunha Rodrigues, ‘Sobre o princípio da igualdade de armas’, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 1, Fasc. 1, pag. 91, ‘tendo em conta o lastro histórico relativo à evolução da opinião jurídica sobre o problema, conduzirá a que o princípio funcione como sensor do maior ou menor grau com que, na prática, se efectivam os direitos da defesa’. Retomando a expressão de Figueiredo Dias transcrita no Acórdão n.º 132/92, ‘uma concreta conformação processual só poderá ser recusada como violadora daquele princípio de igualdade quando dever considerar-se infundamentada, desrazoável ou arbitrária; como ainda quando possa reputar-se substancialmente discriminatória à luz das finalidades do processo penal, do programa político-criminal que àquele está assinado, ou dos referentes axiológicos que o comandam”.

130. Finalmente, no Acórdão n.º 610/96, o Tribunal Constitucional defendeu que: “o argumento de igualdade invocado pelo recorrente pressupõe a paridade dos despachos de pronúncia e de não pronúncia e a “igualdade de armas” entre defesa e acusação. A verdade, porém, é que existe uma diferença essencial entre aqueles despachos, que torna justificável racionalmente a diferença de regimes. Com efeito, a decisão instrutória de não pronúncia, uma vez transitada em julgado, põe termo ao processo, afectando irremediavelmente os respectivos sujeitos. Diferentemente, a decisão instrutória de pronúncia opera a remessa do processo para uma fase ulterior: o julgamento» e ainda que «não se pode concluir, por conseguinte, que o regime consagrado no n.º 1 do artigo 310º do Código de Processo Penal viole o princípio da igualdade (artigo 13º, n.º 1, da Constituição), mesmo que se sustente que a “igualdade de armas” já tem uma incidência mitigada na fase preparatória - cf., neste sentido, Procédures Pénales d'Europe, ob.col. dir. por Mireille Delmas-Marty, 1995, p. 30). A diferenciação entre os despachos de pronúncia e de não pronúncia não é arbitrária, visto que assenta numa justificação razoável, de acordo com critérios de valor objectivos, constitucionalmente relevantes (cf. Gomes Canotilho e



Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., 1993, p. 127”.

131. *Mutatis mutandis*, atente-se ainda que “*são também menos esclarecidas as posições que têm como implícita a ideia de que acusação e defesa podem utilizar as mesmas armas. Bem pelo contrário. São, desde logo, desiguais as normas que a lei distribui pela acusação e pela defesa. O Ministério Público tem o dever de objectividade orientado para a descoberta da verdade, o arguido tem o direito ao silêncio, a acusação tem o ónus da prova, o arguido goza da presunção da inocência, o Ministério Público investiga à charge et à decharge e pode actuar no interesse exclusivo do arguido, a defesa tem o direito de agir unilateralmente*”, J. N. Cunha Rodrigues, *Sobre o Princípio da Igualdade de armas*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 1, n.º 1, Janeiro-Março 1991, pág. 89.
132. Ou seja, da consideração da doutrina e jurisprudência relevantes para a apreciação da factualidade controvertida no presente processo de contra-ordenação não pode considerar-se violado o princípio da igualdade de armas.
133. Por um lado, existem diferenças essenciais entre os momentos do inquérito (e o tempo durante o qual pode decorrer) e da defesa das arguidas (e o prazo fixado para que esta possa ser exercida), que tornam justificável racionalmente a diferença de regimes.
134. Por outro lado, não pode ser considerada como violadora daquela dimensão do princípio da igualdade a concreta conformação processual do presente processo contra-ordenacional, pois não é “infundamentada, desrazoável ou arbitrária” nem, de todo, “substancialmente discriminatória à luz das finalidades do processo” — no caso, um processo contra-ordenacional, que implica desde logo que os princípios e normas do processo penal sejam aplicáveis apenas subsidiariamente e com as devidas adaptações — “*ou dos referentes axiológicos que o comandam*”.
135. Também convirá verificar, atendendo ao teor da alegação das Arguidas, se a conformação processual do processo *sub iudice* vai contra o que se entenda por um processo equitativo e o direito dos arguidos ao mesmo, corolário do princípio da tutela jurisdicional efectiva (artigo 20.º, n.º 4 da CRP).

136. Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o processo, para ser equitativo, deve, desde logo, compreender todos os direitos – direito de acção, direito ao processo, direito à decisão, direito à execução da decisão jurisdicional”; “O *due process* positivado na Constituição portuguesa deve entender-se [...] como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais”; “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em torno do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), [...] consagrou expressamente o direito ao processo equitativo. O significado básico da exigência de um processo equitativo é o da conformação do processo de forma materialmente adequada a uma tutela judicial efectiva. Uma densificação do processo justo ou equitativo é feita pela própria Constituição em sede de processo penal (cfr. art. 32º) – garantias de defesa, presunção de inocência, julgamento em prazo curto compatível com as garantias de defesa, direito à escolha de defensor e à assistência de advogado, reserva de juiz quanto à instrução de processo, observância do princípio do contraditório, direito de intervenção no processo, etc”; “no n.º 4, a Constituição dá expresse acolhimento ao direito à decisão da causa em prazo razoável e ao direito ao processo equitativo. O direito de acesso aos tribunais é, porém, um direito mais abrangente do que o direito à decisão num prazo adequado ou ao direito a um *due process* (cfr. Cód. Proc. Trib. Adm., art. 2º-1). O direito de acesso aos tribunais a que se refere o n.º 1 inclui, desde logo, no seu âmbito normativo, quatro «subdireitos» ou dimensões garantísticas: (1) o direito de acção ou de acesso aos tribunais; (2) o direito ao processo perante os tribunais; (3) o direito à decisão da causa pelos tribunais; (4) o direito à execução das decisões dos tribunais”; “O princípio da efectividade está estreitamente relacionado com o direito à decisão da causa em prazo razoável (n.º 4). Noutras formulações, fala-se em direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas, direito a uma decisão temporalmente adequada, direito à tempestividade da tutela jurisdicional. O direito à decisão da causa em tempo razoável pressupõe, desde logo, uma formatação processual temporalmente adequada feita pelo legislador (prazos, recursos). Além disso, o sentido da razoabilidade do prazo aponta para a necessidade de a tutela jurisdicional dever assegurar-se em prazo cóngruo. A não observância do princípio da razoabilidade temporal na duração do processo só

poderá ser justificada nos processos de particular dificuldade ou extensão [...]”; “o sentido do direito ao prazo razoável como momento material da tutela judicial efectiva aponta para a sua aplicação em qualquer processo e perante qualquer jurisdição, abrangendo os processos perante os tribunais constitucionais (Ac. Ettl, do TEDH, de 23-04-87); a «razoabilidade» ou a «desrazoabilidade do prazo não pode fixar-se a priori, podendo e devendo recorrer-se a tópoi interpretativos (complexidade do processo, comportamento do recorrente e das autoridades do processo, modo de tratamento do assunto pelas autoridades judiciais e administrativas, consequências para as partes)”.

137. Em primeiro lugar, a afirmação do direito a um processo equitativo equivale à exigência de um processo materialmente informado pelos princípios da justiça nos vários momentos processuais, sendo que no direito sancionatório penal (e contra-ordenacional) uma densificação do processo justo ou equitativo é feita pela própria CRP no seu artigo 32.º, consagrando garantias de defesa, presunção de inocência, julgamento em prazo curto compatível com as garantias de defesa, direito à escolha de defensor e à assistência de advogado, reserva de juiz quanto à instrução de processo, observância do princípio do contraditório, direito de intervenção no processo, entre outros.
138. Ora, todas as exigências aplicáveis ao processo contra-ordenacional foram respeitadas nos autos do presente processo.
139. Acresce que, a todo o tempo, a AdC facilitou à Arguida a consulta do processo e a obtenção, imediata (ou num prazo razoável, que não foi contestado pela Arguida), atendendo ao número de cópias em causa, de cópia simples da versão não confidencial do mesmo; concedeu um prazo inicial de 30 dias úteis; prorrogou o prazo de resposta por mais dez dias úteis; no prazo que lhe foi concedido, a Arguida não consultou o processo uma única vez.
140. Em conclusão, entende-se que no processamento dos presentes autos, a AdC respeitou criteriosamente os direitos e garantias constitucionais de que a Arguida é titular, não resultando qualquer violação do princípio da igualdade de armas nem do direito a um processo justo e equitativo.



141. A Arguida, no exercício dos seus direitos de audição e defesa, nos termos em que se encontram consagrados para os processos de contra-ordenação por infracção à Lei n.º 18/2003, teve ampla oportunidade temporal para se pronunciar por escrito sobre a Nota de Ilícitude e para fornecer aos autos tudo o que entendesse pertinente ou relevante para a sua defesa; a Nota de Ilícitude apresenta uma descrição exaustiva dos factos e dos elementos de prova e é com base e por referência a tal quadro factual que é imputada a infracção e preenchidos os respectivos tipos objectivo e subjectivo; a Arguida, pelo mero cotejo da pronúncia escrita, apreendeu o teor da acusação, a infracção imputada e apresentou os argumentos, de facto e de direito, que entende ser de atender na decisão final do presente processo.
142. Inexiste por isso, a este propósito, qualquer nulidade nos termos alegados.
143. Todavia, não pode deixar de se sublinhar que, mesmo que assim se entendesse, no regime processual penal vigente, onde haverá que ir buscar as nulidades e irregularidades processuais que hajam de se aplicar ao processamento de contra-ordenações da concorrência, *“a violação ou a inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei”*.
144. Ou seja, uma vez que em matéria de nulidades vigora o princípio da tipicidade e não existe qualquer norma que considere nula a não concessão de um prazo de resposta à Nota de Ilícitude superior a 10 dias úteis (diferente seria o tratamento da questão se o prazo em concreto tivesse sido fixado por um prazo inferior), deve referir-se, a título cautelar, que estaríamos perante uma mera irregularidade, nos termos do artigo 118.º, n.ºs 1 e 2 do CPP; tratando-se de uma irregularidade, a sua arguição deveria ter sido feita nos termos previstos no n.º 1 do artigo 123.º do CPP, o que não aconteceu; mas mesmo que se tratasse de uma nulidade, o que de todo se rejeita, deveria ainda assim considerar-se a mesma sanada, uma vez que a Arguida se prevaleceu da faculdade a cujo exercício o acto alegadamente anulável se dirigia, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 121.º do CPP, pelo que tais alegações seriam sempre integralmente improcedentes.



C) Preterição de direitos fundamentais no plano dos factos e inversão ilegítima do princípio da presunção de inocência

145. Do § 81 ao §112 da sua defesa escrita, a fls. 15728, a Arguida vem alegar, sucintamente, o seguinte:

a) Que a Nota de Ilicitude apresenta como *“factos meras presunções e conclusões que manifestamente carecem de suporte factual suficiente”* (cfr. § 83 da defesa escrita, a fls. 15728), violando assim o princípio da presunção de inocência, alegando a Arguida que o mesmo impõe *“que não possa existir um pré-juízo de culpa, sob pena de se comprometer irremediavelmente a independência e a neutralidade exigidas ao julgador que, deste modo, tem de avaliar os factos em causa de forma desapaixonada e sem qualquer tipo de ideia pré-concebida* (cfr. §§ 101 e 102 da defesa escrita, a fls. 15731), conclusão a que chega nos seguintes termos:

- i) *“Tomemos o exemplo da conclusão a que chega a AdC segundo a qual a ANEPE teria pretendido coordenar o comportamento das suas associadas na adaptação ao novo quadro jurídico aplicável à respectiva actividade de acordo com a sua ‘recomendação’. Esta avaliação dos propósitos da Arguida carece de qualquer suporte documental e é desmentida pela evidência existente, pela ANEPE e por testemunhas do processo (vide, nomeadamente, o depoimento da secretária geral da ANEPE). A AdC afirma que a ANEPE, ao informar os seus associados sobre as novas regras previstas no DL 81/2006 (...) pretendeu recomendar às suas associadas uma política concertada de preços. Sucede que não existem nos autos quaisquer elementos que suportem a tese de que esse foi o intuito ou objectivo da Arguida”* (cfr. §§ 85 a 88 da defesa escrita, a fls. 15728 e 15729);
- ii) *“Outro exemplo que sem receio pode ser qualificado de surpreendente prende-se com a alegada monitorização por parte da Arguida do cumprimento das supostas indicações referentes às taxas a cobrar pelos seus associados nos diversos parques de estacionamento. Nada no processo*



permite concluir que a correspondência da ANEPE de 12.7.2006 tivesse outro propósito que não fosse o de recordar às associadas a entrada em vigor do DL 81/2006 e o de obter informações sobre a sua oportuna implementação tendo em conta que necessitava de ser aprovada pelas entidades municipais concedentes. (...) É incompreensível que, neste contexto, face a uma carta que recorda a entrada em vigor do novo diploma e que, em face dos dados disponíveis, quando muito se justifica com a preocupação de reunir informação sobre as medidas de ajustamento e sobre eventuais dificuldades na sua implementação, em especial ao nível dos municípios, a AdC insinue que a Associação pretendeu monitorizar o respeito pela sua recomendação. É que não tem nenhuma base, mas mesmo nenhuma, para alicerçar esta afirmação!” (cfr. §§ 91 a 100 da defesa escrita, de fls. 15730 a 15731);

- b) Que “a leitura da NI também não permite reunir dados suficientes para caracterizar convenientemente o elemento subjectivo do tipo, concluindo a AdC, não obstante, que a Arguida teria agido com dolo. Fá-lo sem alegar factos concretos” (cfr. § 103 da defesa escrita, a fls. 15732);
- c) Que “não pode a ANEPE deixar de referir que, no que respeita à matéria da medida da pena que a AdC pretende aplicar, a NI é omissa, em lado algum se referindo o valor da coima que é considerada razoável e adequado aplicar no caso sub judice”.

146. Para apreciação destas alegações, atente-se ao seguinte:

“Chegados a esta sede importa chamar à colação o regime próprio do direito da concorrência, o qual no seu art.º 25º n.º 1 al.) refere que: “Terminado o inquérito, a Autoridade decidirá: (...) Dar início à instrução do processo, através de notificação dirigida às empresas ou associações arguidas, sempre que conclua, com base nas investigações levadas a cabo, que existem indícios suficientes de infracção às regras da concorrência”». Nos termos do art.º 26º, n.º 1 do mesmo diploma legal na notificação referida “a Autoridade fixa às arguidas um prazo razoável para que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas e



para que requeiram as diligências complementares de prova que considerem necessárias". A referida notificação mais não se pode entender do que uma particularização do mencionado artigo 50.º citado, consagrando aqui o direito de defesa e de audição do arguido — Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 28 de Julho de 2006, no Processo n.º 261/06.1TYLSB.

147. Decorre da mera leitura da Nota de Ilicitude proferida nos presentes autos que foram detalhados e exaustivamente indicados todos os factos consubstanciadores da acusação que é movida à Arguida, bem como o respectivo enquadramento jurídico, ou seja, foi dado à Arguida no presente processo de contra-ordenação, conhecimento de todos os aspectos, de facto e de direito, não resultando do processo qualquer vício que obste ao seu conhecimento e decisão.
148. Todas as alegações e argumentos da AdC constantes da Nota de Ilicitude estão devidamente sustentados em suporte factual concretamente identificado e ancorado em elementos de prova exaustivamente identificados e constantes dos autos.
149. Relativamente à alegação da Arguida, segundo a qual a Nota de Ilicitude assenta em *"presunções fundadas noutras presunções"*, extrapolando *"factos a partir de outros que apenas presume terem ocorrido e daqueles presumindo ainda outros* (cfr. § 82 e 83 da defesa escrita, a fls. 15728), cite-se ainda o seguinte aresto do Tribunal do Comércio de Lisboa, com as necessárias e devidas adequações ao caso *sub judice*:
- "[a] nota de ilicitude (...) refere a vontade das arguidas de elaborar e concretizar o acordo que lhe é imputado, que as arguidas manifestaram sempre conhecimento sobre o conteúdo anticoncorrencial do acordo e, mesmo assim, celebraram-no, querendo produzir o resultado e assegurar a sua durabilidade e exequibilidade, falseando a concorrência. Refere ainda a AdC que as arguidas agiram de forma livre, consciente e voluntária na prática e que a cometeram com dolo.*
- Face a esta descrição da matéria constante da nota de ilicitude não pode deixar de se concluir que a mesma contém os elementos de facto relevantes à culpa que qualquer nota de ilicitude deve conter (...)"* — Despacho do 2.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 31 de Outubro de 2007, no Processo n.º 662/07.8TYLSB.
150. A Nota de Ilicitude constante dos autos e notificada à Arguida comunica, de forma clara e inteligível, as diligências de prova realizadas durante o inquérito, os factos



recolhidos com relevância para o processo, a infracção imputada e respectiva qualificação, que surge sempre no seguimento, por referência e assente em todo o quadro factual apresentado e notificado à Arguida, bem como na respectiva apreciação e valoração pela AdC, comunicando ainda as sanções aplicáveis em abstracto e demais questões com relevância para o processo.

151. Conforme referido, o que da Nota de Ilicitude tem de constar e ser oportunamente comunicado à Arguida são os factos que consubstanciam a infracção e o respectivo enquadramento jurídico, sendo estes os *aspectos relevantes para a decisão* que a AdC tem o dever de comunicar e oferecer ao contraditório da Arguida.
152. Se a tais factos acrescem outros elementos ou circunstâncias, qualquer que seja a sua natureza ou qualificação, não se compreenderá nesta sede a relevância dos mesmos para efeitos de violação dos direitos de audição e defesa do arguido; ou seja, para melhor esclarecimento e clarificação da Arguida, estando presentes os factos que determinam o preenchimento da tipicidade imputada, não poderão as conclusões e deduções que deles se retirem acarretar as consequências apontadas pela Arguida.
153. Na Nota de Ilicitude é feita referência exhaustiva e pormenorizada aos aspectos factuais que revelam o comportamento da Arguida, as provas recolhidas em seu suporte e o enquadramento jus-concorrencial do mesmo, com indicação das normas legais em que os mesmos são subsumíveis.
154. Aliás, bastará o mero cotejo da pronúncia escrita da Arguida para se verificar que tais alegações relativas ao carácter meramente conclusivo e dedutivo da Nota de Ilicitude são integralmente improcedentes, tendo esta peça processual transmitido todos os elementos relevantes, necessários e suficientes ao exercício do contraditório.
155. O que a Arguida pretende prejudicar – pelo menos atendendo aos exemplos de alegado recurso da Nota de Ilicitude a *conclusões não consubstanciadas em factos expressa, concreta e individualmente especificados na Nota de Ilicitude* – serão as ilações que se retiram de documentos que compõem os autos, bem como dos factos provados directamente provados, que a Arguida, aliás, em momento algum contesta.



156. No sistema legal português vigora, por força do artigo 125.º do CPP, um princípio de liberdade da prova. Não existe, pois, qualquer vinculação entre meio de prova e facto probando.
157. O que é confirmado pelo artigo 127.º do CPP, que permite a livre apreciação da prova, segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente, designadamente da prova indirecta.
158. As ilações que a Arguida, erradamente, considera tratarem-se de presunções inadmissíveis, por não assentarem em factos, retiram-se de documentos que compõem os autos, ou de factos demonstrados por tais fontes documentais, e não apresentam qualquer singularidade face ao que é imposto a qualquer decisor.
159. No presente processo os factos dados como provados têm apoio nos autos (*maxime* nas folhas indicadas, que provam cada um dos factos) e obedecem, justamente, às regras da experiência comum enunciadas pelo artigo 127.º do CPP.
160. É certo que nem toda a prova é directa, i.e. nem todas as folhas indicadas demonstram de *modo directo ou imediato* os factos que se destinam a provar. A AdC recorreu, em tais casos, a *prova indiciária*, isto é, a partir de um conjunto de factos provados conhecidos (e que foram provados de modo directo), extraiu conclusões sobre factos cuja existência não é demonstrada directamente (por tais folhas dos autos).
161. Todavia, fá-lo prosseguindo um raciocínio que assenta em factos seguros (provados directamente nos autos), em respeito pelas regras da experiência comum (cfr., uma vez mais, o artigo 127.º do CPP). O que é perfeitamente legítimo em processo penal e, por maioria de razão, também em processo de contra-ordenação.
162. Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça concluiu que “*o sistema probatório alicerça-se em grande parte no raciocínio indutivo de um facto desconhecido para um facto conhecido; toda a prova indirecta se faz valer através desta espécie de presunções. O recurso às presunções naturais não viola o princípio in dubio pro reo: (Acórdão de 11 de Novembro de 2004, no processo n.º 04P3182), e que “como tem sido jurisprudência deste Tribunal, é admissível a prova por presunção, o sistema probatório alicerça-se em grande parte no raciocínio indutivo de um facto*



desconhecido para um facto conhecido; toda a prova indirecta se faz valer através desta espécie de presunções (Acórdão de 11 de Outubro de 2007, no processo n.º 07P3240).

163. A prova indiciária é nos casos apresentados pela Arguida, e em toda a Nota de Ilicitude em que se recorreu a factos já cabalmente provados para demonstrar, para além de qualquer dúvida razoável, o preenchimento dos elementos tipificados na Lei n.º 18/2003 pela conduta da Arguida sólida, porquanto os factos provados directamente não permitem outras conclusões credíveis senão aquelas que foram extraídas pela AdC, o que não é posto em causa pelas diferentes perspectivas dos mesmos factos propostas pela Arguida.
164. Finalmente, e quanto à conclusão da Arguida segundo a qual o alegado “*pre-juízo de culpa*” constante da Nota de Ilicitude (e que se refuta integralmente), corresponderá a uma violação do princípio da presunção da inocência, haverá que referir que a mesma representa um raciocínio difícil de acompanhar e que não pode ser subscrito.
165. Com efeito, o princípio da presunção da inocência, nos termos do artigo 32.º da CRP deverá ser compreendido como “*uma das mais relevantes garantias do processo criminal cuja axiologia assenta no reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana e dos seus postulados enquanto cidadão: o direito de ser tido como um homem livre e com igual dignidade à dos demais cidadãos perante a Lei*”, e que “*independentemente de estarmos perante um princípio susceptível de ser aplicado nos demais ilícitos sancionatórios, é seguro que o mesmo afirma um efeito jurídico material que tem que ver com o direito criminal, mas cuja eficácia se afirma apenas no âmbito da existência em concreto de um processo criminal, por só então a hipótese do seu preenchimento estar colocada*”, conforme o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 269/2003.
166. Por outro lado, e ainda no seguimento da citada jurisprudência constitucional, “*o princípio in dubio pro reo tem a natureza de um princípio próprio do procedimento criminal, mas não deixa de assentar, em parte, nos mesmos princípios axiológicos em que se baseia a presunção de inocência do arguido em processo criminal, podendo ver-se como sendo uma extensão que surge articulada com a axiologia fundamentante do princípio da presunção de inocência (cfr. J. J. Gomes Canotilho e*



Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição, pp. 203). O seu efeito jurídico próprio consubstancia-se na obrigação do juiz de solver as dúvidas sobre os factos sujeitos ao seu julgamento a favor do arguido”.

167. Conforme se pode verificar, o princípio da presunção da inocência e o princípio *in dubio pro reo* têm que ver com o sentido a dar à resolução de dúvidas interpretativas quanto à matéria de facto e não com a classificação de determinadas circunstâncias como factos ou não, ou seja, estes princípios incidem “*no ónus material da prova (os poderes conferidos ao juiz em processo penal de averiguação da verdade não autorizam que se fale num ónus formal), não contendendo nem com a valoração das provas nem com a interpretação das normas penais, isto precisamente pela inexistência quer de uma presunção hominis, quer de uma presunção juris de inocência do arguido. A dúvida sobre a existência dos factos incriminatórios (...) resolve-se a favor do réu – a tanto se limita em matéria de prova a presunção de inocência do arguido’ (cf. Rui Pinheiro e Artur Maurício, A Constituição e o Processo Penal, p. 88)”*, conforme jurisprudência do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 246/96.
168. Ainda que se considerasse que a qualificação como factos de circunstâncias não factuais se subsumiria à protecção que o princípio da presunção da inocência visa conferir – o que se afirma por mero exercício de raciocínio –, haveria que esclarecer que no presente processo de contra-ordenação todos os comportamentos imputados à Arguida encontram sustentação em factos concretos, devidamente demonstrados, com referência às provas constantes nos autos e disponibilizadas à Arguida para análise e refutação.
169. Finalmente, no que respeita ao argumento da violação do princípio da presunção de inocência, o Tribunal do Comércio de Lisboa já teve oportunidade de se pronunciar sobre questão idêntica, no que respeita à matéria de determinação da medida da coima, designadamente no Sentença do 2.º Juízo, de 15 de Fevereiro de 2007, no Processo n.º 766/06.4TYLSB, argumentando que “*quanto à invocação do princípio da presunção da inocência nesta sede, afigura-se-nos ser a mesma despropositada. A presunção de inocência é um princípio que se impõe enquanto se está a apurar se determinada pessoa cometeu ou não uma infracção. Até ser provado que alguém*



cometeu uma infracção essa pessoa presume-se inocente. Ora, a determinação da medida da coima é efectuada num momento subsequente, ou seja, só se entra na apreciação da sanção a aplicar depois de se ter concluído pela prática de um ilícito”.

170. Uma vez mais, a Arguida parece intencionalmente ignorar aquilo que clara e meridianamente resulta da própria lei: o conteúdo e extensão do direito de defesa em processo contra-ordenacional e, bem assim, a distinção entre as funções de inquérito e instrução dos processos e decisão final dos mesmos, perfeitamente esclarecida na Lei n.º 18/2003.
171. *“Como já foi suficientemente explanado, estamos aqui a falar do direito que assiste ao arguido de não lhe ser aplicada uma punição sem que lhe seja dada uma concreta e efectiva possibilidade de se pronunciar sobre a infracção que lhe é imputada, direito que abrange, sem dúvida, a possibilidade de se pronunciar em audiência oral e a de apresentar prova. Mas, no que a este aspecto concerne, o direito não vai mais longe do que isto. A valoração que é depois dada à prova produzida pela arguida é questão de todo alheia aos direitos de defesa, é questão de julgamento. (...) O facto de a AdC não ter dado à argumentação da arguida a valoração que esta pretendia é, conforme referido, uma questão de julgamento da causa. Aliás, a aceitar-se o entendimento da arguida teríamos de concluir que sempre que o tribunal condena um arguido que nega a prática dos factos estaria a violar os seus direitos de defesa”* — Sentença do 2.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 15 de Fevereiro de 2007, no Processo n.º 766/06.4TYLSB.
172. Assim, se os princípios da presunção da inocência e *in dubio pro reo* se impõem enquanto se está a apurar se um agente cometeu ou não uma infracção, e até ser provado que alguém cometeu uma infracção, essa pessoa se presume inocente, também a apreciação ou valoração dos indícios e provas recolhidas nos autos que conduza a uma conclusão menos favorável à Arguida não viola os seus direitos de defesa, quando em relação a tais aspectos relevantes para a decisão final a própria arguida tenha a oportunidade de sobre eles se pronunciar.
173. Como decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, *“(...) o art. 50.º do RGCO não ocupa, no panorama da lei-quadro das contra-ordenações, o lugar nuclear para que*




a ora recorrente obsessivamente o remete. Esse lugar, com efeito, não compete à «nota de culpa» ou pré-acusação (meramente preparatória/premonitória da condenação administrativa) mas à própria condenação administrativa, que, uma vez impugnada, se volta em «acusação» (administrativa) projectada a uma eventual condenação judicial» — Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Janeiro de 2008, no Processo n.º 07P4271.

174. E é com base neste quadro normativo que a Arguida deve entender os direitos de defesa que lhe assistem, bem como os meios, o tempo e o modo como os mesmos poderão, em cada momento e etapa processual, ser exercidos, com os limites e condições legalmente previstos.
175. Ora, cumpre esclarecer que o inquérito é conduzido de acordo com critérios de estrita objectividade e imparcialidade, na prossecução das funções da AdC no âmbito sancionatório dos comportamentos infractores das regras de defesa da concorrência, tendo por objectivo a promoção das *“diligências de investigação necessárias à identificação dessas práticas e dos respectivos agentes”*, e na conclusão do qual, a AdC decidirá *“a) proceder ao arquivamento do processo, se entender que não existem indícios suficientes de infracção; b) dar início à instrução do processo, através de notificação dirigida às empresas ou associações de empresas arguidas, sempre que conclua, com base nas investigações levadas a cabo, que existem indícios suficientes de infracção as regras da concorrência”*, nos termos dos artigos 24.º, n.º 1 e 25.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, devendo ainda considerar-se o artigo 283.º, n.º 2 do CPP, *devidamente adaptado*, nos termos do qual *“consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança”*.
176. Finalmente, *“concluída a instrução, a Autoridade adopta, com base no relatório do serviço instrutor, uma decisão final, na qual pode, consoante os casos: a) ordenar o arquivamento do inquérito; b) declarar a existência de uma prática restritiva da concorrência e, se for caso disso, ordenar ao infractor que adopte as providências indispensáveis à cessação dessa prática ou dos seus efeitos no prazo que lhe for fixado”*, conforme o artigo 28.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003.



177. Quer isto dizer que o serviço instrutor, no decurso do inquérito e da instrução, deve prosseguir com a investigação dos indícios que lhe são trazidos ao conhecimento por denúncia, por requerimento de dispensa ou redução de coima, nos termos da Lei n.º 39/2006, de 29 de Agosto, ou por conhecimento officioso, desenvolvendo as diligências probatórias e de investigação que considerar necessárias para apuramento da verdade material e, com esse objectivo, avaliar os autos do processo de forma imparcial e objectiva, de forma a formular uma acusação, no termo do inquérito, ou propor o arquivamento e conclusão das diligências de investigação, por inexistência de matéria indiciária suficiente.
178. Nestes termos, assim que se verifiquem nos autos elementos de prova suficientemente indiciários de uma prática anti-concorrencial proibida pelos artigos 4.º, 6.º ou 7.º da Lei n.º 18/2003, é dever do serviço instrutor notificar a empresa ou empresas (ou, como no caso concreto, a Associação de Empresas) a quem se imputa tal prática para que estas possam, no exercício do contraditório e considerando o seu direito de audição e defesa, pronunciar-se sobre as matérias relevantes para a decisão do processo.
179. Assim, é à Arguida em relação à qual surge matéria indiciária suficiente para sustentar uma Nota de Ilícitude, ao abrigo dos seus direitos de audição e defesa, e no exercício do contraditório de que os mesmos emanam, que cabe demonstrar que tal acusação não é fundamentada ou que os factos imputados não correspondem à verdade ou que não podem ser interpretados como proposto pela AdC, não devendo confundir-se a eventual falta de fundamentação com a discordância dessa mesma fundamentação que noutra sede impugna ou contesta.
180. E será com base nas conclusões produzidas do cotejo das acusações fundadas na Nota de Ilícitude, e das observações trazidas aos autos no exercício dos direitos de defesa, que a AdC decide, objectivamente, atendendo aos autos e ao Direito aplicável.
181. No presente caso, verifica-se que a Arguida foi notificada da Nota de Ilícitude, teve acesso ao processo e obteve cópia simples dos autos, apreendeu o seu teor e compreendeu os factos por que vem acusada (e a alegação em contrário não seria sequer admissível preliminarmente, por irrazoável, atendendo ao teor, detalhe e

52


- extensão da respectiva defesa escrita), tendo tido a oportunidade de discutir os factos e a sua qualificação jurídica, os elementos probatórios e as conclusões da AdC, de fornecer explicações alternativas para os factos e de contestar os critérios invocados para a sanção eventualmente aplicável.
- 182.** Haverá ainda a referir que o facto de a Arguida não aceitar, ou não concordar com a fundamentação expendida pela AdC não corresponde à violação do seu dever de fundamentação, mas tão-somente ao exercício do contraditório por quem, compreendendo-a, contesta a infracção imputada.
- 183.** Depois, não pode deixar de se sublinhar a própria incongruência das alegações da Arguida, quando indica, a título exemplificativo e relativamente à pretensa violação do princípio da presunção de inocência, que a Nota de Ilicitude não assenta em factos, mas em meras presunções, para, logo de seguida, apresentar como exemplos da alegada violação por parte da AdC desse princípio, a análise realizada na Nota de Ilicitude relativamente a factos individualizados e devidamente comprovados nos autos.
- 184.** Como já referido, a Nota de Ilicitude corresponde, no processo contra-ordenacional de infracções à Lei n.º 18/2003, a uma peça processual cujo teor, como resulta do artigo 26.º do referido diploma e do artigo 50.º do RGCO, é determinado pela possibilidade oferecida às arguidas de exercerem os seus direitos de audição e defesa, nos termos do artigo 32.º, n.º 10 da CRP, devendo conter todos os elementos de facto e de direito que permitam aos arguidos conhecer cabalmente a posição da AdC e os respectivos fundamentos.
- 185.** O que é reconhecido pelo Tribunal do Comércio de Lisboa, na sua sentença de 13 de Agosto de 2007, proferida no Proc. n.º 1050/06.9TYLSB, onde refere que:
- “A acusação tem como objectivo levar a julgamento o arguido que é suspeito da prática do crime. Só com a notificação da acusação o arguido tem pleno conhecimento dos factos que lhe são imputados e do seu enquadramento jurídico e, só então, pode verdadeiramente exercer o seu direito de defesa, através do requerimento de abertura de instrução. Qual é a peça processual que, nos processos de contra-ordenação, exerce tal função, vista pelo prisma da defesa? É, evidentemente, a nota de ilicitude (...). Com efeito, é com a notificação da nota de*

ilicitude que é dado conhecimento ao arguido dos factos que lhe são imputados e do respectivo enquadramento jurídico e é só a partir desse momento que o mesmo tem o direito efectivo de apresentar a sua defesa, através do requerimento de resposta à nota de ilicitude (...)”.

- 186.** Deverão assim constar da Nota de Ilicitude todos os factos levados em consideração pela AdC no preenchimento do tipo contra-ordenacional em causa, as respectivas qualificação e valoração jurídicas e a indicação das sanções aplicáveis.
- 187.** Não determinando expressamente a Lei n.º 18/2003 o conteúdo da Nota de Ilicitude, não poderemos deixar de considerar para o efeito o artigo 58.º, n.º 1, do RGCO, que conforma o conteúdo da decisão final, pelo que deverão constar da Nota de Ilicitude:
- a) A identificação dos arguidos;
 - b) A descrição dos factos imputados, com indicação das provas obtidas;
 - c) A indicação das normas segundo as quais se pretende punir, e respectiva fundamentação;
 - d) A coima e as sanções acessórias aplicáveis ao caso.
- 188.** Nestes termos, considerando a Nota de Ilicitude junta aos autos e regularmente notificada, verifica-se que:
- Nos §§ 1 a 5, é descrita a origem do processo e a instauração do mesmo por iniciativa oficiosa da AdC;
 - Nos §§ 6 a 13 são descritas as diligências probatórias realizadas e indicadas as fls. dos autos de que constam os elementos relevantes decorrentes de cada uma dessas diligências;
 - Nos §§ 14 a 61 é identificada a Associação Arguida, o seu objecto estatutário, a sua estrutura orgânica, e identificadas as empresas inicialmente indiciadas e que estão representadas nos órgãos sociais da Associação Arguida, sempre por referência aos elementos de prova constantes dos autos;



- Nos §§ 62 a 151 são apresentados os factos que consubstanciam a decisão de associação de empresas imputada à Associação Arguida, sempre por referência e assentes em elementos de prova constantes dos autos;
- Nos §§ 152 a 198, são apresentadas as conclusões preliminares da AdC em relação aos factos anteriores, e sempre por remissão e assentes nos mesmos;
- Nos §§ 204 a 209 é apresentada a posição da AdC relativamente à qualificação da Associação Arguida como *associação de empresas*, nos termos e para os efeitos do artigo 4.º da Lei da Concorrência;
- Nos §§ 210 a 237 é apresentada a posição da AdC quanto ao mercado relevante em causa no presente processo e respectivos fundamentos;
- Nos §§ 238 a 265 é feito o enquadramento jurídico e a descrição do tipo aplicável ao presente processo, o de *decisão de associação de empresas*, previsto e punido no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003;
- Nos §§ 266 a 298, é feito o enquadramento do comportamento da Arguida, como resulta dos factos descritos e elementos de prova precisos e concordantes juntos aos autos, e sempre por referência e assente em todo o quadro factual descrito anteriormente, no tipo contra-ordenacional previsto no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, por constituir uma decisão de associação de empresas tendo por objecto ou efeito restringir sensivelmente a concorrência no mercado nacional;
- Nos §§ 299 a 307, é indicado o preenchimento do elemento subjectivo, a ilicitude da conduta, a culpa das arguidas e a duração da infracção; neste ponto, refira-se, com a necessária e devida adaptação a fazer ao caso *sub judice*, que a “*nota de ilicitude (...) refere a vontade das arguidas de elaborar e concretizar o acordo que lhe é imputado, que as arguidas manifestaram sempre conhecimento sobre o conteúdo anticoncorrencial do acordo e, mesmo assim, celebraram-no, querendo produzir o resultado e assegurar a sua durabilidade e exequibilidade, falseando a concorrência. Refere ainda a AdC que as arguidas agiram de forma livre, consciente e voluntária na prática e que a cometeram com dolo.* Face a esta descrição da matéria constante da nota de ilicitude não pode deixar de se concluir que a mesma contém os elementos de facto relevantes



à culpa que qualquer nota de ilicitude deve conter [...]”, cfr. Despacho do 2.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa de 31 de Outubro de 2007, no Proc. n.º 662/07.8TYLSB;

—Nos § 308 a 325 são elencados e apreciados os critérios de determinação da coima aplicáveis e os elementos relativos à Arguida atendíveis para o efeito, bem como as sanções acessórias aplicáveis.

189. Remete-se assim a Arguida para todas as referências acabadas de identificar, e que surgem sempre no seguimento, por referência e assentes em todo o quadro factual apresentado e notificado pela AdC através da referida Nota de Ilicitude, para demonstração da falta de fundamento de tais alegações.
190. De tais referências decorre claramente qual o percurso da investigação desenvolvida, os factos relevantes determinados e os elementos probatórios apresentados, sendo certo que *“[n]ão só a numeração efectuada pela Autoridade não é hipotética nem eventual, como se pode constatar da simples consulta do processo, como não se pode afirmar que só a AdC a conhece, já que ela é do conhecimento de todos os que consultem o processo! Pelos mesmos motivos não é certa a asserção de que os documentos não estão identificados nem nomeados mas apenas referidos. Ao remeter para os documentos a AdC permite às arguidas aferir se o teor dos mesmos coincide com o que a AdC refere, permite-lhes saber qual a sua origem e permite-lhe contraditá-los. Para tanto bastava às arguidas consultar o processo (...)”*, cfr. Despacho do 2.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 31 de Outubro de 2007, no Proc. n.º 662/07.8TYLSB.
191. Por referência a tal quadro factual, e sempre assente no mesmo, a AdC apresenta o enquadramento jurídico aplicável, aprecia o comportamento concreto da Arguida e conclui pela verificação de indícios suficientes de infracção e, como tal, de punição, comunicando para o efeito a sanção principal e as sanções acessórias aplicáveis no caso concreto.
192. Não existe, assim, em conclusão, qualquer violação do princípio da presunção da inocência nem qualquer violação de direitos de defesa, nos termos alegados.
193. No que respeita à questão da alegada falta de concretização da coima aplicável, cumpre recordar uma vez mais que, *“[n]os termos do art.º 50.º do RGCO 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.

Chegados a esta sede importa chamar à colação o regime próprio do direito da concorrência, o qual no seu art.º 25.º n.º 1 al. b) refere que “Terminado o inquérito, a Autoridade decidirá: (...) Dar início à instrução do processo, através de notificação dirigida às empresas ou associações de empresas arguidas, sempre que conclua, com base nas investigações levadas a cabo, que existem indícios suficientes de infracção às regras de concorrência”. Nos termos do art.º 26 n.º 1 do mesmo diploma legal na notificação referida “... a Autoridade fixa às arguidas um prazo razoável para que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas, e para que requeiram as diligências complementares de prova que considerem necessárias”, cfr. Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 28 de Julho de 2006, no Proc. n.º 261/06.1TYLSB.

- 194.** Analisando-se a Nota de Ilicitude deduzida no processo, resulta claro que à Arguida foi dada a oportunidade de *se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre*, por referência aos limites abstractos impostos e previstos pela própria Lei n.º 18/2003, para além de, como vimos de referir, a AdC ter procedido na Nota de Ilicitude a uma extensa análise dos critérios de determinação da coima aplicáveis e, claro está, sempre assente no quadro factual apresentado e notificado pela AdC à Arguida pela referida Nota de Ilicitude.
- 195.** Refira-se igualmente que nem a Lei da Concorrência nem o RGCOG (e, para esse efeito, nem o CPP), prevêm que na acusação seja mencionado o *sentido provável da decisão quanto ao montante da coima*.
- 196.** Se é deduzida acusação (neste caso, através da Nota de Ilicitude) é porque o acusador entende que há indícios de responsabilidade do arguido; mas aí esgota-se a decisão da AdC, ou seja, com a Nota de Ilicitude não há outra decisão por parte da AdC que não seja a de abertura da instrução prevista no artigo 25.º, n.º 1 al. b) (cuja epígrafe é, precisamente, “*decisão do inquérito*”).



197. Assim sendo, a AdC não estava, com a Nota de Ilicitude, a tomar qualquer outra decisão que não fosse a de *“dar início à instrução do processo, através de notificação dirigida às empresas ou associações de empresas arguidas, sempre que conclua, com base nas investigações levadas a cabo, que existem indícios suficientes de infracção às regras de concorrência”*.
198. Aliás, não pode a Arguida, que noutras sedes invoca a pretensa violação do princípio da presunção da inocência, pretender que a AdC fique impedida de considerar os factos e o enquadramento jurídico que ela própria carrega para o processo na presente Decisão Final, uma vez que só em função da sua contestação e da prova produzida a final (incluindo aquela que a Arguida entendesse produzir ou requerer, o que no caso não se verifica, por a Arguida ter prescindido desse direito), pode a AdC tomar uma decisão que poderá mesmo ser, nos termos legais, absolutória.
199. Na Nota de Ilicitude, pelo contrário, deverá indicar-se a sanção ou sanções em que os arguidos podem incorrer, caso se conclua a final pela existência da infracção, dever que a AdC cumpre escrupulosamente, quando transmite à Arguida não apenas as sanções aplicáveis como os fundamentos, de facto e de direito que, no momento da abertura de instrução, permitiriam concluir pela probabilidade de aplicação de uma coima a final.
200. É isto que exige o artigo 50.º do RGCOC; mais do que isto, e estaria em causa a presunção da inocência da Arguida, que esta não deixaria certamente de invocar.
201. Como já se disse nesta Decisão, o artigo 50.º do RGCOC é a norma que no Direito de Mera Ordenação Social esgota os deveres que impendem sobre a Nota de Ilicitude nos termos e para os efeitos do processamento de contra-ordenações da concorrência. E o RGCOC não determina, em passo algum e *maxime* no seu artigo 50.º, a audição prévia dos arguidos sobre a sanção concreta, nos termos e com o alcance que a Arguida pretende ver reconhecidos.
202. O que esta norma impõe, como já se disse, é que se proceda à imputação dos factos e se indiquem as normas que enquadram a questão. As coimas e sanções acessórias que, em abstracto, poderão vir a ser aplicadas resultam da lei. Apesar disso, a AdC transmitiu na Nota de Ilicitude as molduras sancionatórias abstractamente aplicáveis



e ainda que cumulativamente com a coima a aplicar poderiam ser aplicadas sanções acessórias.

203. Pelo que será apenas nesta Decisão do Conselho da Autoridade da Concorrência, nos termos e para os efeitos do artigo 58.º do RGCO (e não na Nota de Ilícitude), que em caso de condenação serão indicadas as coimas e as sanções acessórias concretamente aplicadas.

204. Nestes termos, não se verifica qualquer preterição de direitos fundamentais no plano dos factos, ou de inversão da presunção de inocência da Arguida, como alegado.

D) Preterição de direitos fundamentais no plano das provas e a utilização de provas proibidas

205. Dos §§ 113 a 173 da sua defesa escrita, a fls. 15734, vem a Arguida alegar o seguinte: *“percorrendo o processo e, em particular a NI, verifica-se que outras provas não devem ser utilizadas por se enquadrarem em situações de proibição de prova, nomeadamente por preterição de direitos fundamentais”*, alegando três situações em que tais *“preterições de direitos fundamentais”* terão ocorrido, a saber:

- a) *“provas obtidas em violação do princípio da não auto-incriminação”*;
- b) *“prova seleccionada e relevada com objectivos inculpatórios quando desmentida por outra que constando dos autos foi ignorada”*;
- c) *“não disponibilização à arguida de documentação classificada como confidencial sem indicação de justificação”* (citações do § 116 da defesa escrita, a fls. 15735).

206. Analisemos em concreto cada uma destas alegações.

207. Em primeiro lugar, quanto à pretensa violação do seu direito à não auto-incriminação, vem a Arguida alegar que *“a AdC recolheu elementos de prova de uma forma que não pode deixar de se reputar pouco transparente, para não dizer ilegítima, tendo, posteriormente, recorrido aos ditos elementos para imputar à Arguida a prática de uma contra-ordenação”* (cfr. § 125 da defesa escrita, a fls. 15736), sendo que *“se é certo que a norma contida na alínea a) do n.º 1 do artigo*



- 17.º da LdC permite à AdC solicitar essas informações à ANEPE, também é certo que esta goza do especial estatuto de arguido, e dos direitos constitucionalmente consagrados ao silêncio e à não auto-incriminação” (cfr. § 130 da defesa escrita, a fls. 15737).
208. Em segundo lugar, “para além de ter desrespeitado o direito à não auto-incriminação da Arguida, a AdC violou, por outra via, o princípio da presunção de inocência do arguido, bem como as regras da apreciação da prova ao ter seleccionado e valorado a prova supostamente inculpatória” (cfr. § 139 da defesa escrita, a fls. 15739).
209. Em terceiro lugar, “a fls. 15.551 e 15.552 do processo consta um ‘Auto’ no qual a AdC lista os documentos confidenciais que compõem o presente processo (...). Sucede que a AdC limitou-se a elencar as fls. confidenciais e a referir que a confidencialidade se deveria à indicação das empresas EMEL e CPE de que a informação contida nessas folhas não deveria ser revelada”, considerando que “a AdC tinha o dever de revelar e fazer constar do processo o motivo pelo qual considerou que as informações constantes das fls. acima referidas deveriam ser efectivamente consideradas confidenciais, o que não fez (...). Portanto, ainda que tais peças não sejam invocadas na NI para fundar a acusação, a Arguida não pode verificar se são utilizáveis em sua defesa por corroborarem a bondade dos seus argumentos, circunstância que, indubitavelmente, implica a preterição do seu direito de defesa, consagrado no artigo 32.º, n.º 10 da CRP” (cfr. §§ 164, 166, 168 e 169 da defesa escrita, a fls. 15745 e 15746).
210. Para além de, nesta instância, a Arguida entender ter sido violado o seu direito de defesa, considera igualmente que “encontra-se ainda violado o princípio da igualdade de armas entre a acusação e a defesa e o direito a um processo equitativo (...) na medida em que aquela Autoridade dispôs (e dispõe) de elementos que não revela à Arguida – nos quais poderá ter fundado a sua convicção, e sobre os quais a ANEPE não pode exercer o devido contraditório” (cfr. § 170 da defesa escrita, a fls. 15746).
211. Finalmente, em quarto lugar, “sucede que, para além das fls. que a AdC indicou como sendo confidenciais no referido Auto, a Arguida detectou páginas a negro (...)



cujo conteúdo não consegue verificar, sem que a Autoridade tenha mencionado o motivo dessa aparência. De igual modo, as fls., apesar de estarem numeradas, não têm qualquer conteúdo visível, desconhecendo a ANEPE se, no original dos autos, constará qualquer informação relevante sobre a qual se devesse pronunciar” (cfr. §§ 171 e 172 da defesa escrita, a fls. 15746 e 15747).

Quanto à alegada violação do direito à não auto-incriminação

212. Desde logo, e como já visto, não assiste qualquer razão à Arguida quanto à alegada necessidade de constituição da ANEPE como *arguida* nos presentes autos previamente à notificação da Nota de Ilicitude; como se sublinhou anteriormente, “*a menor ressonância ética do ilícito contra-ordenacional subtrai-o às mais rigorosas exigências de determinação válidas para o ilícito penal*”.
213. Por outro lado, atendendo à actuação legal da AdC, verifica-se que, de entre os poderes de inquérito e inspecção legalmente previstos (cfr. artigos 17.º e 18.º da Lei n.º 18/2003), constam os poderes de “*inquirir os representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos*” [artigo 17.º, n.º 1, alínea a)]; e que quando solicitar tais dados ou documentos, o “*pedido deve ser instruído com os seguintes elementos: a) a base jurídica e o objectivo do pedido; b) o prazo para a comunicação das informações ou o fornecimento dos documentos; c) as sanções a aplicar na hipótese de incumprimento do requerido; d) a informação de que as empresas deverão identificar, de maneira fundamentada, as informações que consideram confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações*” (artigo 18.º, n.º 1).
214. Finalmente, nos termos do artigo 43.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, “*constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas, 1 % do volume de negócios do ano anterior: ... b) a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade,*



no uso dos seus poderes sancionatórios ou de supervisão; c) a não colaboração com a Autoridade ou a obstrução ao exercício por esta dos poderes previstos no artigo 17.º.

215. Tais poderes surgem enquanto esteio necessário às atribuições e competências legais da AdC, à qual compete “assegurar o respeito pelas regras da concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores” (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro), devendo para o efeito “velar pelo cumprimento das leis, regulamentos e decisões destinados a promover a defesa da concorrência” (artigo 6.º dos Estatutos da AdC), através do exercício de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação (artigo 7.º dos Estatutos da AdC).
216. Tal diploma determina ainda que “as empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades devem prestar à Autoridade todas as informações e fornecer todos os documentos que esta lhes solicite em ordem ao cabal desempenho das suas atribuições”, nos termos do artigo 8.º.
217. Para melhor compreensão desta matéria, e perfeito esclarecimento da Arguida quanto à mesma, recorrer-se-á à jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa, nas conclusões do seu Acórdão de 31 de Outubro de 2008, relativamente aos poderes de investigação da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários quanto a infracções de natureza contra-ordenacional p.e p. no Código dos Valores Mobiliários, e que valerá *mutatis mutandis* para o presente processo contra-ordenacional:

“A supervisão exercida pela CMVM está sujeita aos ‘princípios’ previstos no artigo 358.º do CdVM, entre os quais se conta a prevenção e repressão das actuações contrárias a lei ou a regulamento (al. e). Como meio de concretizar esta finalidade, o artigo 360.º do mesmo diploma prevê, entre os procedimentos de supervisão, a instrução dos processos e a punição de infracções que sejam da sua competência (al. e)). Sendo, nos termos do artigo 408.º deste Código, o processamento das contra-ordenações e a aplicação da respectiva coima e das sanções acessórias da competência do Conselho Directivo da CMVM.

Este regime é facilmente justificável e compreensível a partir da natureza das sanções em causa, uma vez que se trata de direito sancionatório de natureza

administrativa, destinado a prevenir e reprimir condutas axiologicamente neutras que adquirem o seu desvalor ético-social a partir da própria proibição legal e que têm por função assegurar a estabilidade e regular o funcionamento dos sectores económicos e sociais (...).

O regime legal de supervisão admite que a CMVM possa solicitar às entidades supervisionadas informações, ainda que estas informações se destinem a instruir um processo contra-ordenacional (...).

As disposições processuais relativas à prova admissível em processo penal, prevista nos artigos 125.º e 126.º do CPP, valem por via do artigo 41.º do RGCO no âmbito do processo contra-ordenacional. Assim sendo, também no processo contra-ordenacional estão proibidos os métodos de prova previstos no artigo 126.º daquele Código, disposição fundamentada constitucionalmente no n.º 8 do artigo 32.º da CRP.

Discordamos ainda de um entendimento que determine a constituição de arguido no domínio da supervisão como condição para que este possa fazer valer o seu direito ao silêncio, pois este foi justamente um dos domínios em que a lei quis expressamente prever a sua restrição.

(...)

O direito do arguido ao silêncio não tem de ser comunicado pela CMVM às entidades sujeitas à sua supervisão para permitir uma decisão dos visados no sentido de não fornecer os elementos requeridos. O direito do arguido ao silêncio inclui apenas a possibilidade de este não prestar declarações quando inquirido. O direito do arguido ao silêncio não permite que o mesmo obste a diligências de obtenção da prova, como resulta claramente do dever de sujeição previsto nos arts. 60.º e 61.º, n.º 3, al. d) do CPP.

Os deveres legais das entidades sujeitas à supervisão de colaborarem com a CMVM e de prestarem informação verdadeira e completa (ao mercado e à autoridade de supervisão) não podem ser limitados ou excluídos pela existência genérica de um direito do arguido ao silêncio e à não auto-incriminação, ao ponto de não se informar ou de se poder prestar informações falsas. O direito ao silêncio apenas



legítima que o mesmo não preste declarações sobre os factos quando inquirido sobre os mesmos.

O princípio da presunção de inocência dos arguidos e o princípio in dubio pro reo não constituem um obstáculo legal à obtenção e uso destes elementos como meio de prova nos processos de contra-ordenação da competência da CMVM.

(...)

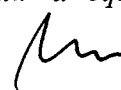
O direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação têm uma matriz constitucional processualista, assente no processo equitativo previsto no n.º 4 do artigo 20.º da CRP e nas garantias processuais reconhecidas ao arguido pelo artigo 32.º do texto constitucional.

Conclui-se ainda que o regime legal do direito ao silêncio, assim como a sua vigência alargada e a possibilidade da sua restrição legal valem também no processo contra-ordenacional, de acordo com o disposto no n.º 10 do artigo 32.º da CRP.

*O regime previsto no CdVM corresponde justamente a uma restrição legalmente prevista e constitucionalmente admitida do direito ao silêncio e do direito à [não] auto-incriminação, enquanto expressões do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Esta restrição respeita os dois requisitos que considerámos necessários à sua integridade constitucional [a saber: i) devem estar previstas em lei prévia e expressa, de forma a respeitar a exigência de legalidade; e ii) devem obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP].”*

218. Nestes termos, verifica-se, quanto à aplicação da Lei n.º 18/2003, no âmbito dos poderes sancionatórios da AdC e no exercício dos seus poderes de inquérito e inspecção, o seguinte:

- a) As regras da concorrência e a sua salvaguarda constituem um quadro jurídico fundamental para a prossecução das tarefas essenciais e incumbências prioritárias do Estado, previstas pela CRP no artigo 9.º, alíneas a) e d), e no artigo 81.º, alínea f), nos termos do qual o Estado deve “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”;

- b) A AdC é uma autoridade administrativa independente no desempenho das suas funções no quadro legalmente fixado (artigo 4.º dos Estatutos da AdC), que “*tem por missão assegurar a aplicação das regras de 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* (artigo 2.º, n.º 2 dos Estatutos da AdC);
- c) Para prossecução da sua missão, a AdC é dotada legalmente de amplos poderes de investigação na prossecução das suas atribuições de garantia e defesa das regras de concorrência, nacionais e comunitárias, podendo para o efeito inquirir os representantes legais das empresas envolvidas, das empresas arguidas e de outras empresas, e de solicitar documentos e elementos informativos a tais pessoas e empresas;
- d) É a própria lei, nos Estatutos da AdC e na Lei n.º 18/2003, que impõe a tais empresas e pessoas o dever de colaboração e de prestação das informações e documentos solicitados, sob pena de aplicação de sanção, legalmente cominada no artigo 43.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003;
- e) Verifica-se assim a fonte legal das restrições ao princípio *nemo tenetur* e a proporcionalidade de tais restrições, considerando a menor densidade ético-jurídica do ilícito de mera ordenação social e as competências atribuídas à AdC para garantia do cumprimento das tarefas fundamentais que a CRP reconhece ao Estado.

219. Sendo que esta matéria, especificamente no que concerne à actuação da AdC e aos seus poderes de inquérito, foi já alvo de tratamento aturado pela jurisprudência nacional, de que se salienta o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Março de 2007, 9.ª secção, no Processo n.º 172/07.

220. Em especial, no que respeita à aplicação subsidiária, *in totum*, do direito ao silêncio e à não auto-incriminação trazidos à colação pela Arguida através da aplicação subsidiária — sem cuidar da *devida adaptação* — do artigo 61.º, n.º 1, alínea d) do



CPP, o Tribunal da Relação de Lisboa, no aresto que vimos de referir, acaba por colocar a questão nos seguintes termos: “[é] necessário e admissível recorrer às regras processuais penais, designadamente, em concreto, à regra referida? A resposta tem de ser necessariamente negativa. Existem normas próprias que regulam a questão, punindo designadamente a omissão de conduta. Existindo estas normas não é necessário, nem admissível, recorrer a normas aplicáveis subsidiariamente, em nosso entender, considerando as diferenças entre os direitos em análise e o papel e funções da AdC (...)”.

221. Nem se poderá alegar que tal enquadramento constituirá uma especificidade nacional: também no quadro da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que poderão ser simultaneamente aplicados pela AdC se, no âmbito de uma investigação à infracção dos artigos 4.º, 6.º ou 7.º da Lei n.º 18/2003, concluir pela existência de uma afectação do comércio intra-comunitário, impende sobre as empresas a obrigação de prestarem todas as informações respeitantes a factos ou elementos de natureza factual de que tenham conhecimento e a comunicarem documentos que estejam na sua posse, ainda que estes venham a constituir prova de uma qualquer infracção concorrencial, bastando que nos pedidos não sejam solicitadas respostas que obriguem à admissão pela empresa ou pessoa em causa da existência da infracção.
222. Tanto é o que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, nos acórdãos *Orkem S.A. vs. Comissão*, Proc. n.º 374/87, colectânea 1998, pág. 3283, e *Mannesmannröhren-Werke vs. Comissão*, Proc. n.º T-112/98, colectânea 2001, pág. II-729.
223. De facto, não se vislumbram quaisquer tentativas de levar a Arguida, através dos pedidos de elementos e informação ou no âmbito de inquirições aos seus representantes, a auto-incriminar-se: se o serviço instrutor não pode impor a prestação de informações – por pedido ou no âmbito de uma inquirição presencial – pelas quais o declarante seja instado a admitir a infracção, poderá exigir informações ou esclarecimentos sobre factos alegados nos autos ou sobre documentos deles constantes, ou solicitar documentos.

224. Verifica-se, no caso presente, que foi precisamente isto que se passou: foram pedidos elementos documentais e informações objectivas; perante factos concretos e documentos constantes dos autos, foram os representantes legais da ANEPE, bem como outras testemunhas, chamados a pronunciar-se, concreta e individualmente sobre os referidos documentos.
225. Estas informações foram obtidas na sequência de diligências probatórias dirigidas com rigor e isenção, das quais resultam pedidos de informações ou inquirições legítimas da parte de quem, com os deveres de oficiosidade inerentes à prossecução da investigação de infracções às regras de defesa da concorrência, pretende esclarecer, de forma suficientemente cabal, a matéria de facto constante dos autos.
226. Não se verificando quaisquer instâncias nas quais a Arguida fosse instada a auto-incriminar-se, como resultaria se tivessem sido feitas perguntas que convidassem directamente a afirmar a sua participação numa qualquer prática restritiva da concorrência, o que resulta contrário à jurisprudência, nacional e comunitária.
227. Não se verifica, assim, qualquer violação dos direitos de defesa da Arguida em processo contra-ordenacional da concorrência, onde se incluirão os direitos ao silêncio e à não auto-incriminação, nos termos devidamente adaptados aos objectivos e fins do Direito da Mera Ordenação Social, quando o serviço instrutor procede à inquirição de representantes legais de empresas e de associações de empresas e à solicitação de informações e documentos, durante o inquérito e previamente à notificação da Nota de Ilícitude, e aproveita tais informações ou declarações para a instrução do processo contra-ordenacional.
228. Na sequência e necessário alinhamento do que acaba de se concluir, é também forçoso sublinhar que o serviço instrutor, na investigação e inquérito do presente processo, não recorreu a métodos proibidos de prova, como alega a Arguida, sendo expressamente refutadas as considerações da Arguida quanto à obtenção de provas no presente processo “*mediante coação à integridade moral das pessoas*”, ou “*mediante perturbação da liberdade da vontade*” (cfr. § 137 da defesa escrita, a fls. 15739).
229. As regras da defesa da concorrência permitem e prevêm que a AdC possa exigir às empresas e pessoas obrigadas à colaboração os elementos e informações que



considere necessárias à prossecução das funções e missões atribuídas legalmente, designadamente a investigação e a punição de práticas restritivas da concorrência – tal quadro legal é, ou necessariamente devia ser, do conhecimento da Arguida nos presentes autos, dos seus representantes legais e das demais pessoas que foram chamadas a prestar declarações nos autos.

230. Tal como tais representantes legais não podem desconhecer a susceptibilidade de lhes ser imputada uma infracção jus-concorrencial, nos termos do artigo 47.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, assente na própria prova que os mesmos venham a produzir nos autos, voluntariamente ou mediante a mobilização dos poderes de inquérito e inspecção legalmente conferidos à AdC.
231. Os meios de prova em causa — os pedidos de elementos e informações, a inquirição de representantes legais e de outras pessoas — correspondem a meios de obtenção de prova previsto pela própria Lei n.º 18/2003, não se verificando, nos presentes autos, qualquer constrangimento ao esclarecimento e à liberdade de decisão e conformação da vontade declaratória da Arguida e dos declarantes.
232. Nestes termos, não se consideram tais provas e meios de prova utilizados nos presentes autos feridas de qualquer das nulidades ou invalidades alegadas pelas arguidas, ou outras que cumpra apreciar oficiosamente.

Quanto à violação do princípio da presunção de inocência e utilização de provas de forma selectiva

233. A AdC começa por afirmar a vigência do princípio da presunção de inocência em todo o direito sancionatório, designadamente, nos processos de contra-ordenação da sua competência.
234. Contudo, o princípio da presunção da inocência não tem o sentido e o alcance que a Arguida lhe pretende dar. Com efeito, o princípio da presunção da inocência não obsta à obtenção de prova e, em todos os sistemas sancionatórios, o arguido pode ser fonte de prova.



235. O que o n.º 2 do artigo 32.º da Constituição, que consagra o princípio da presunção de inocência, estabelece é que “*todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*”.
236. Deste preceito constitucional, na esteira de J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, para além da obrigação de julgar com celeridade, podem retirar-se os seguintes corolários⁷: a proibição de inversão de ónus da prova em detrimento do arguido; a preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo; a exclusão da fixação de culpa em despachos de arquivamento; a não incidência de custas sobre arguido não condenado; a proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares; a proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal; a natureza excepcional e de última instância das medidas de coacção, sobretudo as limitativas ou proibitivas da liberdade; o princípio *in dubio pro reo*, implicando a absolvição em caso de dúvida do julgador sobre a culpabilidade do acusado.
237. De entre estes corolários não se encontra qualquer proibição de valorar prova obtida junto do arguido; com efeito, o princípio da presunção de inocência não ancora qualquer proibição nesse sentido (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 695/95).
238. Como tal, a questão deverá ser recentrada à luz do que se referiu já nesta Decisão a propósito do designado direito à não auto-incriminação, nos termos em que este é consagrado no direito português em matéria de processo contra-ordenacional, para ali se remetendo quaisquer considerações nesta matéria.
239. Também não se verifica qualquer recolha selectiva de documentos orientada com o propósito *persecutório* ou de incriminação dos arguidos (e omissão de outros dados eventualmente relevantes), alegações que se repudiam integralmente. A orientação probatória, e de toda a investigação, foi feita em função da busca da justiça material.
240. Acresce ainda que a Arguida pôde exercer o seu direito à prova, designadamente, juntando todos os elementos que entendesse relevantes para a sua defesa; direito de

⁷ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Anotada, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 518.



que prescindiu, não juntando na sua resposta escrita qualquer elemento de prova ou, para esse efeito, refutando os factos indicados na Nota de Ilicitude, contestando apenas a sua qualificação jus-concorrencial.

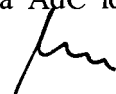
241. Não pode é a Arguida pretender que a AdC omita o cumprimento dos seus deveres e que, após análise dos documentos e das declarações juntas aos autos, deixe de extrair as devidas conclusões, sendo inadmissível considerar que a Arguida não possa fornecer prova, inclusive prova incriminatória.

Quanto à não disponibilização de elementos confidenciais dos autos

242. Neste ponto, a Arguida não só ignora o regime aplicável como deturpa os factos em que suporta as suas alegações relativas a eventuais preterições de direitos.
243. Assim, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 18/2003, “*sempre que a Autoridade, no exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão que lhe são atribuídos por lei, solicitar às empresas (...) documentos e outras informações que se revelem necessários, esse pedido deve ser instruído com os seguintes elementos: (...) d) a informação de que as empresas deverão identificar, de forma fundamentada, as informações que consideram confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações*”.
244. Como tal, compete às empresas titulares da informação determinar se a mesma corresponde, ou não, a um segredo de negócio, seu ou de terceiro, ou se é informação que esteja abrangida por qualquer outro dever legal de confidencialidade.
245. Sem prejuízo disso, e tal como reconhecido expressamente pelo Tribunal do Comércio de Lisboa, “[q]uando os direitos de defesa e o interesse na não divulgação dos segredos de negócio estão em confronto, há que fazer uma ponderação sobre a prevalência de um ou outro desses interesses, face ao caso concreto” (Despacho do Tribunal do Comércio de Lisboa, 2.º Juízo, de 15 de Fevereiro de 2007, no Processo 766/06.4TYLSB).



246. Em especial na aplicação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, a qualificação de um documento ou informação como confidencial não poderá impedir – à luz da aludida ponderação de interesses que será necessariamente feita em cada caso concreto –, a Autoridade de o divulgar, mormente permitindo aos arguidos o acesso a tais documentos e informações, se o mesmo for necessário para prova das infracções a tais normas.
247. Assim, é neste caso – a necessidade de acesso ao documento para prova de infracção – que ocorre tal ponderação de interesses, que a Autoridade terá necessariamente de fazer, em que se poderá considerar que a necessidade de salvaguardar o exercício efectivo dos direitos de defesa dos arguidos, em especial através do acesso ao processo, “(...) *poderá ter mais peso do que a preocupação de proteger as informações confidenciais de outras partes. (...) Tal obriga a uma apreciação de todos os factores relevantes, nomeadamente:*
- *a pertinência das informações para determinar a existência ou não de uma infracção e a sua força probatória;*
 - *o seu carácter indispensável;*
 - *o nível de sensibilidade (em que medida a sua divulgação pode lesar os interesses da pessoa ou empresa em questão);*
 - *uma apreciação preliminar quanto à gravidade da infracção alegada.”* – Cfr. § 24 da citada Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho.
248. Ora, não só a AdC não recorreu a nenhum dos elementos identificados a fls. 15551 como a Arguida não demonstrou a necessidade de aos mesmos aceder para fazer valer os seus direitos de defesa.
249. De facto – e ao contrário do que alega a Arguida – a AdC não se limitou “*a elencar as fls. confidenciais e a referir que a confidencialidade se deveria à indicação das empresas EMEL e CPE de que a informação contida nessas folhas não deveria ser revelada*” (cfr. § 166 da defesa escrita, a fls. 15745); pelo contrário (e como reconhece a Arguida no § 165 da defesa escrita, a fls. 15745), a AdC identifica



concretamente os elementos considerados confidenciais pelos respectivos titulares e descreve sucintamente o seu conteúdo, de forma a que, sem pôr em causa a confidencialidade requerida, a Arguida possa determinar se os mesmos são, ou não, relevantes para a Nota de Ilícitude ou para o exercício dos seus direitos de defesa.

250. Como tal, a AdC não só identifica as fls. confidenciais como apresenta, sucintamente o seu conteúdo, a saber (cfr. Auto a fls. 15551):

- “*cópias de diversos contratos celebrados entre a EMEL e outras entidades associadas da ANEPE, nomeadamente a FL Gaspar, Multifrota, Resopre e Brisa*”;
- “*percentagem das receitas que é proveniente de estacionamento com tarifa diurna e com tarifa nocturna nos parques explorados pela CPE*”;
- “*distribuição percentual da permanência de estacionamento (nos parques explorados pela empresa entre 1 de Janeiro de 2007 e 31 de Dezembro de 2007)*”;
- “*montante de receitas em euros para cada um dos parques explorados pela CPE para os anos (exercícios) de 2006 e 2007*”.

251. O que corresponde ao cumprimento escrupuloso dos seus deveres nesta matéria, como já decidido pela jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa, nos termos da qual a AdC “*deve elaborar uma listagem que junta ao processo, na qual identifica os documentos que reputa de confidenciais. Dessa listagem devem constar as razões que levaram a que os elementos fossem qualificados como confidenciais, sendo certo que tal fundamentação muitas vezes resulta da própria natureza dos documentos. (...) Se a Autoridade actuar desta forma assegura que as arguidas possam, até certo ponto, sindicá-la análise que efectuou e que levou à qualificação das informações ou dos documentos como confidenciais*” (cfr. Despacho do Tribunal do Comércio de Lisboa, 2.º Juízo, de 15 de Fevereiro de 2007, no Processo 766/06.4TYLSB, já referido *supra*).

252. Assim, e em primeiro lugar, resulta que a AdC juntou aos autos listagem identificando os documentos confidenciais extraídos dos autos, fundamentando tal decisão nas alegações de confidencialidade dos titulares da informação, e

disponibilizando à Arguida uma descrição sucinta do teor dos documentos, permitindo-lhe sindicá-los o seu conteúdo, bem como a irrelevância dos mesmos para o presente processo, já que em momento algum foram considerados ou mesmo referidos na Nota de Ilicitude.

253. Aliás, não só a Arguida sabe – porque conhece a Nota de Ilicitude – que a AdC não utilizou quaisquer desses elementos para a formação da sua convicção preliminar quanto aos factos e à imputação dos mesmos, como não pode deixar de conhecer se os mesmos (não sendo inculpatórios), podem ser considerados abonatórios, o que resulta desde logo da descrição do seu teor.
254. Em segundo lugar, não sendo elementos que hajam sido *considerados* na Nota de Ilicitude, não se compreende em que medida pretende a Arguida exercer o seu direito de audição, no âmbito do exercício do direito de defesa, em relação aos mesmos.
255. As conclusões da AdC estribam-se nos elementos indicados na Nota de Ilicitude, na sequência da indicação dos factos e respectivos elementos probatórios – para além disso, a Arguida teve acesso aos autos do processo, requereu e obteve os elementos que entendeu pertinentes para a sua defesa, e utilizou-os como bem entendeu.
256. Acresce ainda que tais informações pertencem às empresas CPE e EMEL, ambas associadas da ANEPE, pelo que não só a Arguida poderia, no prazo de 40 dias úteis que lhe foi concedido para exercer o seu direito a apresentar a uma resposta escrita, ter obtido o levantamento da respectiva confidencialidade junto das suas associadas, como poderia, caso tivesse interesse nos mesmos elementos, obter tais elementos directamente junto dessas associadas, pelo que esta, se os considerasse efectivamente necessários ou relevantes para o exercício dos seus direitos de defesa, poderia obtê-los junto das entidades identificadas, juntando-os aos autos em suporte das suas alegações.
257. Não se tratando de meios de prova com relevo para a condenação ou absolvição (ou outro elemento relevante para apuramento de responsabilidade ou determinação da sanção aplicável), não se vislumbra qualquer prejuízo para a defesa da arguida – neste sentido, o Despacho de 8 de Abril de 2008, do Tribunal do Comércio de Lisboa, 1.º Juízo, no Processo n.º 350/08.8TYLSB.



Quanto ao desconhecimento do conteúdo de fls. dos autos

258. À Arguida assiste o direito de acesso aos autos, bem como de obter cópias, extractos e certidões dos documentos dele constantes, nos termos do n.º 1 do artigo 89.º do CPP, aplicável aos processos contra-ordenacionais que corram termos na AdC, com as devidas e adequadas alterações, *ex vi* do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO e do n.º 1 do artigo 22.º da Lei n.º 18/2003, os quais não foram em momento algum prejudicados, nem se verificou qualquer recusa de acesso aos autos nem a quaisquer elementos dele constantes.
259. Quanto a este ponto, há que recordar que a Arguida foi notificada da Nota de Ilicitude a 15 de Setembro de 2010, requereu acesso para consulta, e cópia simples dos autos, a 17 de Setembro de 2010 e levantou as cópias simples requeridas a 24 de Setembro de 2010. Terminando o prazo concedido para apresentação de pronúncia escrita a 12 de Novembro de 2010, nunca a Arguida exerceu o seu direito de acesso ao processo, nunca tendo demonstrado interesse em, efectivamente, consultar os autos originais, que estiveram à sua disposição para o efeito, pelo menos, desde 20 de Setembro de 2010.
260. Assim, sempre a Arguida teve livre acesso ao processo, não sendo pois imprescindível obter cópias; acresce que não exerceu o seu direito de acesso ao processo, e dispôs das cópias requeridas logo a 24 de Setembro de 2010.
261. Não constam igualmente dos autos quaisquer pedidos de esclarecimentos da Arguida quanto ao teor de fls. em concreto, nem esta alguma vez comunicou aos autos a omissão de fls. ou a ininteligibilidade do seu conteúdo.
262. Não é, pois, compreensível que a Arguida venha agora alegar que desconhece se “*no original dos autos, constará qualquer informação relevante sobre a qual se devesse pronunciar. Do exposto resulta que, também neste concreto ponto, o direito de defesa da Arguida saiu violado, porquanto não pode pronunciar-se sobre documentos que desconhece por lhe não terem sido disponibilizados*” (cfr. §§ 172 e 173 da defesa escrita, a fls. 15747).



263. Sempre se dirá que os factos demonstram que a Arguida teve todas as condições para, fosse acedendo aos autos, fosse solicitando esclarecimentos à AdC, conhecer todos os elementos e ver esclarecidas todas as dúvidas que pudesse ter sobre os mesmos.
264. Não poderá a AdC mais acrescentar quanto a esta alegação, citando-se, uma vez mais, o Tribunal do Comércio de Lisboa, no seu Despacho de 15 de Fevereiro de 2007, nos termos do qual:

“(...) tendo tido um comportamento totalmente passivo nesta matéria desde que foi notificada da nota de ilicitude, o facto de vir agora suscitar esta questão (irregularidade processual) raia a violação dos seus deveres de diligência e boa fé processuais. ‘O primeiro obriga os sujeitos processuais a «reagir contra nulidades ou irregularidades que consideram cometidas e entendam relevantes... não podendo naturalmente escudar-se na sua própria negligência no acompanhamento das diligências ou audiências para vir reclamar o cumprimento da lei relativamente a actos em que estiveram presentes e de que, agindo com a prudência normal, não puderam deixar de se aperceber». O segundo impede que os sujeitos processuais «possam aproveitar-se de alguma omissão ou irregularidade porventura cometida ao longo dos actos processuais em que tiveram intervenção, guardando-a como um «trunfo» para, em fase ulterior do processo, se e quando tal lhes pareça conveniente, a suscitarem e obterem a anulação do processado»’ (João Conde Correia, Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais, in Studia Iuridica 44, C^a Ed., p.148, n.328).

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

265. Não se verificam, nestes termos, quaisquer invalidades, como alegado pela Arguida.

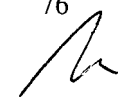


E) Preterição de direitos fundamentais no plano do Direito

266. Do § 174 ao § 184 da sua defesa escrita, a fls. 15747, a Arguida alega que “*não obstante ter dissertado longamente sobre o direito da concorrência, apelando a diversos conceitos e citando vária jurisprudência, a AdC não logrou esclarecer estes temas e indicar os factos concretos aptos a preencher os elementos objectivos e subjectivos do tipo contra-ordenacional*”, concluindo portanto que “*o mesmo é dizer que, salvo melhor entendimento, do texto da NI não é possível retirar com clareza as razões pelas quais a Arguida infringiu as regras de concorrência*” (cfr. §§ 183 e 184 da defesa escrita, a fls. 15749).
267. Neste ponto, é notório que a Arguida, esgotando argumentos já anteriormente refutados, reitera a alegada falta de fundamentação da Nota de Ilicitude e a sua pretensa sustentação em meras conclusões e presunções infundadas, desta feita no plano do Direito.
268. Uma vez que tais matérias foram já exaustiva e suficientemente tratadas em pontos anteriores da presente Decisão, quando se tratou de analisar o cumprimento dos deveres da AdC face aos direitos de defesa da Arguida, e, em particular, quanto ao teor da Nota de Ilicitude proferida nos presentes autos, para aí se remete (cfr. § 145 e segs., *supra*), evitando desnecessárias repetições.

F) Preterição de direitos fundamentais no plano da sanção

269. Nos §§ 185 e seguintes da sua defesa escrita, a fls. 15749, a Arguida reitera argumentos anteriormente apresentados relativamente à sanção a aplicar no âmbito do presente processo, considerando que “*da leitura da NI – em especial dos seus artigos 317 a 332 – retira-se que a AdC se limitou a analisar formalmente os critérios elencados no referido artigo 44.º da LdC, sem que tenha, contudo, indicado factos (e, novamente, não conclusões), que permitissem à Arguida ter uma noção da sanção que, a final, a Autoridade lhe pretende aplicar*” (cfr. § 186 da defesa escrita, a fls. 15710).



270. Neste ponto, remete-se uma vez mais a Arguida para o que aqui já ficou dito quanto, por um lado, ao exacto conteúdo do artigo 50.º do RGCOC no que respeita ao teor da Nota de Ilícitude, por um lado, e por outro, quanto ao cumprimento dos deveres da AdC e dos direitos da Arguida no que respeita à coima e sanções acessórias passíveis de aplicação no caso concreto, considerando-se nada mais ser de acrescentar: todos os elementos, de facto e de direito, que permitem apreciar qual a sanção aplicável, nos termos e para os efeitos do artigo 50.º do RGCOC estão perfeita e individualizadamente especificados na Nota de Ilícitude, e sempre por referência e suportados nos elementos de facto indicados e sustentados em elementos probatórios disponibilizados à Arguida.

G) Preterição de outros direitos fundamentais

271. Nos § 204 a 207 da sua defesa escrita, a fls. 15754, bem como noutras passagens da sua defesa escrita (cfr., v.g., §§ 87 e 182 da defesa escrita, a fls. 15729 e 15749, respectivamente), a Arguida entende que da Nota de Ilícitude *“transparece uma intolerante consideração das manifestações colectivas da ANEPE e dos mecanismos indispensáveis à sua preparação como violadoras do direito de defesa da concorrência, sem a mínima deferência pelo enquadramento constitucional dessa liberdade associativa”* (cfr. § 206 da defesa escrita, a fls. 15754).

272. Pretende, portanto, a Arguida que a Nota de Ilícitude, imputando à Associação Arguida uma infracção ao artigo 4.º da Lei da Concorrência, que expressamente proíbe *“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”*, corresponde a uma violação da liberdade de associação, nos termos do artigo 46.º da CRP.

273. Desde logo, tal liberdade de associação não pode permitir a prossecução, pelo objecto estatutário ou *ultra vires*, de actividades ilícitas por parte de quaisquer associações, independentemente da sua natureza ou composição.



274. De seguida, sempre se dirá que as Associações de Empresas são destinatárias preferenciais das regras de defesa da concorrência, tendo o legislador expressamente colocado tal conceito (o de “*decisões de associações de empresas*”) ao mesmo nível dos *acordos entre empresas* e das *práticas concertadas entre empresas*, enquanto restrições concorrenciais típicas, proibidas pelo artigo 4.º da Lei da Concorrência.
275. Finalmente, tal conclusão da Arguida apenas pode resultar de uma manipulação do conteúdo da Nota de Ilicitude, sendo despropositada. Veja-se, a título exemplificativo, o alegado pela Arguida no § 87 da sua defesa escrita, a fls. 15729:
- “A AdC afirma que a ANEPE, ao informar os seus associados sobre as novas regras previstas no DL 81/2006 – e, portanto, ao exercer o objecto para o qual foi criada (“*promover a defesa dos interesses profissionais dos associados, elaborando estudos e informações sobre o sector (...) intervindo na apreciação de quaisquer projectos ou actividades que se relacionem com o seu objecto, nomeadamente em tudo o que vise a implementação, manutenção e desenvolvimento de uma política de circulação e estacionamento compatível com a actividade dos associados*” – cf. artigo 3.º dos Estatutos da ANEPE) – pretendeu recomendar às suas associadas uma política concertada de preços”
276. Ora, em parte alguma da Nota de Ilicitude se considera que o objecto estatutário da Associação Arguida viola a Lei da Concorrência, ou que a Associação, ao desenvolver esse mesmo objecto, estará necessariamente a violar as regras de defesa da concorrência. Se assim fosse – e, note-se, nada impede que se conclua que os Estatutos de uma Associação de Empresas constitua, por si só, uma infracção jus-concorrencial –, teria a Arguida tido conhecimento de tais imputações através da Nota de Ilicitude.
277. Pelo contrário, a AdC, na referida Nota de Ilicitude, individualiza e especifica concretamente os elementos que, constando dos autos, considera constituírem prova suficiente, *prima facie*, de uma infracção jus-concorrencial, tipificada na Lei n.º 18/2003 como uma “*decisão de associação de empresas*”, abstendo-se de se pronunciar sobre quaisquer outras manifestações da vida associativa da ANEPE que, no caso concreto, não contendem com as regras de defesa da concorrência.



278. O que a Arguida não pode ignorar é que o legislador entendeu consagrar expressamente o conceito de decisão de associação de empresas para responsabilizar associações empresariais, seja pelo comportamento anticoncorrencial das empresas associadas seja pela conduta da própria associação, quando esta se constitua num fórum que possibilite ou potencie a violação das regras de defesa da concorrência.
279. Sem pretensão de nos anteciparmos na resolução das questões de facto e de direito que suportam esta Decisão, sempre se dirá que a Arguida contesta a qualificação dos factos imputados à Associação ANEPE como uma decisão de associação de empresas prevista e punida pelo artigo 4.º da Lei da Concorrência; tal contestação, resultando do pleno exercício dos respectivos direitos de defesa, não pode, todavia, vincular a AdC.
280. Cite-se, uma vez mais, a jurisprudência relevante: *“como já foi suficientemente explanado, estamos aqui a falar do direito que assiste ao arguido de não lhe ser aplicada uma punição sem que lhe seja dada uma concreta e efectiva possibilidade de se pronunciar sobre a infracção que lhe é imputada, direito que abrange, sem dúvida, a possibilidade de se pronunciar em audiência oral e a de apresentar prova. Mas, no que a este aspecto concerne, o direito não vai mais longe do que isto. A valoração que é depois dada à prova produzida pela arguida é questão de todo alheia aos direitos de defesa, é questão de julgamento. (...) O facto de a AdC não ter dado à argumentação da arguida a valoração que esta pretendia é, conforme referido, uma questão de julgamento da causa. Aliás, a aceitar-se o entendimento da arguida teríamos de concluir que sempre que o tribunal condena um arguido que nega a prática dos factos estaria a violar os seus direitos de defesa”* — Sentença do 2.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 15 de Fevereiro de 2007, no Processo n.º 766/06.4TYLSB.
281. Termos em que se conclui pela não verificação de qualquer uma das pretensas violações de direitos e princípios fundamentais alegados pela Arguida na sua defesa escrita.



II. OS FACTOS

II.1. Identificação da Associação de empresas e empresas associadas envolvidas

II.1.1. A ANEPE – Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento

- 282.** A ANEPE é uma associação de empresas que congrega empresas de estacionamento, ou seja, empresas que tenham por objecto o exercício da gestão e exploração de parques e ou lugares de estacionamento, cobertos ou à superfície, públicos ou privados, sendo igualmente admitidos como associados as pessoas singulares ou colectivas que se dediquem, habitual e lucrativamente, à comercialização de equipamento para utilização em parques de estacionamento (artigo 5.º dos Estatutos da ANEPE, a fls. 1813).
- 283.** A Associação Arguida tem por objecto promover a defesa dos interesses profissionais dos associados, elaborando estudos e informações sobre o sector, promovendo a actividade dos associados junto de entidades ou instituições, públicas ou privadas, intervindo na apreciação de quaisquer projectos ou actividades que se relacionem com o seu objecto, nomeadamente em tudo o que vise a implementação, manutenção e desenvolvimento de uma política de circulação e estacionamento compatível com a actividade dos associados (artigo 3.º dos Estatutos da ANEPE, a fls. 1812).
- 284.** A ANEPE foi constituída a 22 de Abril de 1996, por escritura outorgada pelas seguintes empresas: ESLI – Parques de Estacionamento de Lisboa, S.A., Emparque – Empreendimentos e exploração de parqueamentos, S.A. e Socoparque – Parques de Estacionamento, S.A. (Escritura de constituição da ANEPE, a fls. 1795).
- 285.** De acordo com as informações prestadas pela ANEPE, em 2006, esta associação contava com 21 associados, divididos entre duas categorias: “operadores” (empresas gestoras de parques ou de lugares de estacionamento), e “instaladores” (empresas que se dedicam à comercialização de equipamentos para utilização em parques de estacionamento):

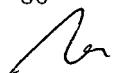


Tabela 1 - Listagem de Associados da ANEPE em 2006⁸

Operadores
CPE – Companhia de Parques de Estacionamento, S.A.
EMEL – Empresa Pública Municipal de Estacionamento de Lisboa, E.P.M.
EMPARQUE – Empreendimentos e Exploração de Parques, S.A. (Grupo Emparque)
ESLI – Parques de Estacionamento, S.A. (Grupo Emparque)
Estação Shopping – Imobiliária, S.A.
GISPARQUES – Planeamento e Gestão de Estacionamento, S.A. (Grupo Emparque)
GISPARQUES II – Planeamento e Gestão de Estacionamento, S.A. (Grupo Emparque)
PARQUA – Parques de Estacionamento da Amadora, S.A. (Grupo Emparque)
Parques da Estação – Empreendimentos e Exploração de Estacionamentos, S.A. (Grupo Emparque)
Promoparques – Promoção e Gestão de Parques de Estacionamento, S.A.
SIENT – Sistemas de Engenharia de Trânsito, S.A.
SP GIS – Planeamento e Gestão de Estacionamento, S.A. (Grupo Emparque)
SPEL – Sociedade de Parques de Estacionamento, S.A.
Instaladores
BAER – Brisa Access Electrónica Rodoviária, S.A.
Carlos Manuel Estima Oliveira
ENA Portugal – Sistemas de Telecomunicações, S.A.
Fernando L. Gaspar – Sinalização e Equipamentos Rodoviários, S.A.
MULTIFROTA – Comércio e Gestão de Frotas, Lda.
Park System – Sistemas Inteligentes para Gestão e Controlo de Estacionamento, Lda.
RESOPRE – Sociedade Revendedora de Aparelhos de Precisão, S.A.
Scheidt & Bachmann Portugal - Sistemas de Gestão para Parques de Estacionamento, Unipessoal, Lda.

Fonte: ANEPE, a fls. 1990

286. Ainda de acordo com os elementos apresentados pela Associação Arguida, as empresas operadoras associadas representavam, à data dos factos, cerca de 130.000 lugares de estacionamento em Portugal (continente e regiões autónomas),

⁸ Identificam-se igualmente as empresas associadas que pertencem ao Grupo Emparque, como detalhado *infra*, nos parágrafos 297 e segs. da presente Decisão.

distinguindo entre “Unidades Autónomas de Exploração”, “Unidades de Apoio ou Complementares de estruturas comerciais”, “Parques de estacionamento privado” e “Estacionamento à superfície”:

Tabela 2 - Lugares de estacionamento, por tipo de parque e por associado da ANEPE (2006)

Lugares de estacionamento, por tipo de parque e por associado da ANEPE				
	Unidades Autónomas de Exploração ⁹	Unidades de Apoio ou complementares de estruturas comerciais ¹⁰	Parques de estacionamento privado ¹¹	Estacionamento à superfície ¹²
Associado	N.º lugares	N.º Lugares	N.º Lugares	N.º Lugares
CPE	4.642	872	0	1.324
Carlos Oliveira	0	0	285	150
EMEL	0	74	483	40.863
Estação Shopping	800	0	0	0
Grupo Emparque	9.381	14.230	0	21.940
Promoparques	0	852	0	0
RESOPRE	0	0	0	3.389
SIENT	0	0	3.418	3.189
SPEL	3.363	10.211	0	2.047
TOTAL	18.186	26.239	4.186	72.902

Fonte: ANEPE (fls. 2021 e segs.)

287. Verifica-se assim que a ANEPE, não obstante a sua designação social, representa dois tipos distintos de associados e respectivos interesses, a saber, os associados que exercem actividades económicas de gestão e exploração de lugares de estacionamento, e os associados que exercem actividades acessórias ou secundárias

⁹ As “Unidades Autónomas de Exploração” consistem nos parques de estacionamento concessionados por municípios e existentes em espaços públicos, maioritariamente subterrâneos (fls. 1770).

¹⁰ As “Unidades de Apoio ou Complementares de estruturas comerciais” consistem nos parques de estacionamento, quase sempre subterrâneos e que são subproduto de centros comerciais e/ou edifícios de serviços (fls. 1770).

¹¹ Os “Parques de Estacionamento privado” consistem nos parques de estacionamento de iniciativa privada, mas de uso público (fls. 1770).

¹² O “Estacionamento à superfície” consiste nos parques de estacionamento fechado, à superfície, ou estacionamento na via pública (fls. 1770).

àquelas, como sejam a comercialização e instalação de equipamentos para parques de estacionamento, parquímetros, entre outros¹³.

288. Essa distinção verifica-se, desde logo, no âmbito dos contactos da ANEPE com os associados, em relação a matérias que dizem respeito apenas aos operadores de parques de estacionamento ou que respeitam em comum a operadores e a “instaladores”: veja-se, por exemplo, a mensagem de correio electrónico a fls. 2144 e segs., dizendo respeito ao “controlo metrológico dos sistemas de gestão de parques de estacionamento”, e que é remetida tanto a operadores como a instaladores, enquanto a mensagem de correio electrónico a fls. 2133, respeitando à aplicação do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril (determinação do preço nos parques de estacionamento), é remetida apenas aos associados operadores.

289. Por outro lado, essa distinção reflecte-se igualmente nos direitos de voto dos associados nas reuniões da Assembleia-geral da Associação Arguida, com clara preponderância das associadas “operadoras” de parques e zonas de estacionamento.

290. Assim, nos termos do artigo 18.º dos Estatutos da ANEPE (“*deliberações e direitos de voto*”), verifica-se que:

“Cada Associado, para além de 1 (um voto) que lhe é atribuído pelo pagamento da quota anual fixa, terá acrescidamente um número de votos determinado pela espécie e número de lugares de estacionamento que explora ou gere...” (Estatutos da ANEPE, a fls. 1817).

II.1.1.1. Órgãos sociais da ANEPE

291. Nos termos do artigo 10.º dos Estatutos da ANEPE, são órgãos sociais da Associação a Assembleia Geral, a Direcção e o Conselho Fiscal, sendo os seus titulares eleitos por períodos de três anos (Estatutos da ANEPE, a fls. 1814 e 1815).

¹³ Tenha-se em conta a resposta da RESOPRE ao pedido de elementos e informações da AdC, a fls. 13939: “*cumpre-nos informar que a Resopre – Sociedade Revendedora de Aparelhos de Precisão, S.A. não explora nenhum parque de estacionamento, tendo a sua actividade centrada, no que a estacionamentos respeita, na comercialização e representação de equipamento diversificado, com especial enfoque para os comumente designados parquímetros e equipamentos de controlo e gestão de parques de estacionamento.*”



292. Nos termos do artigo 21.º dos Estatutos da ANEPE, a Direcção da associação é constituída por um Presidente, um Tesoureiro e um Vogal, podendo a Direcção nomear um Secretário-geral, que exercerá as funções que lhe foram fixadas pela Direcção (Estatutos da ANEPE, a fls. 1819).
293. De acordo com o solicitado pela AdC a fls. 14 e segs. dos autos, a ANEPE submeteu aos autos o seguinte “Organograma Funcional” e descrição das “Competências” dos órgãos sociais e do Secretário-geral da associação (adaptado de fls. 1986):

Tabela 3 - Organograma funcional e competências dos órgãos da ANEPE (2006)

Organograma Funcional e Competências	
Assembleia Geral	
<ul style="list-style-type: none"> a) Eleger e destituir os membros da Direcção e do Conselho Fiscal; b) Deliberar sobre a alteração dos estatutos; c) Apreciar e aprovar o relatório e contas da Direcção e o parecer do Conselho Fiscal sobre o exercício findo; d) Aprovar o plano das actividades e o respectivo orçamento proposto pela Direcção; e) Aprovar ou alterar o processo de eleição para os órgãos sociais e, sob proposta da Direcção, os regulamentos sobre o funcionamento dos mesmos, bem como a admissão de novos associados e a fixação do quantitativo da jóia e da quota; f) Deliberar sobre a perda da qualidade de associado, nos termos do artigo 7.º dos estatutos; g) Deliberar sobre a dissolução da Associação; h) Deliberar sobre a aquisição, oneração ou alienação de quaisquer bens imóveis; i) Deliberar sobre os acordos de fusão, associação ou federação; j) Fixar a remuneração dos órgãos sociais. 	
Conselho Fiscal	
<ul style="list-style-type: none"> a) Fiscalizar a actividade económico-financeira da Direcção; b) Emitir parecer sobre o relatório e contas elaborado pela Direcção para apreciação e votação da Assembleia Geral; c) Fazer-se representar nas reuniões da Direcção, sempre que o julgue necessário. 	
Direcção	
<ul style="list-style-type: none"> a) Prosseguir o objecto estatutário e o cumprimento dos fins designados à Associação; 	

- b) Zelar pelo cumprimento dos estatutos e deliberações dos órgãos sociais;
- c) Assegurar a organização e o funcionamento dos serviços;
- d) Gerir as actividades da Associação e administrar o seu património;
- e) Representar a Associação, em juízo e fora dele;
- f) Elaborar os regulamentos internos a aprovar em Assembleia Geral;
- g) Elaborar o relatório e contas do exercício findo, bem como o plano de actividade e o respectivo orçamento para o ano seguinte;
- h) Propor à Assembleia Geral o quantitativo da jóia de admissão e das quotas a pagar pelos associados;
- i) Propor à Assembleia Geral a suspensão ou exclusão dos associados;
- j) Organizar, contratar e gerir o pessoal da Associação;
- k) Definir, em função das informações que lhe forem prestados pelos Associados e de acordo com os estatutos, o número de votos que deve ser atribuído a cada Associado, para efeitos do exercício do respectivo direito de voto na Assembleia Geral.

Secretário-geral

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

294. Os órgãos sociais da ANEPE, nos períodos relevantes para a análise dos factos objecto do presente processo (triénios de 2003 a 2005, e de 2006 a 2008) apresentam a seguinte composição (fls. 1932, 1939 e 1985):

A) Triénio 2003 – 2005**1. Assembleia geral:**

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

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

2. Direcção:

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

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

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

3. Conselho Fiscal:

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

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

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

B) Triénio 2006 - 2008

1. Assembleia geral:

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

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



2. Direcção:

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

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

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

3. Conselho Fiscal:


 86

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

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

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

295. A composição dos órgãos sociais da ANEPE, nos triénios 2003-2005 e 2006-2008, é, assim, a que a seguir se indica (fls. 1985):

Tabela 4 - Composição dos Órgãos Sociais da ANEPE - 2003-2008

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




296. Neste período de tempo, a Secretária-geral da ANEPE era a senhora Maria de Jesus Fiúza Lopes, nomeada pela Direcção da Associação a 19 de Julho de 2001, com efeitos a partir de 1 de Agosto de 2001 (acta da Direcção da ANEPE, de 19 de Julho de 2001, a fls. 1983).
297. Refira-se ainda que, previamente à sua nomeação como Secretária-geral da ANEPE, a Senhora Maria de Jesus Lopes tinha já estado ligada aos órgãos sociais da associação, tendo sido vogal da Direcção, em representação das empresas associadas ESLI e EMPARQUE (ambas do Grupo Emparque), de 1998 a 2002 (a fls. 1985).
298. De acordo com as informações prestadas pela Associação ao pedido de elementos e informações da AdC a fls. 14 e segs., esta associação não possui uma estrutura humana permanente ou autónoma em relação às empresas associadas, dependendo, para o seu funcionamento quotidiano, para a generalidade das comunicações de e com os associados e terceiros, e para a actividade associativa em geral, da Secretária-geral, eventualmente com apoio administrativo pouco substancial (uma assistente administrativa a tempo parcial).
299. Assim,
- “Tendo em conta a sua actividade inicialmente muito reduzida, até 2001 a ANEPE funcionou agregada a uma das empresas membro. A partir de 2001, passou a funcionar de forma autonomizada, em instalações próprias ...*
- A ANEPE dispõe de uma estrutura diminuta constituída por uma Secretária-geral, com apoio de secretariado eventual. A Secretária-geral sempre desempenhou funções a tempo parcial.*
- Atendendo às características da sua actividade, a ANEPE tem um funcionamento informal...”* (a fls. 1767).
300. Estas informações relativas à estrutura e funcionamento da Associação seriam confirmadas posteriormente, pelo Senhor Pedro Mendes Leal, o qual, prestando declarações enquanto Vogal Tesoureiro da Direcção da ANEPE, afirmou que:



“Essencialmente, a associação é apoiada pela Senhora Maria de Jesus Lopes e uma secretária, ambas em part-time, já que a associação não tem orçamento para uma estrutura maior” (a fls. 15449).

II.1.2. Grupo Emparque

301. A EMPARQUE – Empreendimentos e Exploração de Parques de Estacionamento S.A., pessoa colectiva n.º 503 245 160, com sede social na Rua Joaquim António de Aguiar, 19, 2.º, Lisboa é uma sociedade anónima que tem por objecto principal “o exercício da actividade de construção e exploração de parques de estacionamento” (a fls. 2190).
302. A Emparque foi constituída em 1994 e, à data dos factos, era detida em 60,14% pelo Grupo A. Silva & Silva – SGPS, SA, em 20% pelo Grupo Portugália e em 11,56% pela A. Romarim, S.A. (a fls. 2160).
303. O Grupo Emparque identifica-se como sendo a *sub-holding* do Grupo A. Silva & Silva na área da concepção, gestão e exploração do estacionamento automóvel. Nestes termos, detém um conjunto de participações societárias (totais, maioritárias, paritárias ou minoritárias) num conjunto alargado de sociedades comerciais que têm também como objecto social principal a concepção, gestão e exploração de estacionamento automóvel, nos seguintes termos (a fls. 2161 e 2162):

A) Detenção da totalidade do capital social:

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

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



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

C) Detenção de metade do capital social:

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

D) Detenção de participação minoritária:

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

304. À data de 31 de Dezembro de 2006, o Grupo Emparque geria ou explorava 56.205 lugares de estacionamento, dos quais cerca de 40% estavam localizados em parques subterrâneos, 35% na rua e 25% em parques de superfície. As empresas do Grupo Emparque estão presentes em todo o país e, em 31 de Dezembro de 2006, operavam nos concelhos de Almada, Amadora, Barreiro, Beja, Cascais, Évora, Faro, Figueira da Foz, Leiria, Lisboa, Loures, Maia, Montijo, Palmela, Portimão, Porto, Santarém, Seixal, Setúbal, Sintra e Vila Real (a fls. 14928).

305. Em 2006, o volume de negócios consolidado do Grupo Emparque foi de € 30.581.552,00 (trinta milhões, quinhentos e oitenta e um mil, quinhentos e cinquenta e dois euros) (a fls. 14955).



II.1.3. SPEL

306. A SPEL – Sociedade de Parques de Estacionamento S.A., pessoa colectiva n.º 501 737 855, com sede social na Rua Guedes de Azevedo nº 148/180, 4000-271, Porto, é uma sociedade anónima cujo objecto “*consiste na construção e exploração de parques e espaços de estacionamento de veículos automóveis e a prestação de assistência aos mesmos veículos*” (fls. 88).
307. A SPEL era, em 2006, detida totalmente pela SABA Aparcamientos, S.A., depois de em 2003 esta empresa ter adquirido a participação de 50% que a Sonae Sierra, SGPS, S.A., detinha no capital da SPEL; por sua vez, a SABA era, em 2006, detida pelo Grupo Abertis (99,26%) (a fls. 75).
308. O Grupo Abertis é um grupo espanhol que se dedica a várias actividades, nomeadamente à exploração de auto-estradas, parques de estacionamento, serviços de logística, infra-estruturas de telecomunicações e gestão de aeroportos (a fls. 75).
309. A SPEL detém 51% do capital da Lizestacionamentos – Desenvolvimento, Exploração e Construção de Parques de Estacionamento, S.A. cuja actividade consiste na promoção, projecção, construção, gestão e exploração de parques de estacionamento e de parcómetros e demais actividades complementares. Os restantes 49% do capital são detidos pela João Cerejo dos Santos, Lda., empresa que se dedica a obras de empreitadas de construção (a fls. 76).
310. A SPEL divide a sua actividade em diversas áreas, sendo as mais significativas a exploração de parques de estacionamento cuja propriedade pertence a Câmaras Municipais ou a outras entidades públicas e a gestão de parques de estacionamento de propriedade de empresas da Sonae Sierra, SGPS, S.A. e da Lizestacionamentos, empresa detida pela SPEL (a fls. 77).
311. Em 2006, a SPEL geria um total de 16.700 lugares de estacionamento, nos concelhos do Porto, Matosinhos, Viseu, Lisboa, Leiria e Portimão (fls. 14818).
312. Em 2006, o volume de negócios da SPEL foi de € 6.514.215,00 (seis milhões, quinhentos e catorze mil, duzentos e quinze euros) (a fls. 14869).



II.1.4. SIENT

313. A SIENT – Sistemas de Engenharia de Trânsito, S.A., pessoa colectiva n.º 502834137, com sede social na Rua Passos Manuel, n.º 102, 1.ºesq – 1150-260, Lisboa, fundada em 1992, é uma sociedade anónima que tem por objecto “*a concepção, instalação e exploração de sistemas de gestão e engenharia de trânsito*” (a fls. 1108).
314. O capital social da sociedade encontrava-se, à data dos factos, disseminado por diversos accionistas, sendo o accionista maioritário (com 19,95%) a sociedade Corpico – Comércio de representações, S.A. (a fls.1032).
315. De acordo com as informações prestadas pela própria, “*A SIENT opera parques de estacionamento como [concessionária] dos mesmos ou como mera prestadora de serviços. Tais parques não são pertença de qualquer sociedade que directa ou indirectamente tenham por actividade a exploração de parques de estacionamento. A SIENT não é participada directa ou indirectamente, nem participa directa ou indirectamente ou por e/em qualquer sociedade que seja titular ou explore parques de estacionamento*” (a fls. 1029).
316. A 31 de Dezembro de 2006, a SIENT operava 20 parques de estacionamento (4 na Área Metropolitana do Porto, 2 na zona centro, 11 na Área Metropolitana de Lisboa e 3 no Algarve), num total de 7.146 lugares de estacionamento (a fls. 14763).
317. O volume de negócios da SIENT, em 2006, foi de € 2.076.221,94 (dois milhões, setenta e seis mil, duzentos e vinte e um euros e noventa e quatro cêntimos) (a fls. 14773).

II.1.5. CPE

318. A CPE – Companhia de Parques de Estacionamento, S.A., pessoa colectiva n.º 504 016 652, com sede social na Rua Julieta Ferrão n.º 12 - 14º Piso, 1649-039 Lisboa, é uma sociedade anónima que tem por objecto a concepção, construção e exploração



de quaisquer tipos de parques de estacionamento, bem como a prestação de serviços ou o exercício de actividades com eles relacionados (a fls. 9349).

- 319.** A CPE foi constituída em 1997, tendo como sua accionista maioritária (60%) a sociedade TEDAL, SGPS, S.A., que por sua vez é detida na totalidade pela Teixeira Duarte – Engenharia e Construções, S.A. (a fls. 9213)¹⁴.
- 320.** A 31 de Dezembro de 2006, a CPE operava 15 parques de estacionamento e 3 Zonas de Estacionamento (parquímetros), nos concelhos de Lisboa, Aveiro, Porto, São João da Madeira, Oeiras, Faro, Matosinhos e Funchal, num total de 7.550 lugares de estacionamento (a fls. 15228 e segs.).
- 321.** O volume de negócios da CPE, em 2006, foi de € 4.436.416,23 (quatro milhões, quatrocentos e trinta e seis mil, quatrocentos e dezasseis euros e vinte e três cêntimos) (a fls. 15238).

II.1.6. Promoparques

- 322.** A PROMOPARQUES – Promoção e Gestão de Parques de Estacionamento, S.A., pessoa colectiva n.º 505085240, com sede social na praça Duque de Saldanha, n.º 1, 11.º, é uma sociedade anónima que tem por objecto a promoção, construção exploração e gestão de parques de estacionamento (a fls. 10898).
- 323.** A Promoparques foi constituída em 2000, sendo detida, à data dos factos, pela FIBEIRA, SGPS, S.A. (99,98%) e por Armando Gertrudes Martins (0,02%) (a fls. 10898). O Grupo Fibeira controla ainda outra empresa com actividade principal na gestão e exploração de parques de estacionamento, a Imosalgest – Gestão e Administração, S.A. (a fls. 10906)¹⁵.
- 324.** Em 2006, a Promoparques explorava apenas um parque de estacionamento, em Lisboa, com 600 lugares (a fls. 12064).

¹⁴ De acordo com as informações prestadas, o Grupo Teixeira Duarte actuava, à data dos factos, no sector da concessão e exploração de parques de estacionamento exclusivamente através da CPE (a fls. 9212).

¹⁵ Acessoriamente, a sociedade Selectiva Hotéis, S.A., detida pelo Grupo Fibeira, gere um parque de estacionamento de apoio a uma unidade hoteleira em Lisboa (a fls. 12064)

325. O volume de negócios da Promoparques, em 2006, foi de € 181.226,84 (cento e oitenta e um mil, duzentos e vinte e seis euros e oitenta e quatro cêntimos) (a fls. 14709).

II.1.7. EMEL

326. Embora não indiciada inicialmente, a EMEL é uma empresa operadora, que pertence aos órgãos sociais da ANEPE, assegurando a presidência da Assembleia Geral nos triénios 2003-2005 e 2006-2008, relevantes para a apreciação da matéria de facto objecto do presente processo.

327. A EMEL – Empresa Pública Municipal de Estacionamento de Lisboa. E.M., pessoa colectiva n.º 503 311 332, com sede na Avenida de Berna, n.º 1, 1050-036 Lisboa, é uma empresa pública municipal que tem por objecto a instalação e gestão de sistemas de estacionamento público urbano, à superfície, na cidade de Lisboa, podendo ainda promover, construir e explorar parques de estacionamento (a fls. 12242).

328. Em 2006, a EMEL explorava um total de 38.485 lugares de estacionamento à superfície, e 2.632 lugares em Parques de estacionamento, todos na cidade de Lisboa (a fls. 12228)¹⁶.

329. O volume de negócios da EMEL, em 2006, foi de € 14.373.864,53 (catorze milhões, trezentos e setenta e três mil, oitocentos e sessenta e quatro euros e cinquenta e três cêntimos) (a fls. 15541).

II.2. Factos provados

II.2.1. O Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril

330. A AdC, através de informações publicadas no jornal diário “Diário de Notícias”, de 19 de Julho de 2006, tomou conhecimento que, na sequência da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril, as empresas CPE, EMPARQUE,

¹⁶ Refira-se que a EMEL é a única entidade que explora lugares de estacionamento na via pública (“Zonas de Estacionamento de Duração Limitada”), na cidade de Lisboa.

Promoparques, SIENT, SPEL, alegadamente suportadas por um estudo com origem na ANEPE, promoveram alterações aos tarifários dos parques de estacionamento por si geridos, com o objectivo geral de subida dos preços cobrados (fls. 4).

331. É referido por tal órgão de comunicação social que:

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

...

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

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

...

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

332. São identificadas expressamente as empresas SIENT, Emparque, SPEL, Promoparques e CPE, citando-se declarações alegadamente proferidas por responsáveis daquelas empresas.

333. As informações transmitidas dizem respeito à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril, que fixa o “Regime Relativo às condições de utilização dos Parques e Zonas de Estacionamento”, publicado em anexo ao referido diploma.

334. O preâmbulo deste diploma apresenta, em traços gerais, as preocupações do legislador que presidiram à sua aprovação:


95


“Na sequência do disposto no artigo 70.º do Código da Estrada, que estabelece as regras gerais relativas aos parques e zonas de estacionamento, foi aprovado o Decreto Regulamentar n.º 2-B/2005, de 24 de Março, que fixou as condições de utilização dos parques e zonas de estacionamento, bem como as normas gerais de segurança dos mesmos.

Tendo em vista reforçar o direito à protecção dos interesses económicos do consumidor, a que se referem a alínea e) do artigo 3.º e o artigo 9.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, lei de defesa do consumidor, o Governo entende agora que se afigura necessário acautelar a posição contratual do consumidor, utilizador dos parques e zonas de estacionamento, através da previsão de uma norma relativa à determinação do preço, que estabeleça que o preço é fraccionado em períodos de, no máximo, quinze minutos e que o utente só deve pagar a fracção ou fracções que utilizou, ainda que as não tenha utilizado até ao seu esgotamento. O objectivo desta norma é o de aproximar o tempo de estacionamento pago do tempo efectivamente utilizado.

Foi promovida a audição dos membros do Conselho Nacional do Consumo.

Foi ouvida, a título facultativo, a Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento.

Foram ouvidas a Associação Nacional de Municípios Portugueses, a União Geral dos Consumidores, a Associação dos Consumidores da Região dos Açores, a Federação Nacional das Cooperativas de Consumidores e a Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor.”

335. Ou seja, o legislador procurou introduzir na ordem jurídica portuguesa uma regulação clara em matéria de determinação e fixação do preço aplicável à utilização, por particulares, de parques de estacionamento, *“tendo em vista reforçar o direito à protecção dos interesses económicos do consumidor” e “acautelar a posição contratual do consumidor, utilizador dos parques e zonas de estacionamento”, o que seria realizado, na óptica do legislador, “através da previsão de uma norma relativa à determinação do preço, que estabeleça que o preço é fraccionado em períodos de, no máximo, quinze minutos e que o utente só deve pagar a fracção ou fracções que utilizou”.*

pu
96
Am

336. Para este efeito, o diploma, no seu “*Capítulo IV – Determinação do preço nos parques de estacionamento*”, determina o seguinte:

“*Artigo 12.º*”

Fracção de tempo

1. *Nos estacionamentos de curta duração, até vinte e quatro horas, o preço a pagar pelos utentes dos parques de estacionamento é fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos e o utente só deve pagar a fracção ou fracções de tempo de estacionamento que utilizou, ainda que as não tenha utilizado até ao seu esgotamento.*
2. *Nos estacionamentos de longa duração, com duração superior a vinte e quatro horas, a tarifa correspondente ao período de tempo de estacionamento pode ser fixada à hora, ao dia, à semana ou ao mês.*
3. *É nula qualquer convenção ou disposição que por qualquer forma contraria, limite ou restrinja o disposto nos números anteriores.*
4. *...”*

337. Deverá ser tido em conta, de acordo com o Artigo 2.º, n.º 3 do diploma, que “*quando a entidade titular, exploradora ou gestora do parque de estacionamento seja diferente da câmara municipal, as condições de utilização e o modo de determinação do preço devido pelo estacionamento são aprovados pelos órgãos municipais competentes a requerimento daquela entidade.*”

338. Esta iniciativa legislativa – que regula outras matérias pertinentes à utilização de parques e zonas de estacionamento – inova particularmente no que respeita ao preço a pagar pelos utentes dos parques de estacionamento, e ao fraccionamento do tempo de estacionamento para efeitos de determinação daquele preço, relativamente à anterior regulação que, até 2006, se continha no Decreto Regulamentar n.º 2-B/2005, de 24 de Março (que fixava o “Regulamento de Utilização dos Parques e Zonas de Estacionamento Automóvel”), omissa nesta matéria.

339. De facto, as questões relativas à determinação do preço e/ou ao método da sua fixação ou determinação nunca haviam sido objecto de intervenção legislativa, sendo

- por isso acordadas pelas partes nos contratos que titulam a exploração dos parques de estacionamento, nomeadamente nos contratos de concessão de exploração e nos contratos de constituição de direito de superfície, celebrados entre os municípios e as empresas que exploram os parques de estacionamento.
340. Como tal, e até à entrada em vigor do referido regime, a competência para a determinação dos tarifários a aplicar nas diversas explorações decorria das condições previstas em cada contrato, cabendo à entidade exploradora a sua execução e implementação.
341. Finalmente, deverá referir-se que a prática do mercado determinava a utilização, como fracção de tempo relevante para a determinação do preço a pagar pela utilização dos parques de estacionamento (nos estacionamentos de curta duração, i.e., inferiores a 24 horas), a fracção de tempo correspondente a uma hora.
342. Não sendo relevante, para este efeito, determinar concretamente a natureza dos contratos ou dos actos que titulam a exploração de parques de estacionamento, é de referir que, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril, a localização dos parques de estacionamento e das zonas de estacionamento é aprovada pelas Câmaras Municipais: por outro lado, os contratos de exploração celebrados pelas empresas com entidades públicas (normalmente, Câmaras Municipais), assentam na constituição de direitos de superfície, em subsolo, ou em regimes de concessão de exploração, por períodos de tempo mais ou menos longos (20 ou 30 anos, p. ex.).
343. Por outro lado, sendo definidos modelos ou regimes de preços *ab initio*, a generalidade dos contratos ou títulos de exploração dos parques de estacionamento prevê regimes de progressividade (indexação ao Índice de Preços do Consumidor, por exemplo), bem como as condições de alteração extraordinária de preços (mediante acordo prévio da Câmara Municipal ou entidade concedente).
344. Para este efeito, tenha-se em conta a resposta da EMPARQUE ao pedido de elementos e informações da AdC, a fls. 4006, e 4009 a 4010:

“Definição e tipologia dos parques de estacionamento

A actividade de exploração de parques de estacionamento abrange as seguintes formas:

- a) Parques subterrâneos autónomos – são os tradicionais parques subterrâneos, habitualmente explorados em regime de concessão por entidades privadas, mediante adjudicação em concurso público;*
- b) Parques fechados de superfície – parques em terrenos expectantes ou concessionados, explorados por empresas privadas ou públicas, ou ainda por Câmaras Municipais;*
- c) Parques dissuasores – geralmente na periferia das grandes cidades ou perto das estações ferroviárias, rodoviárias ou de metropolitano ou respectivos «interfaces»...*
- d) Parques ligados a estruturas comerciais – caso dos parques de Amoreiras, Colombo, Norteshopping, Via Catarina, Fórum Aveiro, inter alia;*
- e) Parques ligados a estruturas não comerciais – aeroportos, hospitais, marinas;*
- f) Parquímetros – explorações de superfície na via pública;*
- g) Exploração integrada superfície-subterrâneo – situação cada vez mais generalizada em cidades de média dimensão, em que os parques subterrâneos autónomos são economicamente inviáveis. Nesta situação, a exploração é integrada, sendo a viabilidade dos parques subterrâneos suportada pelas receitas da superfície...*
- h) Parques em edifícios – compreende os lugares de rotação, de utilização pública, em edifícios de terciário ou mistos de escritório/habitação;*
- i) Parques de residentes – geralmente mantêm uma componente de exploração de rotação, destinada a utilização pública tarifada.*

...

Tarifários e outras condições aplicáveis pela utilização do público

A competência para a determinação dos tarifários a aplicar nas diversas explorações, decorre das condições previstas em cada contrato per si, cabendo à

[Handwritten signature]
99
[Handwritten signature]

entidade exploradora, Emparque e cada um das suas participadas, a sua execução e implementação.

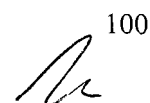
Identificam-se portanto as seguintes situações:

- a) *Contratos de direito de superfície ou concessão de exploração, quer para parques públicos de estacionamento subterrâneo, quer para estacionamento à superfície, realizados com autarquias sob a forma de escritura pública: são definidos regimes máximos de tarifários para cada modalidade de estacionamento, em períodos diurnos e nocturnos, nomeadamente taxas horárias de estacionamento e taxas de estacionamento periódico sem reserva de espaço. Os contratos prevêem igualmente mecanismos para a sua alteração: normalmente de acordo com índices de preço no consumidor (excluindo habitação) publicados pelo Instituto Nacional de Estatística, referentes ao ano anterior.*

Anualmente, e em regra, até ao dia 1 de Março, o superficiário faculta, normalmente ao Departamento de Tráfego, os elementos necessários à formulação de parecer vinculativo sobre os aumentos das taxas de estacionamento horárias, mensais, semestrais ou anuais relativas ao estacionamento periódico sem espaço, a vigorar no mesmo ano, considerando-se favorável o parecer da autarquia, quando não emitido no prazo de trinta dias.

- b) *Contratos de prestação de serviços e outras concessões: neste caso podem ocorrer duas situações, caso ocorra alteração de tarifários ou dos horários de funcionamento: o concedente comunica à Emparque ou sua participada, mediante consulta prévia, as taxas de estacionamento e horários de funcionamento; mediante acordo entre o concedente e a Emparque ou sua participada, procede-se à actualização dos tarifários ou horário de funcionamento, em função das condições de mercado.”*

345. Não se verificando condições substancialmente diferenciadas nos diversos contratos de concessão e/ou prestação de serviços disponibilizados pelas empresas, pode-se concluir que:



100

- a) Os contratos prevêem modelos de definição de preços, bem como os mecanismos de alteração ou actualização dos mesmos;
- b) As alterações em matéria de preçários (seja por actualização, seja por alteração excepcional), carecem de acordo prévio das entidades concedentes;
- c) Com o Decreto-Lei n.º 81/2006, determinou-se que “quando a entidade titular, exploradora ou gestora do parque de estacionamento seja diferente da câmara municipal, as condições de utilização e o modo de determinação do preço devido pelo estacionamento são aprovados pelos órgãos municipais competentes a requerimento daquela entidade” (artigo 2.º, n.º 3).

II.2.2. A consulta à ANEPE no âmbito do procedimento legislativo e a formação da posição da ANEPE

II.2.2.1. Primeiro projecto legislativo – fraccionamento do tempo de utilização por períodos de um minuto

346. Como referido no citado preâmbulo ao Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril, “[f]oi ouvida, a título facultativo, a Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento”, previamente à sua aprovação.

347. Assim, a 13 de Dezembro de 2005, a Secretaria de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor remeteu à ANEPE o “anteprojecto de diploma que estabelece o regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento”, solicitando-lhe “parecer urgente” (fls. 2041 e segs.).

348. Na exposição de motivos daquele anteprojecto, refere-se que:

“... o diploma vem reforçar o direito à protecção dos interesses económicos do consumidor, a que se refere a alínea e) do artigo 3.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, Lei de Defesa do Consumidor, ao estabelecer que o preço a pagar pelo consumidor nos parques de estacionamento, não deve exceder o tempo efectivamente utilizado pelo consumidor. De facto, aquele estudo revelou que em 82% dos casos analisados,



o preço é calculado por hora pagando o consumidor mais do que o tempo que efectivamente estacionou” (fls. 2042).

349. Para este efeito, o anteprojecto determinava, no seu artigo 9.º, o seguinte:

“Artigo 9.º

Fracções de Tempo

1. *Nos estacionamento de curta duração, até 24 horas, a tarifa a pagar pelos utilizadores dos parques de estacionamento é fixada ao minuto.*
2. *Nos estacionamento de longa duração, com duração superior a 24 horas, a tarifa correspondente ao período de tempo de estacionamento pode ser fixada à hora, ao dia, à semana ou ao mês” (fls. 2045).*

II.2.2.2. A reacção da ANEPE ao primeiro projecto legislativo

350. A 16 de Dezembro de 2005, a Secretária-geral da ANEPE remeteu aos representantes das empresas membros da Direcção da Associação, a SPEL, a EMPARQUE e a SIENT, o anteprojecto e o pedido de parecer da Secretaria de Estado, referindo expressamente tratar-se de *“matéria muito grave”* (fls. 2049, 2050 e 2051).

351. A 19 de Dezembro de 2005, a Secretária-geral da ANEPE remeteu ao representante da CPE (empresa que, à data, não pertencia aos órgãos sociais da Associação), solicitação idêntica às referidas no parágrafo anterior, uma vez mais sublinhando que *“no nosso entender, se trata de matéria muito grave”* (fls. 10640).

352. A 21 de Dezembro, a SIENT remeteu à ANEPE os seus comentários: *“Contributos da SIENT, S.A. para parecer da ANEPE a enviar ao Ministério da Economia e Inovação”*, a fls. 2058, tendo sido reencaminhados, nessa mesma data, para os representantes das restantes empresas membros da Direcção (a SPEL e a EMPARQUE) (fls. 3720).

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



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

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

Por outro lado, o fraccionamento do tempo ao minuto torna os parques inoperacionais, criando dificuldades na gestão dos trocos, tanto por parte dos utentes, como por parte dos operadores, atrasando a mobilidade dos veículos incompatível com a generalidade dos equipamentos instalados.

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

Pensamos, ainda, que este sistema a prevalecer, poderá provocar uma inevitável subida de preços para os consumidores, de forma a se encontrarem soluções ágeis e facilitadoras na movimentação de dinheiro.” (fls. 2060 a 2061).

354. Não constam dos autos outros contributos das restantes empresas representadas na Direcção.

355. Na sua defesa escrita, a Arguida, a fls. 15759, refere que (cfr. §227) *“correspondendo a esse pedido, em 21.12.2005, a SIENT transmitiu à SG da ANEPE a sua avaliação do projecto de diploma. No processo não há registo de que tenham sido enviadas observações escritas por qualquer uma das outras associadas. No entanto, não deve estranhar-se que a SG tivesse recolhido, ainda que com menor formalidade, a posição de alguma delas”.*

356. Deverá considerar-se que, tendo a SPEL e a Emparque tido acesso aos referidos contributos (embora a resposta da SPEL não o refira, aquele documento foi efectivamente recebido pela Emparque, cfr. fls. 3720), estas duas empresas entenderam abster-se de apresentar comentários escritos adicionais, embora a própria



Arguida (cfr. *supra*) admita que os mesmos possam ter sido recolhidos informalmente.

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

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

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

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

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

A cobrança da tarifa ao minuto nos termos preconizados pelo diploma em análise, como facilmente se compreende, altera de forma profunda os pressupostos financeiros em que se basearam os contratos em vigor, comprometendo de forma clara a viabilidade dos respectivos parques de estacionamento.

Também esta regra, igualmente pelas razões indicadas na alínea c) seguinte, é altamente lesiva dos direitos e interesses dos associados desta Associação, e também do público utente dos parques de estacionamento (pelo aumento de custo que inevitavelmente implicaria), razão pela qual, em nosso entender, não poderá ser implementada” (fls. 2067 a 2079).



358. Tal comunicação da ANEPE foi remetida ao Secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor, mas também à Direcção-geral de Viação (fls. 2083), à Câmara Municipal de Lisboa (fls. 2084) e à Câmara Municipal do Porto (fls. 2085).
359. A comunicação foi ainda remetida, sob forma de minuta e previamente à sua remessa para a Secretaria de Estado, às empresas associadas representadas na Direcção da Associação: Emparque, a SIENT, e a SPEL, sendo também dado conhecimento a associados não representados naquele órgão, a saber, a CPE (a fls. 10634 e segs.).
360. Não resulta dos autos qualquer outra intervenção da Associação no processo legislativo que culminaria com a aprovação do Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril.

II.2.2.3. O regime jurídico definitivo: a determinação do preço por períodos de utilização de quinze minutos e a posição da ANEPE

361. Na sequência do exposto *supra*, o Governo aprovou novo projecto de Decreto-Lei relativo à utilização de parques e zonas de estacionamento.
362. O referido diploma foi aprovado pelo Governo, em Conselho de Ministros, no dia 8 de Março de 2006 (cfr. artigo 3.º).
363. O diploma em causa seria publicado a 20 de Abril de 2006, como Decreto-Lei n.º 81/2006, apresentando como introdução preambular a seguinte motivação:

“Tendo em vista reforçar o direito à protecção dos interesse económicos do consumidor, a que se referem a alínea e) do artigo 3.º e do artigo 9.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, Lei de Defesa do Consumidor, o Governo entende agora que se afigura necessário acautelar a posição contratual do consumidor, utilizador dos parques e zonas de estacionamento, através da previsão de uma norma relativa à determinação do preço, que estabeleça que o preço é fraccionado em períodos de, no máximo, quinze minutos e que o utente só deve pagar a fracção ou fracções que



utilizou, ainda que as não tenha utilizado até ao seu esgotamento. O objectivo desta norma é o de aproximar o tempo de estacionamento pago do tempo efectivamente utilizado.”

364. Nestes termos, e como referido já, quanto à determinação do preço a pagar pela utilização dos parques, o legislador determinou o seguinte:

“Capítulo IV – Determinação do preço nos parques de estacionamento

Artigo 12º Fracção de tempo

1 - Nos estacionamentos de curta duração, até vinte e quatro horas, o preço a pagar pelos utentes dos parques de estacionamento é fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos e o utente só deve pagar a fracção ou fracções de tempo de estacionamento que utilizou, ainda que as não tenha utilizado até ao seu esgotamento.

2 - Nos estacionamentos de longa duração, com duração superior a vinte e quatro horas, a tarifa correspondente ao período de tempo de estacionamento pode ser fixada à hora, ao dia, à semana ou ao mês.

3 - É nula qualquer convenção ou disposição que por qualquer forma contrarie, limite ou restrinja o disposto nos números anteriores.

4 - ...”

365. Na sequência da entrada em vigor do referido diploma, a 20 de Abril de 2006, a ANEPE remeteu aos associados, a 9 de Maio de 2006, uma carta (a fls. 2120), com cópia ao Secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor e à Associação Nacional de Municípios Portugueses (fls. 1713, 2125 e 2126).

366. Essa carta, assinada pelo Presidente da Direcção da Associação, refere o seguinte: (a fls. 2121 e segs.):

“1 – Estacionamentos de curta duração

Esta matéria nunca foi objecto de intervenção legislativa específica, sendo antes acordada entre as partes, constando quase sempre nos documentos dos concursos públicos – programa e/ou dos cadernos de encargos, e em consequência nos contratos de concessão e exploração e nos contratos de constituição de direito de



superfície, celebrados entre os municípios e as empresas que exploram os parques de estacionamento.

De acordo com as informações gerais que nos foram transmitidas, quer por exigência dos concursos, quer por ser prática habitual no sector, todos os estudos económicos que (1) estão na base da decisão de investir nos parques e que justificam a viabilidade do negócio; (2) integram as candidaturas apresentadas pelas empresas do sector e que justificam as rendas e/ou outras contrapartidas oferecidas aos municípios, foram, regra geral, elaboradas no pressuposto essencial, conhecido e aceite pelos municípios, do escalonamento horário dos tarifários.

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

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

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

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

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

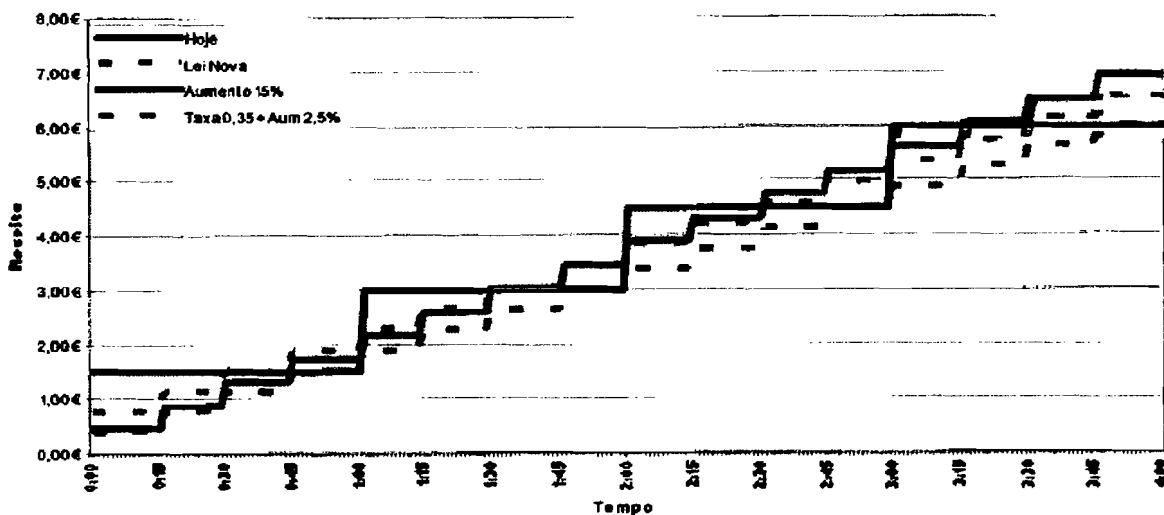
Sem prejuízo do exposto, poderá, ainda, haver lugar à revisão de tarifas em vigor nos parques de estacionamento.



16150
le

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

DL 81/2006



... 17

367. Esta carta, para além de ser remetida a todos os associados da ANEPE e ainda às entidades referidas *supra*, foi também divulgada (embora sem reprodução do gráfico), no boletim de informação da Associação intitulado “*Movimento – Mobilidade e Estacionamento*”, de Junho de 2006 (de fls. 1761 verso, a 1762).

II.2.2.4. As recomendações internas da ANEPE e a posição pública da Associação

368. Sem prejuízo do que se dirá *infra* em matéria de conclusões preliminares sobre a matéria de facto constante dos autos, é ainda fundamental conhecer o processo de formação da posição pública da ANEPE relativamente às opções legislativas em

¹⁷ O “quadro” reproduzido consta de fls. 2123. Para melhor compreensão da reprodução, refira-se que: no eixo vertical (“Receita”) referem-se os valores de € 0,00 a € 8,00, com intervalos de € 1,00, enquanto no eixo horizontal (“Tempo”) referem-se períodos de utilização, de 0.00 horas a 4.00 horas, com intervalos de quinze minutos. A legenda do gráfico identifica quatro linhas: uma linha azul contínua (“Hoje”); uma linha cor-de-rosa tracejada (“Lei nova”); uma linha encarnada contínua (“Aumento 15%”) e uma linha verde tracejada (“Taxa 0,35 + Aum 2,5%”).

[Assinatura]

matéria de determinação do preço pela utilização de parques de estacionamento, a partir do momento em que se conheceu o regime final aprovado pelo Governo, em reunião do Conselho de Ministros de 8 de Março de 2006.

369. Nestes termos, logo a 21 de Março de 2006, na reunião ordinária da Assembleia Geral que, *inter alia*, nomeou os órgãos sociais da ANEPE para o triénio de 2006-2008, “a Direcção informou que foi pedido um parecer jurídico ao Dr. Paulo Pinheiro do Gabinete Vieira de Almeida e Associados, em relação à forma como a ANEPE deve contestar o ‘Diploma que estabelece o regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento’ por ser extremamente prejudicial aos associados” (a fls. 1940).

370. Recorde-se que o diploma definitivo seria já conhecido, pelo menos, desde 8 de Março de 2006, data da sua aprovação em Conselho de Ministros.

371. Nessa mesma ocasião, convocou-se nova reunião, a título extraordinário, para o dia 20 de Abril de 2006, para discussão do Plano de Actividades e Orçamento da Associação (a fls. 1938).

372. Na referida reunião extraordinária, na qual estavam representados 89,13% dos votos, e de acordo com a acta da reunião, terá sido discutido o seguinte:

“A Direcção informou que o parecer jurídico sobre o Decreto-Lei 81/2006, que foi publicado em DR em 20/04/2006, elaborado pelo Dr. Paulo Pinheiro do Gabinete Vieira de Almeida e Associados, está concluído, estando a ser preparada uma carta para ser enviada aos associados a esclarecer as dúvidas entretanto suscitadas. Foi aprovado por unanimidade o envio de cópia da referida carta ao secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor e à Associação Nacional de Municípios Portugueses, com pedido de divulgação junto dos Associados.” (a fls. 1940 e segs.).

373. Todavia, e sem prejuízo do que consta em acta, a SIENT, que à data dos factos exercia o cargo de Presidente do Conselho Fiscal da ANEPE, referiu o seguinte:

“Recordamos que pouco tempo volvido sobre a publicação do Decreto-Lei n.º 81/2006, teve lugar uma reunião da ANEPE a todos os membros dos Corpos Sociais para ouvir uma exposição dos Serviços Jurídicos da Associação sobre a



interpretação do Diploma e que encarregados ficaram de elaborar uma carta circular interpretativa a todos os associados à Associação de Municípios, Câmaras e Ministério da Economia.” (a fls. 1194).

374. Com relevância para o conhecimento do que se discutiu nessa reunião, também a EMEL, empresa que assegurava à data a presidência da mesa da Assembleia Geral da ANEPE, disponibilizou à AdC as anotações do seu representante na referida reunião extraordinária, o que permite compreender com maior detalhe as discussões das empresas naquela ocasião.

375. Assim, as referidas notas escritas indicam que terá sido discutido nessa reunião extraordinária de 20 de Abril de 2006, o seguinte quanto ao novo regime de fraccionamento dos períodos de estacionamento em períodos de 15 minutos:

“Pagamento a cada 15 minutos

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

A ANEPE vai enviar o D.L. e o parecer jurídico para análise dos sócios para se fazer um memorando ao Sec. Est.” (transcrição das notas manuscritas do Presidente da Mesa da Assembleia extraordinária da ANEPE, a fls. 12466).

376. Também a SPEL, em inquirição ao seu Representante Legal, à data, vogal da Direcção da ANEPE, referiu que:

“(…) com a alteração legislativa em causa, houve uma avaliação, pela ANEPE, das implicações desta alteração, referindo que estas implicações seriam de natureza

essencialmente qualitativas. O declarante afirma que terá sido discutido uma estimativa de quebra de receitas na ordem dos 15%, que pensa que terá partido da Emparque.

Recorda-se, igualmente, que nessa altura terá havido uma reunião alargada com os associados, na qual se discutiram as implicações das alterações legislativas propostas. Nessa reunião, falaram-se das consequências e das iniciativas que a Associação poderia fazer junto da tutela. O declarante recorda-se, embora não possa dizer ao certo qual a fonte, que tenha sido discutido uma quebra de receitas de 15%.

(...)

O único ponto de acordo entre todos é que a tarifa não podia ser dividida por quatro, porque isso significaria uma quebra de receita muito elevada” (a fls. 15475 e segs.).

377. Na sequência desta reunião de 20 de Abril de 2006 – recorde-se, mesma data da publicação, em Diário da República, do Decreto-Lei n.º 81/2006 –, logo a 24 de Abril de 2006, a Secretária-geral da ANEPE apresentou aos associados a posição da Associação sobre o assunto, através de uma comunicação a remeter ao Secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor e à Associação Nacional de Municípios Portugueses (em cumprimento do deliberado na reunião da Assembleia Geral de 21 de Março p.p.), nos seguintes termos:

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

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



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

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

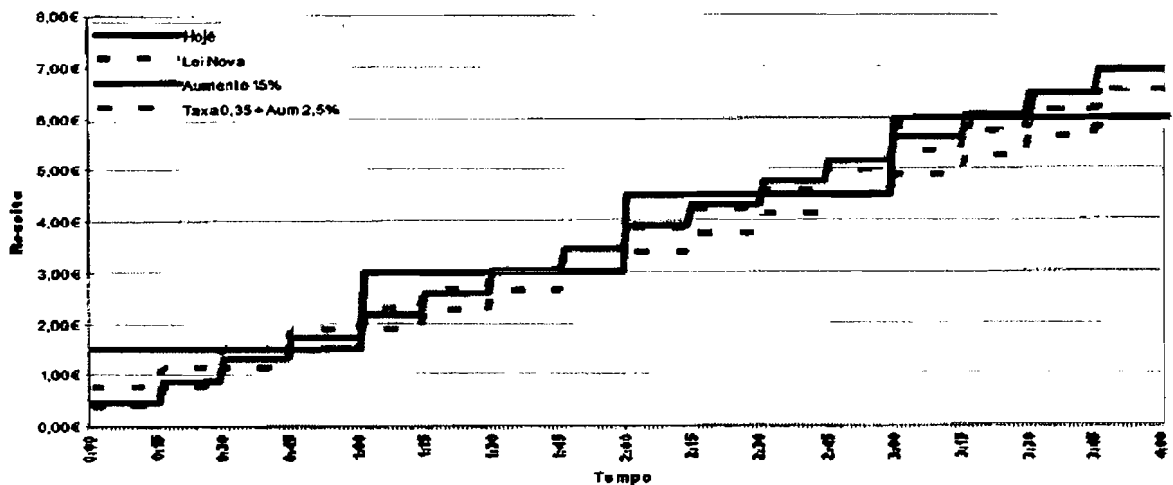
- Aplicação de uma taxa de activação nos primeiros quinze minutos, conjugada com um aumento de cerca de 2,5% das tarifas actuais, fraccionadas em quartos de hora

Ou

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

As situações descritas estão reflectidas no quadro infra apresentado:

DL 81/2006



...” (a fls. 10577).

[Assinatura]

[Assinatura]

378. Essa primeira carta seria remetida para as associadas Emparque, BRISA, SPEL, CPE e SIENT, todas representadas nos diversos órgãos sociais da ANEPE (cfr. *supra*, Tabela 4).

379. A 27 de Abril de 2006, a ANEPE remeteu para os referidos associados, mas também para a EMEL (a fls. 15541), nova versão do documento anterior, “*com as alterações feitas pelo Dr. Pedro Mendes Leal*”, recorde-se, vogal da Direcção da ANEPE e representante na ANEPE da associada EMPARQUE (reproduzem-se de seguida excertos do documento a fls. 10570, com as rasuras e inserções dele constantes):

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

Numa simulação efectuada a uma amostra de 106.590 transacções, num universo de 22 parques de estacionamento de rotação com um total de 8.800 lugares, situados em diversas cidades do País, a simples aplicação das novas regras implicaria uma quebra de receita próxima de 15%. ~~receita de 330.000 euros passaria a ser de 280.000 euros, o que corresponde a uma quebra de 15%. Esta quebra varia entre cerca de 10%, para os parques onde os tempos médios de permanência são mais longos e 25%, para parques de elevada rotação e baixa permanência.~~

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

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

Por outro lado, a simples divisão do actual preço horário em partes iguais, poderia acarretar situações em que o preço a pagar pelo cliente seria inferior ao custo

directo suportado pelas empresas que gerem os parques. Os custos relativos às aberturas de barreira, bilhetes magnéticos, recibos, custos de transacção associados a métodos electrónicos de pagamento, e a comunicações electrónicas e custos de energia e manutenção relativos aos sistemas obrigatórios de renovação de ar e ventilação podem atingir montantes próximos de 35 cêntimos por cada veículo e este custo é independente do tempo utilizado.

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

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

A solução ideal passaria pela conjugação de duas situações:

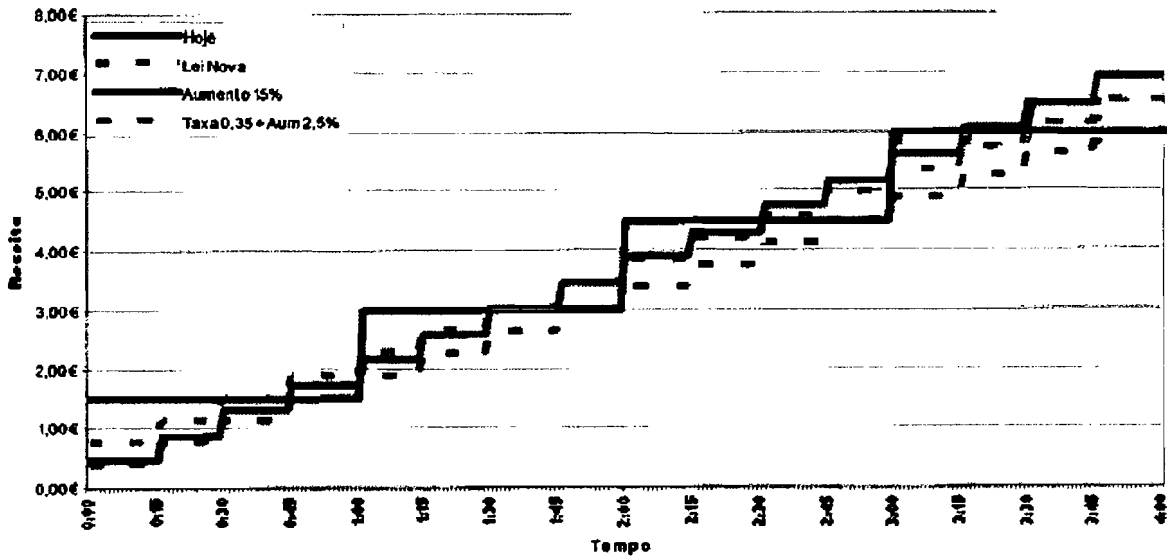
- Aplicação de um preço/taxa/comissão relativo à abertura de barreira, que seria aplicada igualmente a todos os veículos independentemente do tempo de estacionamento e que cubra em todos os casos os custos directos associados à utilização das infra-estruturas. Para parques subterrâneos na cidade de Lisboa,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

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

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



DL 81/2006



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

Note-se que:

1. Em muitos casos, as empresas concessionárias têm capacidade unilateral de aumentar os preços dos estacionamento como compensação pelas perdas causadas pelo novo fracionamento de tarifas. Os preços praticados em várias concessões são preços que se estabelecem em função da procura e da oferta e que estão muito aquém dos preços máximos estabelecidos nos contratos.
2. Nos parques referidos na situação anterior, caso não se encontre alternativa, as empresas poderão procederão (sic) a aumentos médios imediatos entre 5% e 25%, conforme os casos, actuando dentro das margens contratuais. No entanto, tal situação é desagradável e até injusta. As empresas seriam obrigadas a penalizar os condutores dos veículos de longa permanência para subsidiar os de curta permanência. Por outro lado, os preços de concurso foram estabelecidos de acordo com estudos económicos para cenários de muito longo prazo (20 a 99 anos). O facto de haver actualmente margem para correcção

[Handwritten signature]

[Handwritten mark]

nos preçários, não implica que num futuro próximo as empresas estejam impossibilitadas de satisfazer as suas expectativas por terem atingido os preços limite antes do tempo.

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

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

“Agradeço-te o envio do ficheiro em anexo. Estou de acordo com o teor do teu texto. Amanhã não me é possível estar presente na reunião com os advogados, mas deixo-te a ti e ao Pedro Mendes Leal, em minha representação, para a discussão do documento em questão a ser apresentado à Associação Nacional de Municípios, presidentes de câmaras e outras entidades que a ANEPE entenda como importantes para este dossier.” (a fls. 10565).

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

“Junto envio o documento revisto [anexo referido como “dl81exposiçãoIII.doc”], no seguimento da reunião de sexta-feira ^[18], o qual será enviado aos associados e para

¹⁸ Reunião a que é feita referência na mensagem de correio electrónico de dia 27 de Abril, remetida à Secretária-geral da ANEPE pelo representante da CPE (a fls. 10565), e referida no parágrafo anterior.



conhecimento à ANMP e Secretário de Estado. Aguardo os vossos comentários” (a fls. 10562 e a fls. 12448).

382. O anexo em causa constitui nova versão da carta a remeter aos associados e às entidades referidas, e refere o seguinte:

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

- (1) Estão na base da decisão de investir nos parques e que justificam a viabilidade do negócio,*
- (2) Integram as candidaturas apresentadas em concursos públicos pelas empresas do sector, e que justificam as rendas e/ou outras contrapartidas oferecidas aos municípios,*

foram elaborados no pressuposto do escalonamento horário dos tarifários.

Contudo, ao ser imposta outra regra de cálculo – ... o preço a pagar pelos utentes de parques de estacionamento é fraccionado, no máximo, em períodos de quinze minutos ... (n.º1 do art.º 12.º), está posto em causa o equilíbrio financeiro da exploração, com incidência nos contratos em vigor, situação que os associados da ANEPE querem ver corrigida.

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

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





16160
L

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

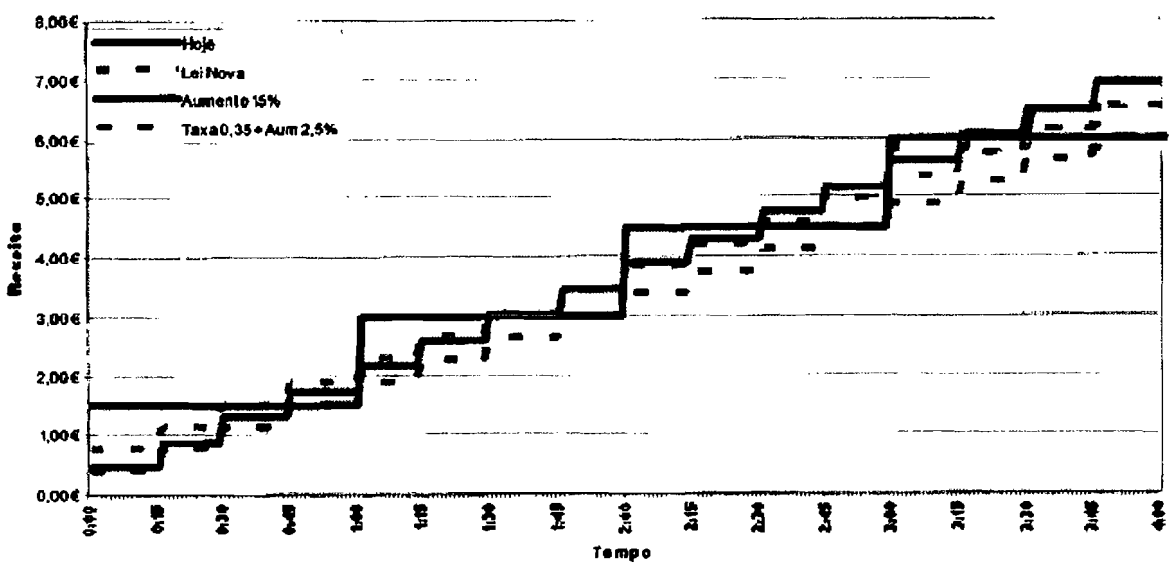
directo fixo requerido. Assim, recomenda-se a instituição de um preço de ingresso, o qual pode atingir 35 cêntimos.

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

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

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

DL 81/2006



17
...

383. A 2 de Maio de 2006, o representante da CPE respondeu à mensagem de correio electrónico citada no ponto anterior, com conhecimento das associadas SIENT, BRISA, SPEL, Emparque e EMEL, concordando com o teor da proposta (a fls. 10561).

384. Note-se que a SIENT, na sua resposta ao pedido de elementos e informações da AdC, a fls. 1026 e segs., veio referir o seguinte (a fls. 1194):

“Recordamos que pouco tempo volvido sobre a publicação do Decreto-Lei 81/2006, teve lugar uma reunião da ANEPE a todos os membros dos corpos sociais para ouvir uma exposição dos serviços jurídicos da Associação sobre a interpretação do diploma e que encarregados ficaram de elaborar uma carta circular interpretativa a todos os associados à Associação de Municípios, Câmaras e Ministério da Economia.

Junta-se anexa teor dessa carta circular recebida da ANEPE.”

385. Ora, em anexo à sua resposta, a SIENT junta (como “*carta circular recebida da ANEPE*”) a comunicação que havia sido disponibilizada à generalidade dos associados afectados pelo Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril, a 2 de Maio de 2006 (a fls. 10562 e a fls. 12448), e que, se recordarmos a mensagem de correio electrónico da Secretária-geral da ANEPE dessa data, constituía o “*documento revisto, no seguimento da reunião de sexta-feira [com os assessores jurídicos da Associação], o qual será enviado aos associados e para conhecimento à ANMP e Secretário de Estado*”.

386. Ou seja, a carta cujo teor, *inter alia*, refere que “*a simples aplicação das novas regras implicaria uma quebra da receita próxima de 15%*”, e que “*o ingresso no parque de estacionamento representa um custo fixo (movimentação das barreiras, emissão de cartão, processamento do pagamento, utilização da infra-estrutura, etc.), que não deve estar repercutido no preço/tarifa aplicados ao tempo utilizado, mas sim deve ser-lhe acrescido*”, como tal “*a simples divisão do preço actual por quatro, poderia acarretar situações em que o preço a pagar pelo cliente nos primeiros quinze minutos seria inferior ao custo directo fixo requerido*”, pelo que, concluindo, “*recomenda-se a instituição de um preço de ingresso, o qual pode atingir 35 cêntimos.*”



387. Nessa mesma comunicação, defende-se ainda que é “*imprescindível rever as tarifas em vigor nos parques de estacionamento, sendo recomendável a aplicação do ‘preço de ingresso’ acrescido da tarifa relativa ao tempo utilizado, para a qual se estima um aumento de cerca de 2,5% relativamente às tarifas actuais, fraccionadas então em quartos de hora. Caso não se opte por esta solução, então deverá ser previsto um aumento de 15% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora.*”
388. Refira-se que outra associada, na análise desta comunicação de 2 de Maio, sublinhou e comentou, internamente, as passagens relevantes da comunicação que reproduzia a análise e recomendações da ANEPE nesta matéria.
389. Assim, reproduzem-se os destaques e comentários da associada EMEL relativamente à comunicação da ANEPE de 2 de Maio:

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

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

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

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

As situações estão reflectidas no quadro infra, em que a linha verde tracejada traduz a solução preconizada de 'preço de ingresso' e um aumento de 2,5% das tarifas actuais, então fraccionadas em quartos de hora; e a linha vermelha representa um aumento de 15% das tarifas actuais." (destaques e comentários conforme documento junto aos autos pela EMEL, a fls. 12451 e 12452).

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

391. Para além destas empresas, teve igualmente conhecimento o Presidente da Direcção da Associação, o Senhor Guilherme de Magalhães, representante da BAER, que não tem actividade na gestão e exploração de parques de estacionamento.

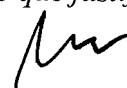
392. A 9 de Maio, seria remetida a carta da ANEPE referida *supra*, aos associados, à Secretaria de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor e à Associação Nacional dos Municípios Portugueses, (cfr. *supra*, parágrafos 365 a 367), a qual seria posteriormente publicada no boletim mensal da associação, de Junho de 2006, como já mencionado.

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

"Junto envio o documento final que vos vai ser hoje enviado pelo correio e também remetido ao Secretário de Estado e à ANMP (com pedido de divulgação aos municípios) (a fls. 10538).

394. Em anexo, a carta em papel timbrado da ANEPE, que constitui a versão pública da posição da ANEPE – anteriormente circulada entre os associados – sobre a matéria em causa:

"De acordo com as informações gerais que nos foram transmitidas, quer por exigência dos concursos, quer por ser prática habitual no sector, todos os estudos económicos que (1) estão na base da decisão de investir nos parques e que justificam



a viabilidade do negócio; (2) integram as candidaturas apresentadas pelas empresas do sector e que justificam as rendas e/ou outras contrapartidas oferecidas aos municípios, foram, regra geral, elaboradas no pressuposto essencial, conhecido e aceite pelos municípios, do escalonamento horário dos tarifários.

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

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

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

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

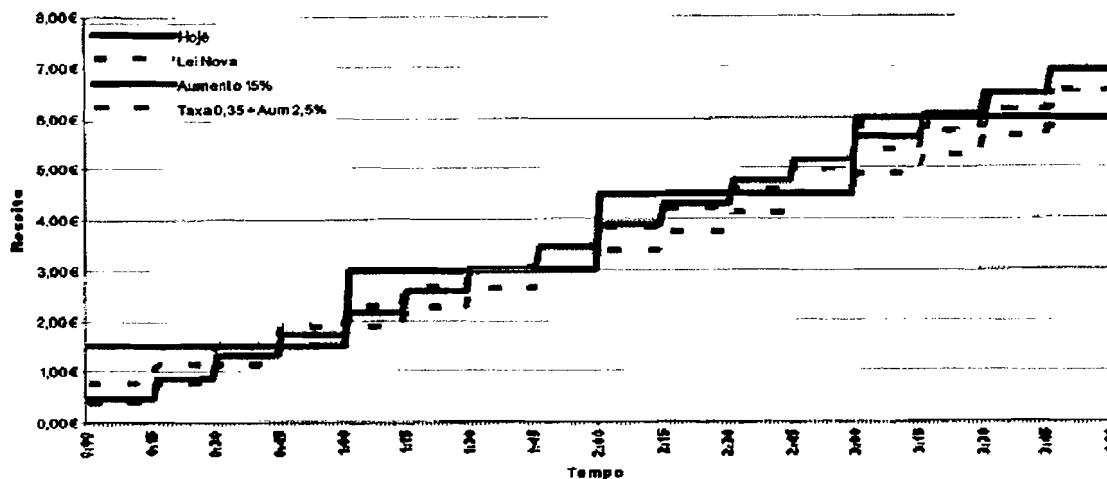
Com efeito, verifica-se que a simples revisão do preço actual por quatro poderia acarretar situações que o preço a pagar pelo cliente nos primeiros quinze minutos seria inferior ao custo fixo acima referido.

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

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



DL 81/2006



II.3. A monitorização pela ANEPE e a adopção das suas recomendações pelas empresas associadas

395. Na sequência dos factos descritos *supra*, os elementos constantes dos autos demonstram que, para além das recomendações da ANEPE em matéria de alteração e adaptação dos preços a praticar pelas empresas associadas na sequência da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril, a Associação procurou ainda monitorizar o seu cumprimento por parte das associadas, tendo algumas das empresas associadas, nas alterações dos preços propostos às entidades concedentes, adoptado as suas condutas comerciais no sentido recomendado.

396. Assim, quanto à monitorização do cumprimento das recomendações da Associação, verifica-se que, a 12 de Julho de 2006, a Secretária-geral da Associação enviou a seguinte mensagem de correio electrónico (a fls. 2133):

“De: marialopes@anepe.pt

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

Para: geral@estacaoshopping.com.pt; carlosoliveira@carlosoliveira.pt;
fmelo@cpe.pt; caetanogomes@emel.pt; Vitor.reis@fibeira.pt;
sient.sa@mail.telepac.pt; Caetano dias; Pedro Mendes leal; António Mendes

Assunto: decreto lei 81 2006

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

Caros associados, lembramos que a aplicação do art.º 12.º do decreto lei 81/2006, que se refere à “determinação do preço nos parques de estacionamento” entra em vigor às zero horas do dia 21 de Julho de 2006 (90 dias após a entrada em vigor do decreto, isto é 21/04/2006). Agradecemos que nos informem com a brevidade possível sobre a situação da aplicação desta norma nos parques que gerem, nomeadamente no que se refere às negociações com os municípios. Cumprimentos, Maria de Jesus Lopes”.

397. A fls. 2133 e 10528, encontra-se a seguinte resposta de uma das associadas (a CPE), ao pedido de informação da ANEPE transcrito:

“From: Fernando Melo

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

To: marialopes@anepe.pt

Subject: RE:decreto lei 81 2006

Ju,

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

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



398. Para melhor esclarecimento destes factos, inquiriram-se ainda Pedro Mendes Leal, membro da Direcção da ANEPE (e Presidente do Conselho de Administração da Emparque) e Maria de Jesus Lopes, Secretária-geral da associação, a 21 de Outubro de 2008 (a fls. 15447 e segs. e 15451 e segs.).

399. Quanto a Pedro Mendes Leal, este referiu o seguinte:

“Quanto ao primeiro e-mail, recorda-se de o mesmo ter sido enviado para todos os associados. Quanto à resposta, não se recorda, nem se lembra de ter visto o documento em causa. Crê até que o autor desse documento – sr. Fernando Melo – já não estará ao serviço da empresa CPE.

Refere que o documento em causa (o e-mail enviado pela ANEPE) surge na sequência de uma alteração legislativa que teve impacto nas tarifas praticadas pelos associados.

A tarifação é determinada pelo concurso e qualquer alteração é aprovada pela concedente. A alteração legislativa teve impacto nas perspectivas financeiras de cada contrato. Cada contrato/parque – e fala enquanto representante de uma das empresas, a Emparque – teve de ser analisado parque a parque, por cada um terá o seu cálculo financeiro, de forma a analisar todas as situações e verificar se da aplicação do novo tarifário não resultava um aumento de receita. Segundo crê, cada empresa terá feito e decidido individualmente. A Anepe, o que fez, foi, tendo recebido a informação da Secretaria de Estado quanto à alteração legislativa, reagir conforme solicitado.

(...)

Quanto aos destinatários, reconhece os seguintes:

1. *Caetano Gomes – EMEL*
2. *Caetano Dias – Emparque*
3. *O próprio declarante*
4. *António Mendes – SPEL*
5. *Fernando Melo – CPE*

Quanto aos demais, não sabe ao certo quem foram as pessoas concretamente destinatárias do e-mail, embora reconheça as empresas em causa.” (a fls. 15448).



400. Quanto ao “estudo” que teria servido de suporte à posição da ANEPE, o declarante:

“referiu que a ANEPE recolheu informações junto dos associados, para preparar a informação/resposta à Secretaria de Estado quanto à alteração legislativa em todos os seus aspectos e respectivos impactos. Trata-se pois de uma recolha de informação junto de algumas associadas. A Emparque fez um estudo próprio, parque a parque, que não circulou pelas restantes empresas, embora tenha facultado à ANEPE alguns gráficos representativos das consequências das medidas legislativas. Como tal, não tem conhecimento de um estudo ou da sua realização pela ANEPE.

Esta resposta apoiou-se com base em dados que lhe foram fornecidos pelas diversas empresas, embora não se recorde ao certo como é que essas informações foram pedidas, talvez por telefone, já que a associação tem uma estrutura muito pequena. Essencialmente, a associação é apoiada pela Senhora Maria de Jesus Lopes e uma secretária, ambas em part-time. Como a Emparque é a maior empresa, talvez a resposta da ANEPE tenha sido parcialmente fundamentada nas informações que foram facultadas pela Emparque. O estudo realizado pela Emparque é muito detalhado, não foi remetido à ANEPE, embora talvez tenha sido remetido um ou outro gráfico para explicar o prejuízo que as empresas iriam sofrer com esta alteração legislativa.

Quando questionado se a resposta da ANEPE à Secretaria de Estado terá sido circulada pelos associados, não sabe. Aliás, nem sabe se essa resposta foi uma resposta formal ou se terá sido informal. Quem poderá ter essa resposta será a Senhora Maria José Lopes.” (a fls. 15449 e 15450).

401. Quanto a Maria de Jesus Lopes, foi declarado o seguinte:

“Quanto ao conteúdo do e-mail por si enviado, esclareceu que o seu objectivo era recordar os associados da entrada em vigor do Decreto-Lei em causa.

Questionada quanto às respostas eventualmente recebidas, referiu que é mais comum não responderem, do que o contrário. Assim, para além da CPE, na pessoa do sr. Fernando Melo, não se recorda se recebeu mais respostas a este e-mail.

Referiu ainda que a associação tem pouco mais de vinte associados, alguns operadores de parques de estacionamento (que supõe que os destinatários seriam



todos os associados operadores) e outros importadores de equipamentos, que não eram afectados pela alteração legislativa em referência.

Quanto ao conteúdo da resposta da CPE, a declarante referiu que o mesmo constitui uma informação relativa às diligências empreendidas pela CPE para actualização das tarifas. Quanto ao conteúdo do mesmo: quanto aos arredondamentos, decorrem da actualização dos valores monetários; quanto ao aumento de 15%, provavelmente decorre de um estudo feito pela ANEPE que indicava uma alteração negativa de 15% resultante da alteração tarifária imposta pelo referido diploma.

(...)

A declarante confirmou a existência deste estudo, referindo que o estudo é aquele anteriormente mencionado onde se identificou uma redução tarifária de 15% decorrente da aplicação das alterações legislativas. Confirmou ainda que apenas estas empresas (CPE, Emparque e SPEL) participaram na realização do mesmo, uma vez que são as associadas com uma estrutura interna mais adequada a prestar a informação pedida.

A declarante referiu que a Anepe procurou analisar em que medida as alterações legislativas iriam ter impacto no negócio das empresas associadas. Estas três empresas forneceram os dados estatísticos de utilização de parques, e a própria declarante, com base nos dados fornecidos, elaborou um estudo, que foi divulgado no âmbito de um comentário ao Decreto-Lei onde se suscitavam outras questões técnicas, não exclusivamente tarifárias. Daí supor que a que a referência a 15% na resposta da CPE ao seu e-mail tenha como base o estudo realizado pela ANEPE. Este estudo, que não existe fisicamente e que foi feito com base na ponderação das ocupações médias por hora, pelos vários parques concessionados por estas empresas, para o qual terá realizado alguma análise dos dados de ocupação fornecidos pelas empresas. As conclusões relativas a esse ponderação, isto é, as implicações tarifárias atendendo às médias ponderadas de ocupação, foram divulgadas aos associados. Mas não se recorda que a resposta da ANEPE à Secretaria de Estado onde essa referência também constava tenha sido divulgada junto dos associados.



Mais referiu que, por um lado, a ANEPE respondeu a diversas dúvidas dos associados quanto às implicações decorrentes da aplicação do decreto-lei, e nessas respostas fazia-se referência às implicações dessa alteração legislativa a nível tarifário. E crê que a ANEPE terá reagido junto da Secretaria de Estado, formalmente, onde essas implicações tarifárias eram também referidas” (de fls. 15452 a 15454).

402. Finalmente, também na inquirição ao representante legal da SPEL (uma das empresas destinatárias do referido e-mail de 12 de Julho de 2006), António Oliveira Mendes, a 22 de Outubro de 2008, procurou-se esclarecer o âmbito daquele pedido de informações e, ainda, o teor das discussões na ANEPE relativamente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril (a fls. 15475).

403. Assim, foi por este declarado que:

“O declarante reconheceu o e-mail em causa, e não obstante a SPEL fazer parte da direcção da ANEPE, tomou tal e-mail como iniciativa da Secretária-geral da associação, como informação em relação à entrada em vigor de um novo tarifário, imposto por uma nova legislação. Quanto ao demais – como é que estariam a decorrer as negociações com as concedentes (câmaras municipais, p.ex.) – o declarante afirmou não ter respondido ao e-mail em causa.

(...)

O declarante afirmou que quanto à existência de um estudo, enquanto tal, desconhece. O declarante recorda, todavia, que com a alteração legislativa em causa, houve uma avaliação, pela ANEPE, das implicações desta alteração, referindo que estas implicações seriam de natureza essencialmente qualitativas. O declarante afirma que terá sido discutido uma estimativa de quebra de receitas na ordem dos 15%, que pensa terá que partido da Emparque. Recorda-se, igualmente, que nessa altura terá havido uma reunião alargada com os associados, na qual se discutiram as implicações das alterações legislativas propostas. Nessa reunião, falaram-se das consequências e das iniciativas que a Associação poderia fazer junto da tutela. O declarante recorda-se, embora não possa dizer ao certo qual a fonte, que tenha sido discutido uma quebra de receitas de 15%.



(...)

O único ponto de acordo entre todos é que a tarifa não podia ser dividida por quatro, porque isso significaria uma quebra de receita muito elevada.

Como tal, a afirmação, enquanto tal, é falsa – não foi feito um estudo, quanto muito, uma avaliação feita pela ANEPE, na qual, seja qual for a sua natureza, não entraram dados fornecidos pela SPEL. O declarante recorda-se que, nessa reunião que referiu anteriormente, terão sido apresentados uns gráficos, com uma representação gráfica em escada que demonstravam uma média de quebra de receita tarifária, que poderia ser na ordem dos 15%, mas não pode garantir quem os produziu ou quem os mostrou. O declarante afirma que a SPEL não forneceu qualquer informação interna, e embora tenha considerado que tais gráficos ou avaliações não fizessem sentido, preferiu não se pronunciar sobre os mesmos.”

404. Quanto à adaptação das políticas de preços das associadas ao recomendado pela ANEPE, verifica-se que, pelo menos as empresas SPEL, EMPARQUE (Grupo) e CPE, adoptaram políticas de preços, em relação à alteração dos tarifários na sequência da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006, adequadas às recomendações da ANEPE, nos seguintes termos:

A) SPEL

405. A 14 de Julho de 2006, a SPEL remeteu às entidades concedentes dos parques de estacionamento por si geridos, uma carta, cuja minuta se reproduz de seguida (a fls. 509):

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



Nesta conformidade, o preço por hora actualmente aplicado deverá ser decomposto em, pelo menos, quatro parcelas. É propósito desta empresa manter o equilíbrio económico da concessão, assegurar a sua sustentabilidade e não prejudicar os utentes, indo ao encontro da intenção do legislador. Entendemos, assim, que o método adequado à consecução deste propósito consistirá no fraccionamento do preço hora em vigor, com as correcções decorrentes dos factores que abaixo de enunciam:

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



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

1. À Câmara Municipal do Porto, em relação ao Parque Silo Auto, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,25 (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,90 (€ 0,85 na 1.ª fracção de 15 minutos e € 0,35 nas restantes) (a fls. 509);
2. À Câmara Municipal do Porto, em relação ao Parque Praça de Lisboa e Cordoaria, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,15 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,65 (€ 0,60 na 1.ª fracção e € 0,35 nas restantes) (a fls. 560);
3. À Câmara Municipal do Porto, em relação ao Parque Praça do Infante, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa € 1,10 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,60 (€ 0,70 na 1.ª fracção e € 0,30 nas restantes) (a fls. 639);
4. À Câmara Municipal de Matosinhos, em relação ao Parque Marisqueiras e ao Parque Mercado, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,00 (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos) para € 1,45 (€ 0,55 na 1.ª fracção e € 0,30 nas restantes) (a fls. 679 e 691);
5. À Câmara Municipal de Viseu, em relação ao Parque Mercado e Parque Hospital, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 0,60 (€ 0,20 por cada fracção de 15 minutos) para € 0,90 (€ 0,30 na 1.ª fracção e € 0,20 nas restantes) (a fls. 825 e 837);
6. À Câmara Municipal de Viseu, em relação ao Parque Santa Cristina, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 0,95 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,35 (€ 0,45 na 1.ª fracção e € 0,30 nas restantes) (a fls. 849);
7. À Câmara Municipal de Leiria, em relação ao Parque Fonte Luminosa, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,10 (€ 0,35 por cada fracção de utilização) para € 1,65 (€ 0,60 na 1.ª fracção e € 0,35 nas restantes) (a fls. 886);



8. Ao Estádio Universitário de Lisboa, em relação ao Parque do Estádio Universitário, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.^a hora de utilização) mantém-se em € 1,20, mas a 1.^a fracção de 15 minutos passa para € 0,45, enquanto as restantes passam para € 0,25 (a fls. 924);
9. À Câmara Municipal de Portimão, em relação ao Parque Primeiro de Maio, por causa do fraccionamento, o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,20 (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,90 (€ 0,85 na 1.^a fracção e € 0,35 nas restantes) (a fls. 951).

B) GRUPO EMPARQUE

407. A 30 de Junho de 2006, as empresas do Grupo Emparque remeteram às entidades concedentes dos parques de estacionamento por si geridos, uma carta, cuja minuta se reproduz de seguida (adaptado de fls. 4889):

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

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

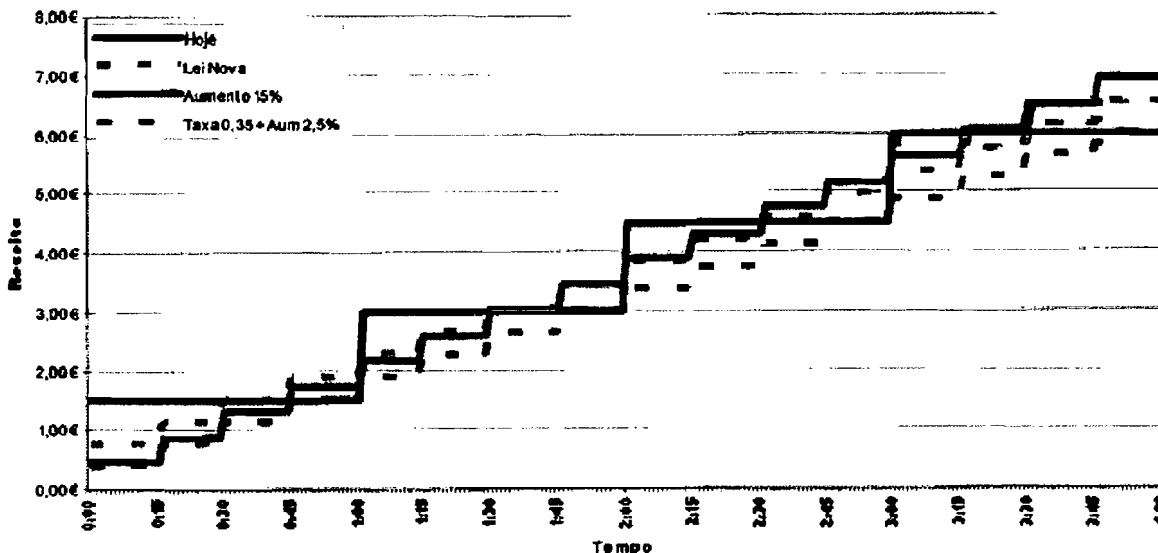
Os novos valores a aplicar têm como objectivo manter o equilíbrio financeiro da exploração estando simultaneamente o mais adequado possível à procura existente do parque.

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



16175
H

DL 81/2006



408. Esta mesma minuta, acompanhada dos respectivos tarifários individuais, foi remetida, a 30 de Junho:

1. Pela PARQUEGIL, à Câmara Municipal do Porto, em relação ao Parque D. João I (a fls. 4889);
2. Pela ESLI, à Câmara Municipal do Porto, em relação aos Parques Palácio de Cristal e Poveiros (a fls. 4895);
3. Pela ESLI, à Câmara Municipal de Lisboa, em relação aos Parques Alameda, Berna, Camões, Campolide, Campo Mártires da Pátria, Praça de Londres, Restauradores, Avenida de Roma, Saldanha e Valbom (fls. 4912 e segs.);
4. Pela SP GIS, à Câmara Municipal de Lisboa, em relação Parque Alexandre Herculano (a fls. 4927);
5. Pela Emparque, à Câmara Municipal de Lisboa, em relação aos Parques Campo de Ourique e Marquês de Pombal (a fls. 4933);
6. Pela Emparque, à Câmara Municipal de Beja, em relação ao Parque Casa da Cultura (a fls. 4939);
7. Pela Emparque, à Câmara Municipal de Portimão, em relação ao Parque Alameda da República (a fls. 4942);

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

8. Pela PeVR (GISPARQUES), à Câmara Municipal de Vila Real, em relação ao Parque Carvalho Araújo (a fls. 4957);
 9. Pela Parques da Estação, à Câmara Municipal de Cascais, em relação ao Parque Largo da Estação (a fls. 4961);
 10. Pela PARQA, à Câmara Municipal da Amadora, em relação ao Parque Elias Garcia (a fls. 4965).
409. Com especial interesse para a compreensão da adaptação do Grupo Emparque às recomendações da ANEPE, tenham-se em consideração os documentos de fls. 4869 e segs., relativos à alteração dos preçários dos parques concedidos pela Câmara Municipal do Porto.
410. A 13 de Julho de 2007, a Câmara Municipal do Porto (concedente da PARQUEGIL e da ESLI), comunicou que a aprovação dos preçários apresentados carece de “*mais elementos para justificação dos valores apresentados*” (cfr. fl. 4873).
411. Nesta sequência, a PARQUEGIL comunicou o seguinte, na mesma data (fls. 4874 e segs.):
- “ ...
- A simples divisão por quartos de hora das fracções horárias estabelecidas pelo contrato de concessão, causaria uma importante perda de receitas por parte do concessionário, causando unilateralmente um desequilíbrio financeiro insustentável por parte da nossa empresa.*
- A imagem [gráfico não reproduzido. Cfr. fls. 4875] mostra que para todos os tempos estacionados, a receita seria menor ou igual à actual.*
- Nas curtas permanências as perdas são particularmente graves. A receita esperada seria 75% inferior para os veículos estacionados entre 0 e 15 minutos, 50% inferior para os veículos estacionados entre 15 e 30 minutos, 25% inferior para os veículos estacionados entre 30 e 45 minutos, 37,5% para os veículos estacionados entre 1 hora e uma hora e um quarto, etc.*
- ... ”

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

...

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

...

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

...

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

- 412.** Estas mesmas preocupações – a incidência da maior parte da receita nos estacionamentos de curta duração (inferiores a 3 horas e, em especial, inferiores a 1 hora) e a quebra de receita resultante da aplicação do Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril, a introdução de uma *sobretaxa* inicial para cobertura de custos fixos – estão também presentes nas justificações apresentadas pela Emparque à Câmara Municipal de Leiria, em relação ao Parque Maringá (a fls. 4945 e segs.).



413. Nestes termos, e coligidos os tarifários apresentados para os parques de estacionamento em causa, verifica-se que:

1. Em relação ao Parque D. João I, da Câmara Municipal do Porto (gerido pela PARQUEGIL), o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,20 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,60 (€ 0,70 na 1.^a fracção e € 0,30 nas restantes) (a fls. 6373);
2. Em relação aos Parques da Câmara Municipal do Porto geridos pela ESLI:
 - a) Parque Palácio de Cristal: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 0,80 (€ 0,20 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,20 (€ 0,60 na 1.^a fracção e € 0,20 nas restantes) (a fls. 6249);
 - b) Parque Poveiros: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,10 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,45 (€ 0,70 na 1.^a fracção e € 0,25 nas restantes) (a fls. 4643 e 4898).
3. Em relação aos Parques da Câmara Municipal de Lisboa geridos pela ESLI:
 - a) Parque Alameda: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,20 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,60 (€ 0,70 na 1.^a fracção e € 0,30 nas restantes) (a fls. 4716 e 4914);
 - b) Parque Berna: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,20 (€ 0,30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,60 (€ 0,70 na 1.^a fracção e € 0,30 nas restantes) (a fls. 5319);
 - c) Parque Camões: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,40 (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,90 (€ 0,85 na 1.^a fracção e € 0,35 nas restantes) (a fls. 7971);
 - d) Parque Campolide: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,00 (€ 0,25 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,25 (€ 0,50 na 1.^a fracção e € 0,25 nas restantes) (a fls. 5213);
 - e) Parque Campo Mártires da Pátria: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,00 (€ 0,25 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,40 (€ 0,50 na 1.^a fracção e € 0,30 nas restantes) (a fls. 5823);



- f) Parque Praça de Londres: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de €1,00 (€ 0, 25 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,35 (€ 0,60 na 1.^a fracção e € 0,25 nas restantes) (a fls. 5526);
- g) Parque Restauradores: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de €1,50 (€ 0, 40 por cada fracção de 15 minutos), para € 2,10 (€ 0,90 na 1.^a fracção e € 0,40 nas restantes) (a fls. 7051);
- h) Parque Avenida de Roma: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de €1,10 (€ 0, 30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,40 (€ 0,50 na 1.^a fracção e € 0,30 nas restantes) (a fls. 5341);
- i) Parque Saldanha: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de €1,30 (€ 0, 35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,75 (€ 0,70 na 1.^a fracção e € 0,35 nas restantes) (a fls. 4771 e 4922);
- j) Parque Valbom: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de €1,30 (€ 0, 35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,85 (€ 0,80 na 1.^a fracção e € 0,35 nas restantes) (a fls. 4757 e 4923).
4. Em relação ao Parque Alexandre Herculano, da Câmara Municipal de Lisboa (gerido pela SP GIS): o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,40 (€ 0,35 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,80 (€ 0,75 na 1.^a fracção e € 0,35 nas restantes) (a fls. 4835 e 4929);
5. Em relação aos Parques da Câmara Municipal de Lisboa geridos pela EMPARQUE:
- a) Parque Campo de Ourique: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 0,90 (€ 0, 25 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,20 (€ 0,45 na 1.^a fracção e € 0,25 nas restantes) (a fls. 8416);
- b) Parque Marquês de Pombal: o valor horário (da 1.^a hora de utilização), passa de € 1,00 (€ 0, 25 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,40 (€ 0,50 na 1.^a fracção e € 0,30 nas restantes) (a fls. 5578).
6. Em relação ao Parque Casa da Cultura, da Câmara Municipal de Beja (gerido pela EMPARQUE): o valor horário (da 1.^a hora de utilização), é reduzido de €1,00 (€ 0, 25 por cada fracção de 15 minutos), para € 0,85 (€ 0,40 na 1.^a fracção e € 0,15 nas restantes) (a fls. 4970);



7. Em relação ao Parque Alameda da República, da Câmara Municipal de Portimão (gerido pela EMPARQUE): o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 0,80 (€ 0, 20 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,10 (€ 0,50 na 1.ª fracção e € 0,20 nas restantes) (a fls. 8854);
8. Em relação ao Parque Carvalho Araújo, da Câmara Municipal de Vila Real (gerido pela PVR/GISPARQUES): o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,10 (€ 0, 30 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,00 (€ 0,40 na 1.ª fracção e € 0,20 nas restantes) (a fls. 9096);
9. Em relação ao Parque Largo da Estação, da Câmara Municipal de Cascais (gerido pela Parques da Estação): o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 1,00 (€ 0, 25 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,35 (€ 0,60 na 1.ª fracção e € 0,25 nas restantes) (a fls. 6664);
10. Em relação ao Parque Elias Garcia, da Câmara Municipal da Amadora (gerido pela PARQA): o valor horário (da 1.ª hora de utilização), passa de € 0,80 (€ 0,20 por cada fracção de 15 minutos), para € 1,10 (€ 0,50 na 1.ª fracção e € 0,20 nas restantes) (a fls. 5457).

C) CPE

414. A 12 de Junho de 2006, a CPE remeteu às entidades concedentes dos parques de estacionamento por si geridos, uma carta, cuja minuta se reproduz de seguida (a fls. 10040):

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

Excelentíssimo Senhor,

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

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

...



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

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

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

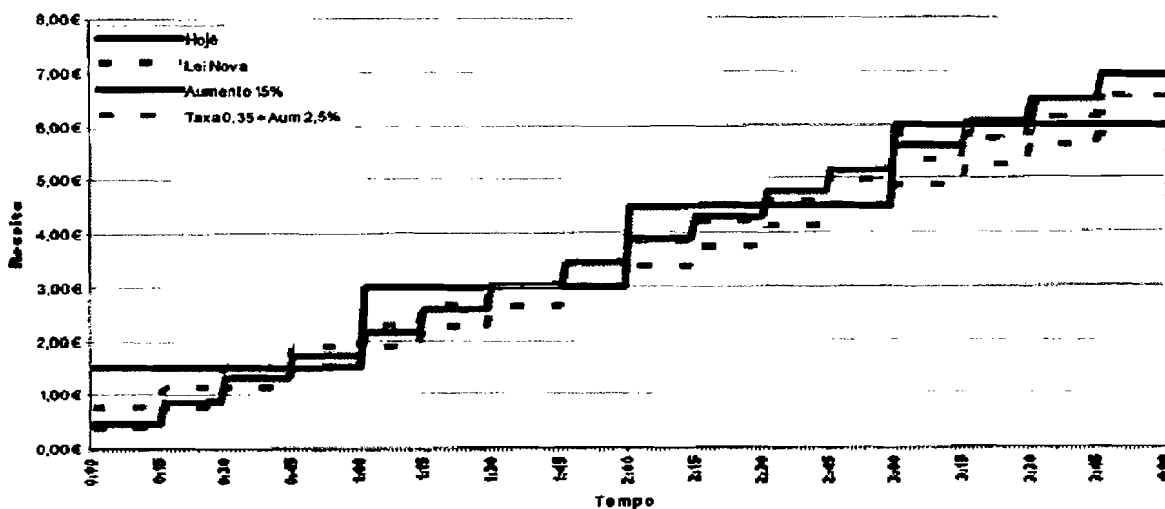
Por outro lado, o ingresso no parque de estacionamento representa um custo fixo (movimentação de barreira, emissão de bilhete, processamento de pagamento, utilização da infra-estrutura, etc), que poderá atingir, de acordo com os nossos cálculos, € 0,35 (trinta e cinco cêntimos).

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

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



DL 81/2006



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

...”

415. Esta minuta, com ligeiras adaptações, foi remetida, acompanhada dos respectivos tarifários individuais (onde se reflecte o referido “aumento de 15% das tarifas”):

1. À Câmara Municipal de Lisboa, a 12 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Praça do Município (a fls. 10040);
2. À Câmara Municipal de Lisboa, a 7 de Julho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento do Alto do Parque Eduardo VII (a fls. 10078);
3. À Câmara Municipal de Aveiro, a 12 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Praça Marquês de Pombal (a fls. 10091);
4. Ao Mercado Municipal de Faro, a 8 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento do Mercado Municipal (a fls. 10114);

[Assinatura]

[Assinatura]

5. À Sociedade para o Desenvolvimento do Programa Polis em Matosinhos, a 9 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Marginal de Matosinhos Sul (a fls. 10125);
 6. À Câmara Municipal do Porto, a 8 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento “Garagem o Comércio do Porto” (a fls. 10139);
 7. À Câmara Municipal do Porto, a 8 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da frente marítima do Parque da Cidade (Castelo do Queijo) (a fls. 10335);
 8. Ao Governo Regional da Região Autónoma da Madeira, a 23 de Maio de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento do Hospital da Cruz de Carvalho (a fls. 10151)¹⁹;
 9. À Casa da Música – Porto 2001, S.A., a 26 de Junho de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Casa da Música (a fls. 10204);
 10. À Câmara Municipal de Faro, a 29 de Maio de 2006, relativamente ao Parque de estacionamento da Pontinha (a fls. 10229);
 11. À Câmara Municipal de São João da Madeira, a 12 de Junho de 2006, relativamente aos Parques de estacionamento da Rua João de Deus e da Praça Dr. Renato Araújo (a fls. 10285 e 10316).
- 416.** Recorde-se que, como referido *supra*, a CPE deu cumprimento à seguinte solicitação da ANEPE, de 12 de Julho de 2006: *“lembramos que a aplicação do art.º 12.º do decreto lei 81/2006, que se refere à “determinação do preço nos parques de estacionamento” entra em vigor às zero horas do dia 21 de Julho de 2006 (90 dias após a entrada em vigor do decreto, isto é 21/04/2006). Agradecemos que nos informem com a brevidade possível sobre a situação da aplicação desta norma nos*

¹⁹ Refira-se que a CPE juntou à sua comunicação ao Governo Regional o “Parecer” do escritório de advogados Vieira de Almeida & Associados, que tinha sido solicitado pela ANEPE, como referido anteriormente, justificando a sua junção *“para melhor esclarecimento do teor desta nossa proposta”* (fl. 10151 e fls. 10158 e segs.). Por Ofício de 23 de Maio de 2006 (cfr. fl. 10150), o Governo Regional considerou *“insuficientemente fundamentado o aumento subjacente aos novos valores dos tarifários de rotação”*, informando *“que não foram aprovadas as tabelas propostas”*. Em resposta, a CPE comunicou a 19 de Julho de 2006 (fl. 10145) que *“o aumento de 15% proposto a aplicar sobre o tarifário contratual será devidamente justificado com base nos dados recolhidos pelo sistema de gestão e controlo de acessos do parque em objecto, e será apresentado à apreciação de V. Exa. no decorrer da próxima semana, devido à morosidade do processamento informático do modelo de cálculo, que justifica o aumento proposto”*.

parques que gerem, nomeadamente no que se refere às negociações com os municípios”,

Respondendo, na mesma data, que:

“já temos 6 parques com os novos tarifários em vigor e os restantes 8 começam no próximo dia 15. Mande cartas com a devida nota explicativa e cálculo com aumento de 15% c/arredondamento comercial para 0 ou 5 cêntimos e de nenhuma concedente me solicitaram esclarecimentos adicionais, como também não tive respostas à excepção da Casa da Música, mas já depois do tarifário ter entrado em vigor. A Câmara do Funchal enviou uma carta a todas as empresas, a solicitar que implementassem o DL 81/2006 e que lhe enviassem cartas com as propostas, mas isso só no dia 4 de Julho p.p. Diziam também que os novos tarifários teriam de entrar em vigor a 19 de Julho, mas como o meu concedente é o Governo da RAM, no Parque do Hospital Cruz de Carvalho entra a 15 de Julho.”

417. Acresce que, para além de seguir a recomendação da ANEPE e de dar cumprimento à sua solicitação de informação relativa “às negociações com os municípios”, de acordo com documentos constantes dos autos, submetidos pela própria CPE, os elementos fornecidos pela ANEPE terão sido expressamente tidos em conta na determinação da política de preços da empresa.
418. Assim, a fls. 10085 e segs., a CPE juntou a seguinte troca de mensagens de correio electrónico, envolvendo o Presidente do Conselho de Administração daquela empresa, à data dos factos, e que se reproduzem integralmente:

“De: Fernando Melo (fmelo@cpe.pt)

Enviada: segunda-feira, 26 de Junho de 2006

Para: Paulo Monteiro

Cc: José Pinheiro Pereira; Teodorico Sousa; ces apr

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

Importância: Alta

Caro Paulo,



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

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

Com um abraço,

FFM

Resposta ao e-mail anterior:

“De: Paulo Monteiro (pfm@tduarte.pt)

Enviada: terça-feira, 27 de Junho de 2006

Para: fmelo

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

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

FFM,

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

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

Fico a aguardas o teu esclarecimento.

Cumprimentos,



PFM

Resposta ao e-mail anterior:

“De: Fernando Melo (fmelo@cpe.pt)

Enviada: terça-feira, 27 de Junho de 2006

Para: Paulo Monteiro

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

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

Importância: Alta

PFM,

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

A folha de cálculo em anexo ao meu anterior e-mail, resulta da aplicação deste estudo, com o arredondamento comercial para o múltiplo de € 5 cts superior, daí a razão do aumento virtual de 33%, porque na verdade não é este aumento o que se irá verificar em termos médios de tempo de estacionamento pago, porque os utentes deixam de pagar horas inteiras, como por ex. passarem 3 minutos a mais de uma hora vencida, mas irão pagar apenas fracções de 15 minutos.

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

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

Abraço,



FFM”

419. Para melhor esclarecimento da troca de mensagens transcritas *supra*, inquiriu-se, a 21 de Outubro de 2008, o responsável pelo Departamento administrativo, financeiro e controlo de qualidade da CPE, Paulo Jorge Barrela (a fls. 15461).

420. Desde logo, perante a seguinte questão dos instrutores: “*é referido no e-mail um cálculo de aumento de 15% com arredondamento comercial por 0 ou 5 cêntimos. Como foi calculado este valor?*”

421. O referido responsável respondeu:

“Quando foram apresentados os tarifários fraccionados, aplicou-se a alteração legislativa aos valores previamente determinados nos contratos. O declarante recebeu a informação, por parte da administração, que a alteração de tarifários seria comunicada tendo em conta uma quebra de receitas identificadas em 15%. Mais referiu, que a CPE comunicou aos concedentes que, por causa dessa quebra de receita em 15%, seria necessário renegociar as condições contratuais. E essas comunicações foram feitas mais para alertar os concedentes que as alterações legislativas iriam implicar custos acrescidos para a empresa, que não haviam sido contemplados na negociação inicial das concessões.” (a fls. 15462).

422. Foi ainda o declarante questionado nos seguintes termos: “*Foi este cálculo que esteve na base da comunicação efectuada à generalidade dos concedentes dos V/Parques?*”, ao que respondeu:

“O declarante confirmou que a CPE comunicou aos concedentes a necessidade de alterar a tarifação decorrente da quebra de receita de 15%, embora não saiba como é que a administração chegou a esse valor de redução tarifária.

(...)

Quanto ao conteúdo do e-mail:

O declarante afirma que esse estudo da ANEPE, eventualmente poderá estar na base da quebra da receita tarifária, mas não tinha conhecimento desse estudo nem da participação da CPE no mesmo estudo.



Foi também questionado como é que a administração da CPE chegou à conclusão da quebra de receita de 15%, que seria comunicada aos concedentes, e se teria sido feita uma análise parque a parque respeitante ao impacto em resultado da alteração legal?

A CPE teve de comunicar aos concedentes as alterações decorrentes do fraccionamento por períodos de 15 minutos, informando que dessas alterações decorreria uma eventual quebra de receitas tarifárias de 15%. Em termos práticos, para cada parque foi feita uma avaliação do impacto da alteração tarifária e procurou-se renegociar, na medida do possível, com os concedentes, tendo aquele valor quebra como base.” (a fls. 15463 e 15464).

II.4. Motivação quanto à matéria de facto

- 423.** A AdC forma a sua convicção quanto à matéria de facto dada como provada de acordo com os elementos constantes dos autos, precisos e concordantes, quanto à comissão de uma infracção ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, imputável à Arguida ANEPE.
- 424.** Consideram-se provados – tendo a respectiva prova sido oportunamente produzida pela Autoridade da Concorrência e exhaustivamente indicada em corpo de texto e em notas de rodapé – os factos já enunciados na Nota de Ilícitude, descritos nas secções II.1 a II.3 da presente Decisão, não tendo os mesmos sido contestados pela Arguida ou não tendo a contestação desta permitido infirmar a apreciação crítica de prova efectuada pela Autoridade da Concorrência.
- 425.** No essencial, a prova mobilizada pela AdC para os autos consiste nos elementos documentais fornecidos no âmbito de diligências probatórias promovidas pela AdC, em especial através de pedido de elementos e informações à Associação Arguida, a empresas associadas e a terceiros; procurou-se, igualmente, obter esclarecimentos e informações complementares através da inquirição de representantes da Associação Arguida e das empresas associadas, constando dos autos a reprodução integral de tais inquirições.

426. No domínio da aplicação do Direito da Concorrência – e, bem assim, no domínio da aplicação do Direito de Mera Ordenação Social e do próprio Direito Penal – o aplicador vê-se confrontado com a inexistência de prova directa suficiente e bastante para a demonstração cabal do preenchimento dos pressupostos da infracção, não apenas pela natureza das próprias infracções, como pela inerente dificuldade probatória.
427. É por isso necessário ter em conta que a prova de tais comportamentos, que constituem uma infracção às regras de defesa da concorrência, terá de assentar, muitas vezes exclusivamente, em prova indirecta: *“é evidente que uma prática concertada pode ser estabelecida não apenas mediante prova directa, mas também por prova circunstancial. Uma prova directa pode ser improvável, por uma série de razões evidentes: é manifestamente possível fundar-se em presunções e deduções de factos brutos, o que pode representar numa grande medida a parte crucial da questão de saber se ocorreu uma prática concertada”*, conclusões do Advogado-Geral Slynn no Acórdão do TJCE, de 7 de Junho de 1983, *Musique Diffusion*, Proc. apensos n.ºs 100 a 103/80, rec. 1983, p. 1930.
428. No caso concreto, a AdC teve acesso a prova documental, directa e indirecta, relativa à verificação dos factos constantes das secções II.1 a II.3.
429. A prova documental produzida foi valorada, como dispõe o artigo 127.º do CPP, *“segundo as regras de experiência e a livre convicção”* da AdC, e considerada na presente decisão quanto à matéria fáctica trazida aos autos, o mesmo se passando com a globalidade da restante prova produzida e referida na Nota de Ilicitude e na presente decisão.
430. Em reforço do que se acaba de referir, traz-se à colação a jurisprudência comunitária, cujo tratamento sobre a matéria de prova em caso de acordos entre empresas não poderá deixar de servir de esteio à presente decisão: *“nestes processos é de grande importância considerar as provas na sua totalidade. É evidente que, mesmo quando é possível dar uma explicação alternativa razoável de um documento determinado e talvez mesmo de vários documentos considerados isoladamente, a referida explicação corre o risco de não resistir a um exame mais preciso no âmbito de uma apreciação global de toda uma série de provas. Da mesma forma, à semelhança da*



Comissão, devem poder deduzir-se de períodos em que as provas são relativamente abundantes conclusões respeitantes a outros períodos em que a distância entre cada prova pode ser mais importante. Assim, será necessária uma explicação realmente sólida para convencer um órgão jurisdicional que, durante uma certa fase de uma série de reuniões ocorreram coisas totalmente diferentes daquelas que ocorreram no decurso de reuniões anteriores e posteriores, quando é certo que essas reuniões tinham o mesmo círculo de participantes, tiveram lugar no quadro de circunstâncias externas homogêneas e tinham incontestavelmente o mesmo objectivo primordial, a saber, debater problemas internos do sector industrial em causa”, Conclusões do Juiz Vesterdorf, enquanto Advogado-geral, ao Acórdão do TJCE, de 24 de Outubro de 1991, Rhône-Poulenc vs. Comissão, n.º T-1/89, Rec. II-867 (idênticas às conclusões proferidas pelo Advogado-geral no caso polipropileno).

431. Tal necessidade de ponderar a globalidade da prova recolhida e de interpretar cada elemento individual à luz dessa mesma globalidade encontra-se também na jurisprudência nacional em matéria de processo criminal, que mobilizaremos para a aplicação das regras de defesa da concorrência, sem ignorar que *a menor ressonância ética do ilícito contra-ordenacional subtrai-o às mais ‘rigorosas exigências de determinação válidas para o ilícito penal’.*
432. Como referiu o Supremo Tribunal de Justiça, na apreciação da matéria probatória reunida num caso de tráfico de estupefacientes, *“é da experiência comum a grande dificuldade, para não dizer impossibilidade de averiguar, em concreto, quantas vendas se realizaram e que quantidades em dinheiro foram obtidas por cada uma ou pela totalidade: o tipo de agente e as modalidades de actuação não se compadecem com registos de transacções ou com uns sistemas de contabilidade, reveladores desses elementos, pois tudo se passa, normalmente, no maior sigilo e a ocultas. De sorte que a convicção dos julgadores tem forçosamente de resultar de provas ou indícios graves, precisos e concordantes”,* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de Novembro de 1995, Proc. n.º 48149.
433. Nestes termos, a prova de práticas anti-concorrenciais pode resultar tanto de provas directas e que se bastam a si próprias, como de um feixe de indícios constituídos pela ponderação de diversos elementos recolhidos ao longo da investigação, que podem



ser extraídos tanto dos documentos recolhidos como das declarações proferidas em auto e que, isoladamente consideradas, poderiam não ter um carácter condenatório definitivo, desde que, quando apreciadas em conjunto, constitua um feixe de elementos *graves, precisos e concordantes*.

434. A AdC deverá demonstrar um conjunto de elementos probatórios suficientemente consistente para determinar a existência de uma infracção à Lei n.º 18/2003; todavia, não é necessário que todos e cada um dos elementos probatórios produzidos devam satisfazer tal nexos em relação a cada aspecto ou elemento da infracção, sendo para o efeito suficiente que se considere que o conjunto dos elementos é consistente e probatório dos factos alegados.
435. Como se conclui na prática jus-concorrencial comunitária, as infracções às regras da concorrência têm, normalmente, um carácter clandestino, pelo que a documentação que lhe seja associada é, as mais das vezes, fragmentada e escassa; na maioria dos casos, haverá que deduzir de várias coincidências e meios indiciários tal infracção. E tais coincidências e indícios, quando apreciados conjuntamente com um conjunto de elementos probatórios suficientemente consistente para demonstrar a infracção, poderão, na ausência de explicação alternativa plausível, constituir prova de infracção.

II.4.1. Posição da Arguida ANEPE quanto aos factos objecto da presente Decisão

436. Dos 764 parágrafos que compõem a sua defesa, a Arguida consagra os § 215 a § 314 à matéria de facto objecto do presente processo, não contestando nenhum dos factos constantes das secções II.1 a II.3 da presente Decisão, que haviam sido já objecto de notificação através da Nota de Ilícitude.
437. Pelo contrário, a Arguida limita-se a repetir, de § 221 a § 291 da sua defesa escrita, a fls. 15756, sob o título “*o comportamento da ANEPE*”, alguns dos elementos de facto constantes da Nota de Ilícitude, e que se encontram nas referidas secções da presente Decisão, pretendendo apenas destacar alguns dos concretos elementos de



facto que, constando do feixe global de factos objecto de investigação, pretensamente corroboram a inexistência de qualquer infracção jus-concorrencial.

438. Sublinhe-se, ainda, que a Arguida convoca para as suas alegações quanto à matéria de facto, fundamentalmente, os artigos pertinentes da Nota de Ilicitude, através de citações parciais, bem como das fls. do processo em que se suportam os elementos probatórios pertinentes, demonstrando bem não apenas o conhecimento que tem dos autos do processo, como a compreensão plena do teor da Nota de Ilicitude.

439. Assim, para melhor compreensão da posição da Arguida sobre a matéria de facto, verifica-se que:

- a) dos §§ 215 a 220, a fls. 15756, a Arguida limita-se a repetir ou sublinhar referências já constantes da Nota de Ilicitude quanto à natureza, objecto e estrutura orgânica da ANEPE. Neste ponto da sua defesa escrita, a Arguida não refuta facto algum constante da Nota de ilicitude;
- b) dos §§ 221 a 238, a fls. 15758, a Arguida limita-se a repetir ou sublinhar referências já constantes da Nota de Ilicitude quanto ao “*envolvimento da ANEPE na preparação do projecto do DL 81/2006*”. Neste ponto, a Arguida não refuta facto algum constante da Nota de Ilicitude;
- c) dos §§ 239 a 291, a fls. 15761, a Arguida percorre alguns dos elementos de facto constantes da Nota de Ilicitude, bem como algumas das conclusões preliminares quanto à matéria de facto, constantes dos artigos 152 e seguintes da Nota de Ilicitude, considerando a Arguida tratar-se dos factos relativos ao “*comportamento da ANEPE na sequência da aprovação do DL 81/2006*” e, sem contestar qualquer dos factos, pretende refutar a interpretação que a AdC apresenta de alguns deles. Assim, e se bem compreendemos a posição da Arguida, sendo incontestáveis os factos, optou por discutir a interpretação que dos mesmos resulta.

Nestes termos:

1. A Arguida entende, nos §§ 249 e 250 da sua defesa escrita, a fls. 15764, que “*a leitura que na NI se faz da actuação da ANEPE neste particular não corresponde ao que sucedeu e não tem manifestamente suporte no acervo*



documental que consta dos autos”, referindo em concreto o artigo 169 da Nota de Ilícitude, a fls. 15634, onde se refere que entre 24 de Abril de 2006 e 2 de Maio de 2006, a ANEPE, através da sua Secretária Geral, remeteu “várias comunicações as quais, independentemente do concreto teor formal, dão conta da posição da Associação sobre o referido diploma legal, bem como, da conduta por si recomendada às empresas associadas”;

2. Nos §§ 261 a 264 da sua defesa escrita, a fls. 15766, a Arguida refere que “*a primeira vez que neste sucessivo afinamento de redacções surge qualquer expressão conotada com a ideia de ‘recomendação’ é na versão circulada pela SG da ANEPE em 2.5.2006, na qual se ‘recomenda’ a instituição de um preço de ingresso. Este novo rascunho não pode no entanto ser qualificado como uma recomendação da ANEPE. Trata-se de um documento de trabalho no qual, quando muito, a SG recomendou ou sugeriu uma solução. (...) a Anepe não vê como pode a versão preliminar de uma carta circulada entre membros de uma associação com o objectivo de acertar e definir os termos em que uma questão deveria ser colocada aos associados, ao Governo e à ANEM, pode ser vista como uma recomendação da Associação. A Arguida também não aceita que tal rascunho possa traduzir uma recomendação ou uma ‘solução preconizada’, quando é manifesto que, na versão final dessa carta, a que para todos os efeitos conta, houve o cuidado de desfazer qualquer equívoco não deixando transparecer alguma ideia de recomendação e, na versão publicada na revista da Associação, foi expressamente salientado que não se pretendia recomendar o que quer que fosse”;*

3. Nos §§ 268 a 277, a Arguida “*tem muita dificuldade em rever-se na representação dos acontecimentos tal como descrita pela AdC nos artigos 171 e seguintes da NI. Desde logo, a carta de 9.5.2006 que o Presidente da Direcção da ANEPE enviou aos associados procurou esclarecer várias dúvidas suscitadas a propósito da aplicação do diploma em diversas matérias tais como o âmbito da aprovação das condições de utilização pelos municípios, a emissão de recibos e o apoio permanente”, e que tal carta “não*

se trata portanto de uma 'redacção ligeiramente atenuada' das versões discutidas, como comenta a AdC no artigo 171 da NI. Trata-se de uma síntese prudente e contida de diversas considerações objectivas e ademais evidentes que até à presente data não foram desmentidas por quem quer que fosse, incluindo a própria AdC", pelo que a "a ANEPE não aceita que a carta que foi subscrita pelo seu Presidente da Direcção seja pela AdC reconduzida àquilo que toda a evidência comprova que se pretendeu que não fosse, a saber, uma recomendação de actuação por parte das associadas, precedida de avaliações e de argumentos destinados a facilitar e a justificar que tal recomendação fosse seguida";

- d) Nos §§ 292 a 314, a Arguida assenta a sua refutação, exclusivamente, do artigo 182 da Nota de Ilicitude, a fls. 15638, pelo que, para facilidade de análise, se transcreve o mesmo integralmente:

"182. Daqui, podem-se retirar as seguintes conclusões:

A) Ao tomar conhecimento, em Dezembro de 2005, da intenção do Governo em conformar o regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento e, em particular, ao verificar a determinação em impor um regime de preços assente na contrapartida pela utilização efectiva dos lugares de estacionamento pelos utilizadores, através de um regime de preços fixados por minuto de utilização, a ANEPE de imediato comunicou aos associados representados nos respectivos órgãos sociais, e não só, que essa iniciativa implicaria prejuízos para os operadores de parques de estacionamento;

B) O parecer da ANEPE ao anteprojecto de Dezembro de 2005 revela já que qualquer alteração ao modelo genericamente em vigor para determinação dos preços de estacionamento (modelo horário) implicaria prejuízos graves para os operadores, com a necessária consequência de renegociação dos preços aplicáveis;



C) *Por iniciativa da própria ANEPE, o seu parecer seria remetido não só ao Governo, como aos associados e aos concedentes das maiores áreas urbanas do país, as Câmaras Municipais de Lisboa e do Porto;*

D) *Na sequência do parecer da ANEPE (embora não necessariamente por sua causa), o Governo aprova o novo regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento, com um modelo de determinação de preço que procura aproximar o custo suportado pelo utilizador do tempo de estacionamento efectivamente utilizado, através de um regime de preços por períodos de quinze minutos;*

E) *Nas reuniões ordinária a 21 de Março de 2006 e extraordinária a 20 de Abril, da Assembleia-geral da ANEPE, a Direcção da Associação comunica aos associados a solicitação de um parecer jurídico com vista a preparar a contestação da Associação ao regime jurídico acabado de aprovar, atentos os prejuízos que daí decorreriam para os associados; por isso, solicita aos associados que comuniquem à Associação os prejuízos estimados com aplicação do regime;*

F) *Na reunião extraordinária de 20 de Abril de 2006, ficam também claros os objectivos da Associação: comunicar à Associação Nacional de Municípios a posição da ANEPE, renegociar os contratos de concessão celebrados entre as associadas e os municípios, comunicar ao Governo as críticas da ANEPE ao regime jurídico e, eventualmente, conseguir a sua alteração;*

G) *Ou seja, claramente, desde o início do processo legislativo, a ANEPE enveredou por um processo de consciencialização e de justificação dos aumentos de preço que se seguiriam à aprovação do regime jurídico proposto pelo Governo em Dezembro de 2005, seja por referir desde logo a gravidade das consequências da sua aplicação, seja por solicitar aos associados informação relativa aos prejuízos eventualmente sofridos, seja por comunicar os seus pareceres (em sentido negativo e ilustrando as consequências a nível da subida de preços que se seguiriam à aprovação do regime), não apenas ao*

Governo e aos seus associados, como também aos principais concedentes e sua à sua associação representativa (a ANMP);

H) Com tais comportamentos, a Associação arguida pretendia não só coordenar o comportamento dos associados na adaptação ao novo quadro jurídico aplicável à sua actividade, com claras consequência, na política de preços aplicável por cada empresa a cada parque de estacionamento por si gerido, como também preparar os concedentes e, indirectamente, os consumidores, para os aumentos de preço que se iriam necessariamente verificar;

I) O objectivo de coordenação de comportamentos tornou-se ainda mais evidente a partir do momento que a ANEPE, através da pessoa da sua Secretária-geral, mas com contributos de outros membros de órgãos sociais e de empresas associadas, recomenda um conjunto de soluções alternativas, e mesmo de soluções “preconizadas”, de adaptação dos preçários das empresas ao novo regime jurídico, recomendando o aumento geral de preços aplicáveis ou a repercussão de custos fixos através da imposição de “preços de ingresso”;

J) Tais objectivos tornam-se evidentes na troca de comunicações ocorrida entre 24 de Abril de 2006 e 2 de Maio de 2006, em que é preparada a posição formal da ANEPE a apresentar ao Governo, Associação Nacional de Municípios e demais associados, mas onde o teor e objectivos permanecem sempre idênticos: necessidade de repercussão de custos através de um preço de ingresso no parque de estacionamento, a suportar por todos os utilizadores independentemente do tempo efectivamente utilizado; aumento dos preços dos períodos de estacionamento de quinze minutos por comparação com os períodos de uma hora, com vista à alegada reposição do equilíbrio económico-financeiro das concessões; recomendação de percentagens de subida de preços e de valores a fixar a título de “preços de ingresso”;



K) Para além desta recomendação, que formaliza a consciencialização da necessidade de reagir ao novo regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento através da subida de preços, que vinha sendo sugerida pela ANEPE desde Dezembro de 2005, a ANEPE procurou ainda verificar, através de pedidos de informação às associadas, o estado de cumprimento do referido regime jurídico, em particular, das “negociações com os municípios”;

L) Finalmente, verifica-se que algumas das empresas associadas, não só participaram activamente na determinação das recomendações da ANEPE, como as aplicaram na sua prática comercial individual: seja pela comunicação aos concedentes da necessidade de actualização de preços tendo em conta a necessária reposição do equilíbrio financeiro das concessões, afectado pela entrada em vigor do novo regime jurídico, seja pela repercussão dos custos fixos dos parques de estacionamento, seja, ainda pela invocação expressa das recomendações da ANEPE como justificação para as actualizações de preços então propostas.”

Visto o artigo 182 da Nota de Ilicitude, onde se apresenta uma súmula das conclusões preliminares da AdC quanto à matéria de facto, refira-se que a Arguida:

1. Quanto às alíneas A), B), C), D), E) do citado artigo 182, nada acresce em relação ao que consta da Nota de Ilicitude, e que se transcreveu *supra* (cfr. §§ 295 a 298 da defesa escrita, a fls. 15774 a 15775);
2. Não se pronuncia quanto à alínea F);
3. Contesta o referido na alínea G), quando refere que “a ANEPE não tinha necessidade de consciencializar quem quer que fosse. O DL 81/2006 tinha um efeito inevitável: o fraccionamento da tarifa horária em períodos de 15m tinha uma consequência matemática de quebra de receita. Para manter a receita, ou seja, o equilíbrio económico e financeiro das concessões, havia que efectuar ajustamentos.”; todavia, logo de seguida parece infirmar a sua contestação, ao referir que “é manifesto que o tema só podia ser esclarecido com recurso a informações recolhidas junto das

- associadas. Foi isso que a ANEPE fez com a finalidade de permitir a todos – Governo, câmaras, organismos de defesa do consumidor e associadas – uma melhor percepção da natureza e dimensão do problema” (cfr. §§ 299 a 302 da defesa escrita, a fls. 15775);*
4. *Contesta o referido na alínea H), mas assume que “é verdade que a actuação da ANEPE contribuiu para que concedentes e consumidores tomassem consciência de que o DL 81/2006 iria causar inevitáveis ajustamentos dos preços” (cfr. § 303 da defesa escrita, a fls. 15775);*
 5. *Contesta o referido na alínea I), alegando que “a ANEPE nunca recomendou expressa ou implicitamente o que quer que fosse em matéria de ajustamentos de tarifários decorrentes da entrada em vigor do DL 81/2006. A ANEPE limitou-se a informar sobre a previsível natureza dos impactos, a prever a inevitabilidade dos ajustamentos e a antecipar dois cenários evidentes de adaptação (...). A SG, enquanto quadro da Associação, recolheu informações e sugestões que foi sucessivamente incorporando em projectos que manifestamente não podem ser qualificadas como recomendações ou soluções preconizadas pela própria Associação” (cfr. §§ 306 a 308 da defesa escrita, a fls. 15776);*
 6. *Entende que a referência a “objectivos”, na alínea J), deve ser corrigida para “constatações” (cfr. § 309 da defesa escrita, a fls. 15776);*
 7. *Quanto às alíneas K) e L), confirma a participação das associadas da ANEPE na “discussão do impacto da entrada em vigor do DL 81/2006”, contestando todavia que a ANEPE tenha emitido recomendações a esse respeito (cfr. § 312 da defesa escrita, a fls. 15777).*

II.4.2. Apreciação pela Autoridade da Concorrência

- 440.** Resulta assim com clareza que a Associação Arguida não contesta os factos que lhe foram comunicados pela Nota de Ilícitude, procurando ao invés contestar ou refutar as conclusões da AdC quanto aos referidos factos, e mesmo assim apenas parcelarmente.

441. Todavia, tais contestações não permitem infirmar as conclusões preliminares da AdC, tal como constantes da Nota de Ilicitude, pelo contrário.
442. De facto, do que se trata neste processo é determinar se o comportamento adoptado pela Associação ANEPE na sequência da aprovação e entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006 corresponde ao conceito de “*decisão de associação de empresas*”, nos termos e para os efeitos do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003; e será por referência a tal conceito, e à concretização que do mesmo resulta pela jurisprudência nacional e europeia em matéria de aplicação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 e do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que haverá de se avaliar o comportamento da Associação, demonstrados, provados e incontestados os factos em que o mesmo assenta.
443. Ora, é para este efeito irrelevante alegar que a Associação não tenha tido intenção de recomendar preços ou condições de fixação de preços às empresas associadas, uma vez que o comportamento ilícito resulta do preenchimento dos pressupostos da infracção; o que se verifica, outrossim, é que a Associação efectivamente apresentou, sob a forma de documentos subscritos pela Secretária-geral ou por membros dos órgãos sociais da Associação, e circulados entre os associados “operadores”, “*recomendações*” e “*soluções preconizadas*” quanto à adaptação das políticas de preços individuais, de cada empresa, ao regime de definição dos preços imposto pelo Decreto-Lei n.º 81/2006; poderá ainda a Arguida contestar se tal preenche o conceito de “*decisão de associação de empresas*”, nos termos e para os efeitos do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, mas como veremos *infra*, os seus argumentos não permitem concluir de forma distinta do que lhe foi notificado através da Nota de Ilicitude.
444. Todavia, desde já se refira, que não se compreende como pode a Associação alegar que a sua acção resulta de ser “*manifesto que o tema só podia ser esclarecido com recurso a informações recolhidas junto das associadas. Foi isso que a ANEPE fez com a finalidade de permitir a todos – Governo, câmaras, organismos de defesa do consumidor e associadas – uma melhor percepção da natureza e dimensão do problema*”, quando as recomendações relativas à adaptação dos preços têm, por

destinatários imediatos, as empresas associadas “operadores” de parques de estacionamento.

445. Tal como não se compreende que a Arguida considere que tais “recomendações” e “soluções preconizadas” em matéria de formação de políticas de preços podem, de alguma forma, ser enquadradas tanto no seu objecto estatutário, como na sua participação no processo legislativo que conduziu à aprovação do referido Decreto-Lei n.º 81/2006, alegações que claudicam perante os seguintes factos:

- A) A 13 de Dezembro de 2005, a Secretaria de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor remeteu à ANEPE o “anteprojecto de diploma que estabelece o regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento”, solicitando-lhe “parecer urgente”;
- B) A 22 de Dezembro de 2005, a ANEPE remeteu o parecer solicitado ao anteprojecto do diploma;
- C) Na sequência do exposto *supra*, o Governo aprovou novo projecto de Decreto-Lei relativo à utilização de parques e zonas de estacionamento;
- D) Dos autos não consta – nem a Arguida o alega – que tenha havido qualquer outra intervenção da Arguida no processo legislativo, depois de 22 de Dezembro de 2005;
- E) O referido diploma foi aprovado pelo Governo, em Conselho de Ministros, no dia 8 de Março de 2006 (cfr. artigo 3.º);
- F) A 21 de Março de 2006, na reunião ordinária da Assembleia Geral da ANEPE, “a Direcção informou que foi pedido um parecer jurídico ao Dr. Paulo Pinheiro do Gabinete Vieira de Almeida e Associados, em relação à forma como a ANEPE deve contestar o ‘Diploma que estabelece o regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento’ por ser extremamente prejudicial aos associados” (a fls. 1940);
- G) O diploma em causa seria publicado a 20 de Abril de 2006, como Decreto-Lei n.º 81/2006;
- H) A 24 de Abril de 2006, a Secretária-geral da ANEPE apresentou aos associados a posição da Associação sobre o referido Decreto-Lei, através de uma comunicação a



remeter ao Secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor e à Associação Nacional de Municípios Portugueses (em cumprimento do deliberado na reunião da Assembleia Geral de 21 de Março p.p.), nos termos já referidos;

- I)** A 27 de Abril de 2006, a ANEPE remete para os referidos associados, mas também para a EMEL (a fls. 15541), nova versão do documento anterior, “*com as alterações feitas pelo Dr. Pedro Mendes Leal*”, recorde-se, vogal da Direcção da ANEPE e representante na ANEPE da associada EMPARQUE;
- J)** A 2 de Maio de 2006, a ANEPE remete para os associados SIENT, SPEL, BRISA, Emparque, CPE, EMEL, e ainda para a sociedade de advogados “Vieira de Almeida & Associados” o mesmo documento, com alterações;
- K)** Da carta de 2 de Maio de 2006 tiveram conhecimento todas as empresas representadas nos órgãos sociais da ANEPE (Assembleia Geral, Direcção e Conselho Fiscal), que pertencem à categoria de “operadores”, com excepção da Promoparques: a CPE, SIENT, SPEL, Emparque e EMEL;
- L)** A ANEPE remeteu aos associados, a 9 de Maio de 2006, uma carta (a fls. 2120), com cópia ao Secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor e à Associação Nacional de Municípios Portugueses (fls. 1713, 2125 e 2126), e que seria igualmente publica no Boletim da ANEPE, que corresponde ao documento que, com alterações, começou a circular entre os associados “operadores” desde 24 de Abril de 2006, portanto, quatro dias depois da publicação do Decreto-Lei em causa e mais de quatro meses decorridos da última (e única) intervenção da ANEPE no processo legislativo;
- M)** A 12 de Julho de 2006, a Secretária-geral da Associação envia aos associados “operadores” a mensagem de correio electrónico a fls. 2133, nos termos da qual “*Agradecemos que nos informem com a brevidade possível sobre a situação da aplicação desta norma nos parques que gerem, nomeadamente no que se refere às negociações com os municípios. Cumprimentos, Maria de Jesus Lopes*”.
- 446.** Ou seja, a intervenção da ANEPE no processo legislativo terminou a 22 de Dezembro de 2005, quando comunicou a posição da Associação ao primeiro anteprojecto legislativo, que lhe foi apresentado a 13 de Dezembro de 2005: os factos

que são indicados na Nota de Ilicitude, e que se reproduzem nesta Decisão, quanto ao comportamento da Associação, dos seus órgãos e das empresas envolvidas na definição de tal posição de 22 de Dezembro de 2005 não são, por si, constitutivos de qualquer ilícito jus-concorrencial, se analisados isoladamente da conduta da Associação na sequência da aprovação do regime definitivo, ou seja, não é pela intervenção da ANEPE no processo legislativo que esta Associação infringe o artigo 4.º da Lei da Concorrência.

447. Todavia, a ANEPE não se limitou a intervir no processo legislativo: com a aprovação do regime legal, a Associação entendeu definir, através da sua Secretaria-geral, um conjunto de “recomendações” e “soluções preconizadas” relativamente à adaptação dos preços aplicados por cada empresa, em relação aos parques de estacionamento por si geridos ou explorados, garantindo assim que tais empresas, nas negociações com os municípios ou, nos casos em que fosse possível, na alteração unilateral dos preços aplicáveis, tivessem um parâmetro comum de negociação ou de fixação de preços, consoante o caso.
448. É, aliás, o que resulta da Nota de Ilicitude, quando no seu § 182 se refere que o objectivo da ANEPE era “*não só coordenar o comportamento dos associados na adaptação ao novo quadro jurídico aplicável à sua actividade, com claras consequências, na política de preços aplicável por cada empresa a cada parque de estacionamento por si gerido, como também preparar os concedentes e, indirectamente, os consumidores, para os aumentos de preço que se iriam necessariamente verificar*”, e que “*o objectivo de coordenação de comportamentos tornou-se ainda mais evidente a partir do momento que a ANEPE, através da pessoa da sua Secretária-geral, mas com contributos de outros membros de órgãos sociais e de empresas associadas, recomenda um conjunto de soluções alternativas, e mesmo de soluções “preconizadas”, de adaptação dos preços das empresas ao novo regime jurídico, recomendando o aumento geral de preços aplicáveis ou a repercussão de custos fixos através da imposição de “preços de ingresso”*”.
449. Sendo que tais “recomendações” e “soluções preconizadas” resultam desde a primeira proposta redigidas pela Secretária-geral a 24 de Abril de 2006, e expressamente do texto de 2 de Maio de 2006, igualmente redigido pela Secretaria-

geral, ou seja, muito depois da última intervenção da Associação no processo legislativo, encontrando-se já o Decreto-Lei n.º 81/2006 em vigor.

450. Acrescendo ainda que tais comunicações não tiveram por destinatários os funcionários da Associação ou exclusivamente os seus consultores externos, mas sim as empresas associadas que seriam directamente afectadas pela aplicação do referido Decreto-Lei n.º 81/2006, e que independentemente de pertencerem aos órgãos associativos, tiveram conhecimento directo das “*soluções preconizadas*” pela Secretaria-geral da ANEPE e suas “*recomendações*” em matéria de preçários.
451. Tal como não se pode admitir que, pelo facto da carta subscrita pelo Presidente da Direcção a 9 de Maio de 2006 não resultarem expressamente as expressões “*recomendação*” ou “*solução preconizada*” se ignore que tais expressões constam, efectiva e comprovadamente noutros documentos que circularam entre as empresas associadas da Arguida que seriam directamente envolvidas na aplicação do referido Decreto-Lei n.º 81/2006, e que nessa carta de 9 de Maio de 2006, conste a representação gráfica apresentada pela Secretária-geral a 24 de Abril de 2006 na qual se explicitam tais “*recomendação*” ou “*solução preconizada*”.
452. Em especial, a tese da Arguida parece assentar fundamentalmente no próprio conceito de “*recomendação*”, procurando restringir a análise da conduta da Associação exclusivamente à referida carta do Presidente da Direcção de 9 de Maio de 2006, escamoteando que:
- a) a Secretária Geral era reconhecida como sendo uma representante externa da Associação – mesmo que estatutariamente não lhe fossem atribuídas competências de representação legal; à Secretária Geral estava confiada especificamente a tarefa de representar a ANEPE junto dos organismos oficiais e quaisquer entidades com que a ANEPE se relacione (cfr., em sentido concordante, o § 220 da defesa escrita, a fls. 15758);
- b) a referida carta de 9 de Maio de 2006 resulta de uma iniciativa da ANEPE quanto à necessidade de adaptação dos preçários ao referido Decreto-Lei n.º 81/2006, reconhecendo a Arguida não só o pressuposto da adaptação (“*qualquer que fosse o fraccionamento, ter-se-iam de fazer ajustamentos das tarifas em função do perfil de tráfego, parecendo inevitável a subida dos preços para os consumidores*” – cfr. §



229 da defesa escrita, a fls. 15759), como os objectivos (ou consequências) dessa sua actuação: “*É verdade que a actuação da ANEPE contribuiu para que concedentes e consumidores tomassem consciência de que o DL 81/20006 iria causar inevitáveis ajustamentos de preços*”, sendo certo que, através desta acção da Associação e da promoção da coordenação de comportamentos pelas empresas associadas, a Arguida garantiu que, efectivamente, os parâmetros de negociação dos preçários apresentados pelas empresas concessionárias eram similares;

c) a mesma carta de 9 de Maio de 2006 é a expressão pública da posição da ANEPE; mas não esgota o comportamento da Associação neste domínio: a comunicação formal da ANEPE, assinada pelo Presidente da Direcção da Associação – que tinha por objectivo comunicar a oposição da associação ao novo regime legal e as consequências decorrentes da sua aplicação ao Governo, com conhecimento à Associação Nacional dos Municípios Portugueses, servindo igualmente o propósito de “*esclarecimento*” de dúvidas dos associados – seria divulgada a 9 de Maio de 2006 e, posteriormente, publicada parcialmente no “Boletim” informativo da ANEPE, em Junho de 2006.

d) É incontestável que esta comunicação formal apresenta uma redacção diferente – e atenuada face ao que havia sido discutido entre 24 de Abril e 2 de Maio entre a Secretária-geral, em nome da Associação e as empresas associadas, ao não recomendar expressamente a fixação de um “*preço de ingresso*”.

Todavia, a recomendação ou “*solução preconizada*” anteriormente comunicada (a 2 de Maio), era já do conhecimento das empresas associadas que iriam ser afectadas com a vigência do novo regime legal, as quais haviam já discutido em reunião extraordinária da Assembleia-geral da associação os prejuízos “*inevitáveis*” em que iriam incorrer e que tinha tido acesso não só às estimativas de prejuízos elaboradas a nível da Associação, como as “*soluções*” preconizadas para a sua compensação.

Sendo que, mesmo sem referência expressa a qualquer “*recomendação*”, como reiteradamente refere a Arguida, tal comunicação de 9 de Maio de 2006 não deixava de se socorrer de uma representação gráfica de tais “*recomendação*” ou “*solução preconizada*”, que tinha sido apresentada logo no primeiro texto circulado pela

empresas associadas, a 24 de Abril de 2006, precisamente para explicitar tais propostas.

453. Nada do que se refere na Nota de Ilicitude quanto a tais factos é substancialmente contestado pela Arguida na sua defesa escrita.
454. Da mesma forma que, em momento algum, a Arguida contesta o facto de algumas empresas associadas, como se referiu já, utilizarem nas suas comunicações com as entidades concedentes os argumentos apresentados pela ANEPE (e não apenas na comunicação formal de 9 de Maio de 2006), as alternativas de adaptação dos preçários propostos, ou a referida representação gráfica das alternativas de adaptação de preçários.
455. Escusando-se de comentar o facto – plenamente demonstrado nos autos – que pelo menos uma empresa associada utilizou as recomendações da ANEPE em matéria de adaptações dos preçários, na conformação e definição interna das suas próprias políticas comerciais, i.e., como forma de justificação interna dos diferenciais de preços que resultariam da aplicação da “*solução preconizada*” pela Associação.
456. E, finalmente, em momento algum apresenta uma explicação alternativa para o pedido de informações da Associação junto das empresas associadas, de 12 de Julho de 2006 que permita afastar a conclusão da AdC quanto ao mesmo: que a comunicação a fls. 2133 é um mecanismo de monitorização pela ANEPE do cumprimento das suas recomendações em matéria de alteração dos preçários, com particular incidência nas “*negociações com os municípios*” (cfr. *supra*, § 393)
457. De facto, tal comunicação de 12 de Julho de 2006 apenas pode ser compreendida no encadeamento dos factos que se dão por plenamente demonstrados, e quando analisados globalmente, desde as discussões relativas à reacção da Associação à entrada em vigor do novo regime legislativo, ocorridas na reunião extraordinária da Assembleia-geral da ANEPE de 20 de Abril, passando pelo primeiro documento datado de 24 de Abril de 2006, pelas alterações introduzidas pelo Vogal Pedro Mendes Leal a 27 de Abril de 2006, até às “*recomendações*” ou “*soluções preconizadas*” em matéria de adaptação da política de preços das empresas associadas da Secretária-geral, divulgadas a 2 de Maio de 2006, e, finalmente, a comunicação de 9 de Maio de 2006.

458. Ou seja, que por tal comunicação a Associação, através da sua Secretária-geral, procurou verificar se as empresas associadas estavam de facto a implementar a reacção coordenada quanto à adaptação dos preçários ao novo regime legislativo, nos termos definidos pela Associação, e em especial no que respeita às negociações com os municípios.

II.4.3. Conclusões quanto à matéria de facto

459. A AdC formou, nesta data, a sua convicção quanto à matéria de facto dada como provada, pelos elementos de facto e meios de prova constantes dos autos, de que se deu conta *supra*.

460. Nestes termos, considera-se provado o seguinte (cfr. *supra*, secções II.1 a II.2):

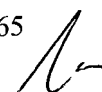
461. A ANEPE é uma associação de empresas, constituída em 1996, que congrega empresas dedicadas exclusiva ou principalmente à gestão e exploração de parques de estacionamento, também designados por “Operadores”, bem como de empresas que se dedicam à comercialização de equipamentos acessórios àquelas actividades (cfr. § 282 a 284).

462. Em 2006, os associados da ANEPE dedicados à gestão e exploração de parques de estacionamento (os “operadores”) consistiam em 13 empresas (num total de 21 associados), das quais 7 empresas fazendo parte do Grupo Emparque, que geriam ou exploravam cerca de 130.000 lugares de estacionamento em Portugal, sendo que tais empresas preenchiam a quase totalidade dos cargos associativos e possuem direitos de voto diferenciados dos restantes associados (cfr. § 285 a 290).

463. A ANEPE apresenta uma estrutura orgânica associativa composta pela Assembleia-geral, Conselho Fiscal e Direcção, sendo assistida por uma Secretária-geral nomeada pela Direcção (cfr. § 291 a 295).

464. A Secretária-geral da Associação tem por competência representar a ANEPE junto dos organismos oficiais e quaisquer entidades com que a Associação se relacione (cfr. § 293).

465. No triénio 2006-2008, encontravam-se representadas 8 empresas nos órgãos sociais da ANEPE, das quais 5 eram empresas operadoras, a saber, a EMEL (Presidente da mesa da Assembleia Geral), a CPE (Secretário da mesa da Assembleia Geral), a SPEL (Vice-presidente da Direcção), a Emparque (Vogal Tesoureiro da Direcção) e a SIENT (Presidente do Conselho Fiscal) (cfr. § 294).
466. A Secretária-geral da ANEPE foi nomeada para a função em Julho de 2001, tendo estado ligada à associação, enquanto representante de empresas do Grupo Emparque na Direcção da mesma, desde 1998 (cfr. § 296 e 297).
467. A ANEPE não possuía, à data dos factos, uma estrutura humana e organizacional permanente ou autónoma em relação às empresas associadas, dependendo, para o seu funcionamento quotidiano, da presença e participação da Secretária-geral, mesmo assim prestado a tempo parcial (cfr. § 298 a 300).
468. A partir de Dezembro de 2005, a ANEPE tomou conhecimento directo da iniciativa do Governo de determinar e regular, através de acto legislativo, o regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento, que passaria a prever, com o objectivo expresso de garantia dos direitos do consumidor, que os utilizadores deveriam pagar apenas pelo tempo em que efectivamente estacionassem as suas viaturas nos parques de estacionamento, tendo o Governo, previamente à aprovação do referido diploma, solicitado o parecer da Associação (cfr. § 346 a 348).
469. De acordo com a exposição de motivos do anteprojecto apresentado à ANEPE a 13 de Dezembro de 2005 para que esta Associação se pronunciasse sobre o mesmo, o Governo concluía que em 82% dos casos, o preço de estacionamento é calculado por hora, pagando o consumidor mais do que o tempo que efectivamente estacionou (cfr. § 348).
470. Para esse efeito, e expressamente para garantia dos direitos do consumidor, o anteprojecto apresentado pelo Governo à ANEPE previa que o preço (“tarifa”) a pagar pelos utilizadores dos parques de estacionamento fosse fixada ao minuto (cfr. § 349).
471. A 16 de Dezembro de 2005, a Secretária-geral da ANEPE, sendo do parecer que a proposta apresentada pelo Governo era “*matéria muito grave*”, solicitou contributos



- à SPEL, EMPARQUE e SIENT para preparação da resposta da associação (cfr. § 350).
472. Foram também solicitados contributos à CPE, empresa que à data não pertencia aos órgãos sociais da Associação (cfr. § 351).
473. À solicitação da Secretária-geral, respondeu a SIENT, cujos contributos, que seriam circulados por outros associados, dão conta da discordância daquela empresa quanto ao “*fraccionamento*” do preço por minuto, sugerindo uma “*inevitável subida de preços*” no caso da sua concretização (cfr. § 352 a 353).
474. Não constam dos autos outras contribuições escritas, embora a Arguida, na sua defesa escrita, tenha admitido que a Secretária-geral possa ter recolhido contributos de outras empresas, a título informal (cfr. § 354 a 355).
475. A 22 de Dezembro de 2005, a ANEPE comunicou ao Governo que a fixação de preços ao minuto corresponderia necessariamente à alteração dos pressupostos dos modelos financeiros dos contratos celebrados pelas suas associadas, sugerindo que a sua aplicação implicaria “*inevitavelmente*” um aumento dos custos para os utilizadores (cfr. § 357).
476. O parecer da ANEPE, de 22 de Dezembro de 2005, foi comunicado à Secretaria de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor, à Direcção-geral de Viação, à Câmara Municipal de Lisboa, à Câmara Municipal do Porto, e aos associados Emparque, SIENT, SPEL e CPE (cfr. § 358 a 359).
477. Posteriormente a 22 de Dezembro de 2005, a ANEPE não teve outras intervenções no processo legislativo (cfr. § 360).
478. A 20 de Abril de 2006 foi publicado o Decreto-Lei n.º 81/2006, o qual, no seu preâmbulo, invoca a necessidade de acautelar a posição contratual do consumidor, através da previsão de uma norma relativa à determinação do preço, que estabeleça que o preço é fraccionado em períodos de, no máximo, quinze minutos, com o objectivo de aproximar o tempo de estacionamento pago do tempo efectivamente utilizado (cfr. § 361 a 364).
479. Nessa mesma data (20 de Abril de 2006), em reunião extraordinária da Assembleia-geral da ANEPE onde estavam representados 89,13% dos votos dos associados,

discutiram-se as repercussões do novo regime legal (o qual, na reunião ordinária da Assembleia-geral, de 21 de Março p.p., havia sido já qualificado como “*extremamente prejudicial*”), referindo-se desde logo a necessidade de comunicar à Associação a percentagem de prejuízo para os concessionários decorrente da aplicação do novo regime, bem como as possibilidades de renegociação dos contratos de concessão, gestão e/ou exploração dos parques de estacionamento, como resulta da transcrição das notas manuscritas do Presidente da Mesa da Assembleia extraordinária da ANEPE, a fls. 12466 (cfr. § 369, 371, 372, 374, 375).

480. Entre 24 de Abril e 2 de Maio, a Secretária-geral da ANEPE remeteu às associadas Emparque, SPEL, CPE e SIENT, EMEL, com conhecimento ao Presidente da Direcção, várias comunicações as quais dão conta do seguinte (cfr. § 377 a 382):

- a) A alteração das regras de cálculo do preço a pagar pelo estacionamento implicaria a alteração do equilíbrio financeiro dos contratos;
- b) Essa alteração e a divisão dos valores horários actuais em quatro períodos de quinze minutos, implicaria uma redução da receita de 15%;
- c) Seria necessário, ainda, contemplar um valor inicial de trinta e cinco cêntimos, a título de “*custos fixos de ingresso no parque*”, independentemente do tempo utilizado pelos utentes, valor que deverá ser pago pela utilização dos primeiros quinze minutos: assim, “*o preço dos primeiros quinze minutos terá sempre de ser superior ao custo referido*”;
- d) Como tal, recomenda-se aos associados:
 - A aplicação de uma “*taxa de activação*” ou um “*preço de ingresso*” nos primeiros quinze minutos, conjugada com um aumento de cerca de 2,5% das tarifas actuais; ou
 - Aumento de 15% das tarifas actuais.
- e) Para este efeito, disponibiliza-se uma demonstração gráfica onde coloca as diversas alternativas recomendadas, a saber, a comparação entre:
 - A situação “*actual*”;
 - A situação decorrente da aplicação “*simples*” do Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril;
 - O aumento de 15% dos preços;



- A “*solução preconizada*”, de fixação de um “*preço de ingresso*” conjugado com um aumento de 2,5% dos preços.

481. A comunicação formal da ANEPE, assinada pelo Presidente da Direcção da Associação – que tinha por objectivo comunicar a oposição da associação ao novo regime legal e as consequências decorrentes da sua aplicação ao Governo, com conhecimento à Associação Nacional dos Municípios Portugueses, servindo igualmente o propósito de “*esclarecimento*” de dúvidas dos associados – seria divulgada a 9 de Maio de 2006 e, posteriormente, publicada parcialmente no “Boletim” informativo da ANEPE, em Junho de 2006 (cfr. § 392, 393, 394).
482. Esta comunicação formal apresenta uma redacção diferente das redacções datadas entre 24 de Abril e 2 de Maio: mantém a representação gráfica quanto às soluções preconizadas nos documentos circulados entre as empresas associadas e a ANEPE entre tais datas, mas deixa de constar expressamente a recomendação pela fixação de um “*preço de ingresso*”.
483. A recomendação ou “*solução preconizada*” anteriormente comunicada (a 2 de Maio), era do conhecimento das empresas associadas que poderiam vir a ser afectadas com a vigência do novo regime legal (cfr. § 381).
484. Tais empresas haviam já discutido em reunião extraordinária da Assembleia-geral da associação os prejuízos, considerados “*inevitáveis*”, em que iriam incorrer.
485. Tiveram também tais empresas acesso não só às estimativas de prejuízos elaboradas a nível da Associação, com base nas informações recolhidas junto de empresas associadas, como às “*soluções preconizadas*” para a sua compensação; tendo tais “*soluções preconizadas*” sido comunicadas pela Secretária-geral da ANEPE às empresas associadas, com especial ênfase na necessidade de assegurar o equilíbrio financeiro da exploração dos parques de estacionamento e, assim, na definição de uma reacção coordenada das empresas que, por esta via, poderiam negociar os preços com as entidades concedentes (quando não pudessem alterar tais preços unilateralmente), usando parâmetros de negociação comuns e previamente conhecidos pelas empresas associadas.

486. Da posição da ANEPE publicamente divulgada a 9 de Maio, evitando as expressões “*recomendação*” ou “*solução preconizada*”, retira-se que (cfr. § 394):

- O Decreto-Lei n.º 81/2006 implica a alteração dos pressupostos essenciais do escalonamento horário dos tarifários, base do equilíbrio financeiro dos contratos;
- Esse equilíbrio financeiro é, por isso, gravemente posto em causa;
- A aplicação das novas regras implicará uma quebra de receita de 15%;
- Verifica-se um custo fixo de 35 cêntimos, que pode ser autonomizado do preço/tarifa aplicados ao tempo utilizado;
- O fraccionamento do preço actual por quatro pode acarretar situações em que o preço da primeira fracção não cobre o custo fixo estimado pela associação;
- Apresenta uma simulação gráfica, em que compara quatro situações:
 - a) “*Actual*”;
 - b) “*Lei nova*”, com acentuada redução da receita;
 - c) “*Aumento de 15%*”; e
 - d) “*Taxa de 0,35 € e aumento de 2,5%*”.

487. Das quatro hipóteses representadas nessa simulação gráfica – que, no documento de 2 de Maio de 2006, constituía o suporte gráfico das “*soluções preconizadas*”, a Associação considera que a “*simples divisão do preço actual por quatro*” implica uma quebra de receitas; considera ainda que essa quebra de receitas corresponde a 15% do volume actual – pelo que simula um “*aumento de 15%*”; e, finalmente, considera haver lugar a um “*custo fixo autonomizável do preço/tarifa aplicados ao tempo utilizado*”, no valor de 35 cêntimos, que corresponde ao “*preço de ingresso*” ou “*taxa*” de 35 cêntimos que apresenta na sua simulação.

488. Tais elementos, constantes da referida comunicação de 9 de Maio de 2006, não são contestados pela Arguida.

489. Nessa comunicação, a Associação alerta ainda para o facto de poder, “*certamente e ainda, haver lugar à revisão de tarifas em vigor nos parques de estacionamento*”.



490. Esta missiva deverá necessariamente ser coligida com o teor das anteriores comunicações, que eram já do conhecimento das empresas associadas, membros dos órgãos sociais da ANEPE, e que demonstravam claramente: a recomendação pela não divisão dos preços por hora, por quatro períodos de 15 minutos; a recomendação de cobrança de um “*preço de ingresso*” autonomizado da primeira fracção imposta pelo novo quadro legal para repercussão de custos fixados estimados pela própria associação; um aumento generalizado dos preços a cobrar.
491. Simultaneamente, a posição formal da ANEPE é também clara ao recomendar e apresentar argumentos aos associados para procederem à renegociação dos contratos de gestão e exploração de parques de estacionamento com os respectivos concedentes, introduzindo alterações aos preçários, que representassem um aumento do preço, alegadamente para cobertura da eventual perda de receita e de custos fixos, determinados ou “*estimados*” pela própria associação.
492. Logo na reunião da Assembleia-geral de 21 de Março, as empresas associadas decidiram que a posição da ANEPE deveria ser comunicada à Associação Nacional de Municípios Portugueses, “*com pedido de divulgação junto dos associados*”, sendo os municípios os principais concedentes de gestão ou exploração de parques de estacionamento localizados nos perímetros urbanos.
493. A Arguida, na sua defesa escrita, reconheceu que a sua actuação contribuiu para que tanto as entidades concedentes como os consumidores tomassem consciência de que o Decreto-Lei n.º 81/2006 iria causar inevitáveis ajustamentos de preços.
494. Reconhece, portanto, que existem dois grupos de destinatários distintos – por um lado as empresas associadas “operadores” de parques de estacionamento, e por outro lado, os concedentes e os consumidores; sendo que aqueles conheciam não apenas a Comunicação pública de 9 de Maio de 2006, como o teor das informações relativas às “*soluções preconizadas*” e “*recomendações*” da Secretária-geral da ANEPE relativamente à fixação de preços de ingresso ou ao aumento dos preços em 15%.
495. Uma das empresas associadas da ANEPE, a SIENT, remeteu à AdC a versão da comunicação formal da ANEPE datada de 2 de Maio de 2006, que expressamente recomendava a cobrança de um “*preço de ingresso*” como “*solução preconizada*”,



- considerando tratar-se da “*carta circular interpretativa da Associação*” (cfr. *supra*, § 383 a 387).
496. Outra empresa associada (a CPE), não só invocou as comunicações da ANEPE na definição interna da política de preços a praticar para adaptação ao Decreto-Lei n.º 81/2006, como utilizou mesmo a explicação do gráfico disponibilizada pela ANEPE (na comunicação de 2 de Maio de 2006), para justificar às entidades concedentes as “*alternativas*” em matéria de subida de preços para adequação dos preços aplicáveis na sequência da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006 (cfr. *supra*, § 414 a 422).
497. Ambas as empresas associadas SIENT e CPE acompanharam o processo que levou à publicação da comunicação de 9 de Maio de 2006 e conheciam as “*recomendações*” e “*soluções preconizadas*”, que haviam sido discutidas entre as empresas associadas e a Secretária-geral da ANEPE (cfr. *supra*).
498. Conclui-se, como o Serviço Instrutor havia já concluído, não se verificarem indícios suficientes de eventuais infracções directamente imputáveis às empresas inicialmente indiciadas.
499. Tais empresas participaram, enquanto membros da Associação de empresas, na definição da posição desta Associação em relação à aplicação do Decreto-Lei n.º 81/2006, tendo estas participado nas iniciativas promovidas pela Associação Arguida, conforme as solicitações da sua Secretária-geral.
500. Da súmula de factos que se apresenta, assentes e apresentados por referência à matéria de facto não contestada pela Arguida e aos elementos de prova juntos aos autos, podem-se retirar as seguintes conclusões, também elas não refutadas pela Arguida em termos que prejudiquem o seu valor decidendo:
- A) Ao tomar conhecimento, em Dezembro de 2005, da intenção do Governo em conformar o regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento e, em particular, ao verificar a determinação em impor um regime de preços assente na contrapartida pela utilização efectiva dos lugares de estacionamento pelos utilizadores, através de um regime de preços fixados por minuto de utilização, a ANEPE de imediato comunicou aos associados representados nos respectivos

- órgãos sociais, e não só, que essa iniciativa implicaria prejuízos para os operadores de parques de estacionamento;
- B) O parecer da ANEPE ao anteprojecto de Dezembro de 2005 revela já que qualquer alteração ao modelo genericamente em vigor para determinação dos preços de estacionamento (modelo horário) implicaria prejuízos graves para os operadores, com a necessária consequência de renegociação dos preçários aplicáveis;
- C) Por iniciativa da própria ANEPE, o seu parecer seria remetido não só ao Governo, como aos associados e aos concedentes das maiores áreas urbanas do país, as Câmaras Municipais de Lisboa e do Porto;
- D) Na sequência do parecer da ANEPE, o Governo aprovou o novo regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento, com um modelo de determinação de preço que procura aproximar o custo suportado pelo utilizador do tempo de estacionamento efectivamente utilizado, através de um regime de preços que assenta em fracções de quinze minutos;
- E) Nas reuniões (ordinária) de 21 de Março de 2006 e (extraordinária) de 20 de Abril de 2006 da Assembleia-geral da ANEPE, a Direcção da Associação comunicou aos associados a solicitação de um parecer jurídico com vista a preparar a contestação da Associação ao regime jurídico acabado de aprovar, atentos os prejuízos que daí decorreriam para os associados; por isso, de acordo com elementos constantes dos autos, solicitou aos associados que comunicassem à Associação os prejuízos estimados com aplicação do regime;
- F) Na reunião extraordinária de 20 de Abril de 2006, ficou também claro que: deveria comunicar-se à Associação Nacional de Municípios a posição da ANEPE; as empresas associadas poderiam renegociar os contratos de concessão celebrados entre as associadas e os municípios; tais renegociações não poderiam deixar de ter em conta os prejuízos (ou as quebras de receita) que *inevitavelmente* as empresas sofreriam; seriam comunicadas ao Governo as críticas da ANEPE ao regime jurídico, com vista, eventualmente, à sua alteração;
- G) Desde o início do processo legislativo, a ANEPE enveredou por um processo de consciencialização, interna (em relação às empresas associadas) e externa (em relação ao Governo, às entidades concedentes e aos consumidores) quanto aos



aumentos de preço que se seguiriam à aprovação do regime jurídico proposto pelo Governo em Dezembro de 2005, seja por referir desde logo a gravidade das consequências da sua aplicação, seja por solicitar aos associados informação relativa aos prejuízos eventualmente sofridos, seja por comunicar os seus pareceres (em sentido negativo e ilustrando as consequências a nível da subida de preços que se seguiriam à aprovação do regime), não apenas ao Governo – que lho havia solicitado – e aos seus associados, como também aos principais concedentes e à sua associação representativa (a ANMP) – trata-se aqui, claramente, da definição de uma reacção colectiva das empresas à adaptação dos seus preços, permitindo assim confrontar as entidades concedentes com os mesmos argumentos relativos ao reequilíbrio financeiro decorrente da aplicação do Decreto-Lei n.º 81/2006, a que se procederia por tais “preço de ingresso” ou “aumento de preços”;

- H) Não pode a Arguida considerar que a sua actuação era irrelevante e que tais alterações aos preços ocorreriam independentemente da sua posição: os factos do processo demonstram, para além de qualquer dúvida, que não só a posição da ANEPE foi utilizada publicamente pelas empresas associadas para justificar as alterações aos preços, como uma empresa associada (a CPE) invocou a posição da ANEPE para conformação da sua política de preços; finalmente, não se pode considerar que a posição da ANEPE foi despiciente para a política comercial das empresas associadas, quando as empresas do Grupo Emparque, a SPEL e a CPE suportaram as alterações de preços nas posições da Associação; finalmente, sempre se concluiria que não pode substituir-se às empresas na definição das suas políticas comerciais e de preços – que isto dizer que a reacção colectiva definida pela Associação não só era apta a que as empresas actuassem concertadamente, como se verificou efectivamente tal actuação concertada, na sequência das recomendações da Associação;
- I) Com tais comportamentos, a Associação arguida logrou não só coordenar o comportamento dos associados na adaptação ao novo quadro jurídico aplicável à sua actividade, com claras consequências na política de preços aplicável por cada empresa a cada parque de estacionamento por si gerido, como também preparar os concedentes e, indirectamente, os consumidores, para os aumentos



- de preço que se iriam necessariamente verificar, o que, aliás, expressamente confirmou;
- J) O objectivo de coordenação de comportamentos tornou-se ainda mais evidente a partir do momento que a ANEPE, através da pessoa da sua Secretária-geral, mas com contributos de outros membros de órgãos sociais e de empresas associadas, recomendou um conjunto de soluções alternativas, e mesmo de soluções “preconizadas”, de adaptação dos preços das empresas ao novo regime jurídico, recomendando o aumento geral de preços aplicáveis ou a repercussão de custos fixos através da imposição de “preços de ingresso”;
- K) Sendo que tal objectivo de coordenação de comportamentos não pode sequer ser confundido com a eventual intervenção da Arguida no processo legislativo, como alegado, uma vez que as recomendações relativas à definição das políticas de preços e de estratégia comum de reacção das empresas apenas surgem a partir de 20 de Abril de 2006, quando a última intervenção da Arguida no processo legislativo ocorreu a 22 de Dezembro de 2005;
- L) Tais objectivos tornam-se evidentes na troca de comunicações ocorrida entre 24 de Abril de 2006 e 2 de Maio de 2006, em que é preparada a posição formal da ANEPE a apresentar ao Governo, Associação Nacional de Municípios e demais associados, mas onde o teor e objectivos permanecem sempre idênticos: necessidade de repercussão de custos através de um preço de ingresso no parque de estacionamento, a suportar por todos os utilizadores independentemente do tempo efectivamente utilizado; aumento dos preços dos períodos de estacionamento de quinze minutos por comparação com os períodos de uma hora, com vista à alegada reposição do equilíbrio económico-financeiro das concessões; recomendação de percentagens de subida de preços e de valores a fixar a título de “preços de ingresso”;
- M) Para além desta recomendação, que formaliza a consciencialização da necessidade de reagir ao novo regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento através da subida de preços, que vinha sendo sugerida pela ANEPE desde Dezembro de 2005, a ANEPE procurou ainda verificar, através de pedidos de informação às associadas, o estado de cumprimento do referido regime jurídico, em particular, das “negociações com os municípios”;



N) Finalmente, verifica-se que algumas das empresas associadas, não só participaram activamente na determinação das recomendações da ANEPE, como as aplicaram na sua prática comercial individual: seja pela comunicação aos concedentes da necessidade de actualização de preços tendo em conta a necessária reposição do equilíbrio financeiro das concessões, afectado pela entrada em vigor do novo regime jurídico, seja pela repercussão dos custos fixos dos parques de estacionamento, seja, ainda pela invocação expressa das recomendações da ANEPE como justificação para as actualizações de preços então propostas.

501. Se tais factos (e conclusões neles estribadas) permitem já concluir, para além de qualquer dúvida razoável, pela verificação de uma infracção às regras de defesa da concorrência, imputável à ANEPE enquanto Associação de empresas, deverão ser tidos ainda em conta os seguintes factos, demonstrados em prova documental constante dos autos:

- a) Que a ANEPE, através da sua Secretária-geral, solicitou aos associados operadores informações relativas ao cumprimento do disposto no Decreto-Lei n.º 81/2006 e ao estado das negociações das empresas com os Municípios (os principais concedentes), isto depois de a mesma ANEPE ter já comunicado aos associados qual a sua posição relativamente ao Decreto-Lei em causa e a recomendação de adaptação dos preços de acordo com um modelo de fixação de “preços de ingresso” e de aumento generalizado dos preços (cfr. fls. 2133, e §§ 395 e 396, *supra*);
- b) Que pelo menos uma empresa associada (a CPE) respondeu ao pedido de informações, comunicando não apenas o facto de ter implementado uma das opções sugeridas pela ANEPE (o aumento dos preços em 15%), como o facto – sem dúvida, relevante – de as concedentes, na sua generalidade, não terem questionado tais aumentos de preços (cfr. fls. 2133 e 10528, e § 397, *supra*);
- c) Que pelo menos três empresas associadas (a SPEL, a CPE e a Emparque), comunicaram aos concedentes a necessidade de proceder à alteração dos preços aplicáveis na sequência da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006 através de comunicações formais que, no caso da SPEL, reproduzem

materialmente o teor da comunicação da ANEPE de 9 de Maio de 2006, no caso da Emparque, utilizam o gráfico disponibilizado pela ANEPE com as várias alternativas de compensação dos prejuízos que seriam sofridos pela concessionária e que no caso da CPE (empresa que, repita-se, havia já invocado o “estudo” da ANEPE para justificar, internamente, o aumento dos preços propostos nos processos de renegociação dos preçários) chega a apresentar, com base no “estudo” da ANEPE, as várias alternativas de renegociação de preçários, que haviam sido explicadas na comunicação da associação de 2 de Maio de 2006 (cfr. §§ 405 a 422, *supra*).

502. O novo regime aprovado em 2006 pretendia reforçar os direitos dos consumidores, aprovando um regime legal específico para o sector que, entre outras matérias, previa uma norma relativa à determinação do preço a pagar pela utilização dos parques de estacionamento.
503. As condições de utilização dos parques e zonas de estacionamento, bem como as normas gerais de segurança eram, até 2006, regulados pelo Decreto Regulamentar n.º 2-B/2005, de 24 de Março. Nesse diploma nada se estabelece no que diz respeito ao preço a pagar pelos utentes dos parques de estacionamento, bem como em matéria de fraccionamento do tempo de estacionamento para efeitos de determinação daquele preço.
504. Tais matérias, mesmo anteriormente, nunca foram objecto de intervenção legislativa específica, sendo acordadas pelas partes nos contratos que titulam a exploração dos actuais parques de estacionamento, designadamente nos contratos de concessão de exploração e nos contratos de constituição de direito de superfície, celebrados entre os municípios e as empresas que exploram os parques de estacionamento.
505. Alega-se que tem sido prática uniforme as partes utilizarem como fracção de tempo para a determinação do preço, nos estacionamentos de curta duração (inferiores a 24 horas) a fracção correspondente a um período de uma hora.
506. Assim sendo, quaisquer alterações – legislativas, de circunstâncias ou outras legitimamente atendíveis – que tivessem impacto nos modelos financeiros que suportaram as concessões e adjudicações (ou a aceitação de contratos de prestação de

- serviços, conforme o modelo de gestão e exploração de parques de estacionamento em causa), podiam, ou não, merecer acolhimento, de acordo com os instrumentos contratuais que regulam as relações *inter partes* e nos termos gerais de Direito.
507. Sendo que tais impactos não são comuns a todos os parques de estacionamento, mas variam consoante o tipo de utilização mais comum em cada parque: como é referido por diversas empresas, o novo regime teria maior impacto negativo nos parques de estacionamento com utilização de muito curta duração (inferior a duas horas), diminuindo esse impacto à medida que o período de utilização é alargado (cfr., para este efeito, a resposta da Emparque à Câmara Municipal do Porto, quando esta concedente solicitou esclarecimentos e justificações adicionais à proposta de aumento de preços apresentada, a fls. 4874 e segs.).
508. E, note-se, não está aqui em causa saber se as empresas associadas podiam, ou não, unilateral e livremente fixar as tarifas nos parques de estacionamento, como bem entendessem – verifica-se dos autos que a generalidade dos contratos que vinculam as empresas associadas às entidades concedentes atribuem a estas o poder de aceitar as propostas de alterações de preços.
509. É certo que estas apenas o podiam fazer com a aceitação das entidades concedentes, mas o que se demonstra é que, por um lado, as empresas associadas utilizaram, de acordo com os elementos de factos transcritos *supra*, os argumentos apresentados pela ANEPE para alteração dos preços, como apenas apresentaram justificações detalhadas e individualizadas para os aumentos propostos quando a tal eram instadas pelas entidades concedentes.
510. Assim, e não obstante a própria ANEPE reconhecer que apenas poderia ter acesso às informações relativas ao funcionamento do mercado através das empresas associadas – o que decorre não apenas da confirmação por parte da Arguida, mas da própria descrição do quadro de pessoal da Associação e a sua falta de autonomia face às empresas associadas – e que, como tal, as empresas associadas teriam todas as capacidades técnicas e económicas para definirem, autonomamente, as condições que determinariam as mudanças de preços nos parques de estacionamento por si geridos,



verifica-se que foi a Associação que definiu uma reacção colectiva apta a reforçar o poder negocial de cada empresa junto das entidades concedentes.

511. Tal decorre directamente dos factos já dados como provados: as empresas associadas, ao comunicarem às entidades concedentes a necessidade não apenas de alterar os tarifários na sequência da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006, como de assegurar o equilíbrio financeiro da exploração dos parques de estacionamento (cfr. *supra*, os casos da SPEL, de § 405 a 406, da Emparque, de § 407 a 413, e da CPE, de § 414 a 422), fazem-no na sequência da definição de uma estratégia comum de reacção ao referido diploma, e garantindo que a generalidade das empresas associadas “operadores” utilizariam os mesmos argumentos e as mesmas justificações para as alterações de preçários propostas.
512. Tanto assim é que, por exemplo, no caso da CPE, esta empresa utilizou a mesma proposta de alteração para a maior parte dos parques de estacionamento por si explorados, recorrendo expressamente às recomendações da ANEPE para o efeito (cfr. *supra*, de § 414 a 422), e que apenas em casos pontuais as entidades concedentes solicitaram esclarecimentos adicionais às empresas concessionárias (cfr., por exemplo, pedido de esclarecimentos da Câmara Municipal do Porto a uma empresa concessionária do Grupo Emparque e resposta desta empresa, *supra*, § 410 e segs.).
513. O que se compreende, desde logo, pela acção de consciencialização da própria Arguida junto das entidades concedentes, mas também pelo facto de tais entidades concedentes serem confrontadas com várias propostas de alteração de preçários, por parte de diversas empresas concessionárias, apresentando os mesmos argumentos.
514. Quer isto dizer, portanto, que os comportamentos da Associação Arguida não só eram susceptíveis de, por via de “recomendações” ou “soluções preconizadas”, coordenar a política comercial das empresas associadas, como efectivamente logrou atingir tal desiderato, verificando-se nos autos, e conforme os elementos suficientemente demonstrados na presente Decisão, que as empresas associadas efectivamente apresentaram às entidades concedentes para justificar as alterações de preçários, as posições veiculadas pela ANEPE.



515. Assim não poderia a ANEPE implementar uma reacção colectiva, através da qual as empresas associadas vêem os seus poderes de negociação dos preçários com as entidades concedentes reforçados pela posição da Associação, partindo todas de um parâmetro comum de negociação: a impossibilidade de fraccionar o preço horário em quatro períodos de quinze minutos sem substancial perda de receita e a necessidade de aumentar os preços, designadamente pela introdução de um “*preço de ingresso*”.
516. Seria suficientemente conclusivo quanto a uma infracção às regras de defesa da concorrência se tal coordenação fosse acordada entre as empresas, definindo em comum as propostas que cada empresa apresentaria às respectivas entidades concedentes; não o é menos quando uma associação empresarial, legitimamente criada para a representação colectiva dos interesses dessas empresas, se substitui a elas na determinação da sua política comercial e de preços, que estas teriam, aliás, toda a capacidade para, individual e autonomamente, definir – pelo que o objectivo da Associação com esta conduta não poderia ser outro que não o de reforçar o poder negocial das empresas associadas, procurando garantir que todas utilizariam argumentos semelhantes junto das entidades concedentes para promover as alterações de preçários concertando, deste modo, as posições negociais das suas associadas na sua actuação no mercado, ainda que, dadas as características do mesmo, esta assumisse a natureza de uma renegociação com os concedentes.
517. De facto, não cabia à Associação, determinar quais as condições de gestão e exploração dos parques, aceites ou negociadas individualmente por cada empresa com os respectivos concedentes, designadamente, os preçários que serão aplicados em tais parques.
518. Tal implicaria que a Associação se substituísse às associadas na avaliação do eventual impacto dessa alteração legislativa nos modelos financeiros em que as mesmas terão fundado a respectiva decisão de contratar, dando orientações claras no sentido da sua renegociação, não pelo mero ajustamento do tarifário praticado ao novo enquadramento legislativo, mas sim numa clara orientação de subida de preços, por conta da “*inevitável*” quebra de receita e “*necessária*” repercussão de custos fixos, por si estimada e divulgada junto de todos os associados, permitindo-lhes assim apresentar propostas de renegociação de preços com ganhos substanciais –

veja-se, nesse sentido, a muito esclarecedora troca de mensagens de correio electrónico interna da CPE, *supra*, no § 418 da presente decisão.

519. Quanto à possibilidade de renegociação dos contratos em vigor, tanto públicos como privados, não poderia a Associação desconhecer essa possibilidade, não apenas pela aplicação das normas gerais de Direito, como por tal possibilidade decorrer dos próprios contratos de concessão e de exploração de parques, e ainda por lhe ter sido referido no memorando preparado pelo seu gabinete jurídico de apoio, que não deixou de juntar aos autos (a fls. 2093 a 2114).
520. Ora, não desconhecendo que os associados podiam rever os preços e condições da sua determinação, à luz dos contratos de concessão e de exploração dos parques de estacionamento, a associação, ao indicar que as alterações legislativas implicariam uma quebra de receita e constituíram mesmo um valor inferior aos custos fixos, por si estimados, para além de indicar a necessidade de aumento dos respectivos preços em prejuízo do consumidor, vem sinalizar junto dos seus associados – mas também junto dos principais concedentes (atente-se às comunicações da ANEPE junto da Câmara Municipal de Lisboa, da Câmara Municipal do Porto e da Associação Nacional de Municípios Portugueses) – a necessidade de, pela introdução das alterações aos tarifários decorrentes da entrada em vigor deste novo diploma legal, proceder ao aumento dos preços aplicados nos parques de estacionamento explorados pelas associadas.
521. Sendo certo que em tal memorando não deixou de se referir as consequências decorrentes para as próprias entidades concedentes no caso de não aceitarem as condições propostas pelas empresas concessionárias: a necessidade de compensarem tais empresas ou de renegociarem os contratos de concessão e a existência de uma posição por ela concertada, quanto às suas associadas, em torno de parâmetros comuns de negociação.
522. Como tal, a actuação e intenção da ANEPE resultam por isso claramente do teor das diversas comunicações remetidas pela Secretária-geral da associação às empresas associadas directamente afectadas pela entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006, entre 24 de Abril e 2 de Maio de 2006, bem como, da comunicação assinada pelo

Presidente da Direcção da Associação, de 9 de Maio de 2006, remetida ao Governo, à Associação Nacional de Municípios Portugueses e aos Associados, sendo ainda posteriormente divulgada no “Boletim” informativo da Associação, de Junho de 2006.

523. Tais são as conclusões da AdC quanto à matéria de facto constante dos autos, e sobre as quais se procederá, doravante, à respectiva qualificação jurídica.

III. O DIREITO

III.1. Da infracção cometida pela Associação Arguida

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

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

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa;*
- b) Fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;*
- c) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- d) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- e) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;*
- f) Recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços;*

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

525. Atentos os factos provados, a ANEPE incorreu numa infracção ao artigo 4.º da LdC, a saber, adoptou uma decisão de associação de empresas, que tem por objecto e como efeito, impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional.

526. A Arguida, na sua defesa escrita, tece longos comentários quanto à não identificação, expressamente, pela Nota de Ilicitude, de uma das alíneas do n.º 1 do artigo 4.º da Lei da Concorrência, considerando que, por essa via, se põe em perigo o cumprimento, pela AdC, do artigo 283.º, n.º 3 do CPP e do princípio da legalidade. (cfr., v.g., o § 317 da defesa escrita, a fls. 15779).

527. Já foi suficientemente apreciado nesta Decisão o rigoroso cumprimento pelo Serviço Instrutor de todos os deveres legalmente impostos à AdC neste domínio, estando integralmente satisfeitas todas as garantias e direitos de defesa da Arguida em matéria de processo contra-ordenacional.

528. Quanto ao restante, refira-se que a à Arguida não assiste, manifestamente, razão.

529. Como afirma o Tribunal da Relação de Lisboa, “*nos termos da indicada disposição legal «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 nos comportamentos enunciados nas diferentes alíneas desse preceito. Significa isto, em primeiro lugar, que os elementos dos diversos tipos de ilícito contra-ordenacional se encontram descritos no corpo desse número um e não nas suas alíneas. O que nelas se contém são meros exemplos de condutas típicas*” (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de Novembro de 2007, 3.ª secção, Processo n.º 7251/07).

III.1.1. Elementos do tipo

530. A proibição do artigo 4.º, n.º 1 da LdC abrange as decisões de associações de empresas.
531. Uma decisão de associação de empresas implica a verificação dos seguintes elementos: a existência de uma associação de empresas, a adopção, por essa associação, de um comportamento ou conduta subsumível à noção de “decisão de associação de empresas” (nos termos acabados de descrever), que essa conduta tenha um objectivo e/ou um efeito restritivo da concorrência e que essa restrição afecte sensivelmente a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional.
532. Nestes termos, são elementos integradores da proibição a existência de uma associação de empresas como agente da infracção, a definição do mercado relevante, uma conduta ou comportamento da associação com um objectivo ou efeito restritivo da concorrência e a afectação sensível da concorrência no todo ou em parte do mercado nacional.

III.1.2. Tipo objectivo

III.1.2.1. Conceito de “Empresa” e de “Associação de Empresas” para efeitos de aplicação do Direito da Concorrência

533. Diferentemente do que sucede a nível do Direito Europeu da Concorrência, a LdC contém uma definição do conceito de “empresa” para efeitos do Direito Nacional da Concorrência.
534. Nos termos do artigo 2.º:

“1 — 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.

2 — Considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si

laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no n.º 1 do artigo 10.º.

535. Esta noção legal de empresa funda-se na noção comunitária, de génese jurisprudencial, o que justifica um recurso interpretativo a tal jurisprudência, e tem reflexos na extensão do campo de aplicação dos artigos 4.º, 6.º e 7.º da LdC, afastando-se do conceito jurídico de empresa assente no aspecto organizacional que considera como empresa *“uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, ligados a um sujeito juridicamente autónomo e prosseguindo, de forma durável, um fim económico determinado”*²⁰.
536. Por actividade económica, neste sentido, entende-se a produção e a distribuição de bens e também a prestação de serviços.
537. Porém, para haver essa actividade económica não é necessário que a entidade que a pratica se mova por fins lucrativos.
538. Atenta a descrição do objecto estatutário da Associação Arguida, bem como o enquadramento da actividade económica dos seus associados, não se suscitam questões quanto à natureza empresarial das mesmas, sendo claro o enquadramento dos associados da Arguida como *empresas* para efeitos da aplicação da LdC e, em sequência, da Arguida como *associação de empresas*.
539. Refira-se, ainda, que a Arguida não contesta nenhum dos pontos anteriores.

III.1.2.2. O Mercado relevante

540. Como decorre da Comunicação da Comissão 97/C 372/03, o conceito de mercado relevante tem, uma dupla dimensão ou sentido: a dimensão material ou o mercado relevante do produto ou serviço, e a dimensão geográfica ou o mercado geográfico relevante.

²⁰ Este conceito “jurídico” de empresa foi ainda utilizado pelo TJ, que posteriormente o abandonou em prol de um conceito económico de empresa (cf. Acórdão do TJ, *Mannesman*, de 13 de Julho 1962, Proc. n.º 19/61).

541. Acresce que o objectivo de definição do mercado relevante é “*identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm que enfrentar*”²¹.
542. Na delimitação do mercado relevante de um produto ou serviço interessa analisar a substituíbilidade que é reconhecida tanto pelos utilizadores como pelos fornecedores, tendo em conta as características, preços e a utilização pretendida desse produto ou serviço.
543. É, assim, a forma como os utilizadores percebem a substituíbilidade entre diferentes produtos ou serviços que condiciona a decisão dos operadores do mercado, sendo os limites dessa substituíbilidade definidos pelas características intrínsecas entre diferentes produtos ou serviços que devem ser considerados na definição de mercado relevante de produto ou serviço. As empresas em causa dedicam-se total ou parcialmente, à construção, gestão e exploração de lugares de estacionamento, em parques de estacionamento construídos para o efeito, subterrâneos ou à superfície, em parques de estacionamento de apoio a outras actividades económicas e ainda em lugares de estacionamento na via pública.
544. Atendendo a que está em causa, no presente processo, a conduta de uma associação de empresas que prestam serviços, principal ou exclusivamente, de gestão de parques de estacionamento ou de lugares de estacionamento na via pública, entende-se que, e sem prejuízo de futuras delimitações que se venham a considerar adequadas neste sector, a prática descrita e o objecto da presente Decisão incide no mercado da prestação de serviços de gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos.
545. No que se refere à procura, esta consiste nas entidades, públicas ou privadas, que recorrem aos serviços das empresas gestoras de parques de estacionamento para disponibilizar lugares de estacionamento, em instalações construídas ou adaptadas para o efeito, ou na via pública.

²¹ Comunicação da Comissão 97/C 372/03, JO, n.º C 372 de 09/12/1997, par. 2.

546. Deverá ser tido em conta que no funcionamento deste mercado, a iniciativa de construção ou disponibilização de parques de estacionamento depende, nos casos em que não estejam em causa edifícios ou locais privados, de concessões municipais; nestes casos, interessará não apenas o acesso ao concurso promovido para a atribuição da concessão, como também as condições de manutenção da referida concessão: por exemplo, relativamente às tarifas de estacionamento a praticar, o próprio concurso aquando do lançamento, estabelece em regra os limites máximos para as tarifas a praticar, e anualmente o município aprova as alterações de preços apresentadas pela empresa detentora da concessão.
547. A Comissão Europeia sublinhou que, na sua decisão *Eurazeo/APCOA*²², a procura para os serviços de gestão e exploração de parques de estacionamento, tanto pode ser constituída por entidades privadas (proprietárias de espaços comerciais como “centros comerciais”, edifícios de escritórios ou mistos, que dispõem de espaços próprios para estacionamento público), como entidades públicas (câmaras municipais, entidades concessionárias de domínio público ou análogo) que pretendem disponibilizar lugares de estacionamento na via pública, ou em instalações adaptadas ou construídas para o efeito (em parques subterrâneos ou à superfície).
548. Refira-se, ainda, que os modelos de gestão e exploração dos parques de estacionamento são muito variáveis, podendo tratar-se de meras prestações de serviços (em especial, quando a entidade proprietária do espaço destinado a lugares de estacionamento é uma entidade privada) ou concessões, envolvendo apenas a exploração do parque de estacionamento, ou a sua construção e exploração.
549. Nestes casos, os contratos são normalmente de muito longa duração (20 ou 30 anos, por exemplo), atribuídos por procedimentos concursais promovidos pelas entidades públicas concedentes, que continuam a exercer poderes de controlo e acompanhamento da actividade das concessionárias, em especial no que respeita aos preços cobrados pelos concessionários aos utilizadores, normalmente sujeitos a critérios de determinação e de actualização previstos nos próprios contratos.

²² Cfr. Decisão da Comissão Europeia no processo COMP/M.4613 *Eurazeo, S.A./APCOA Parking Holdings GmbH*, de 20 de Abril de 2007.

550. Nos estacionamento dentro do perímetro urbano, verifica-se ainda que a sua construção ou instalação (no caso de estacionamento na via pública) depende de autorização camarária, seja para a construção dos parques de estacionamento ou para a instalação de “parquímetros” (quando não construídos e explorados directamente pelas autarquias em causa, ou por entidades por si controladas).
551. A disponibilização de lugares de estacionamento é um serviço financiado essencialmente pelos preços cobrados aos utilizadores dos referidos lugares.
552. A oferta no mercado relevante corresponde à actividade desenvolvida pelas empresas que prestam serviços de construção, gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento em locais públicos.
553. A ANEPE representa os interesses de empresas que gerem tais parques e zonas de estacionamento (identificadas pela associação como “operadores”), bem como de outras empresas que comercializam ou representam os equipamentos necessários à gestão e exploração desses parques e zonas de estacionamento (barreiras de entrada, equipamentos automáticos de cobrança e pagamento, parquímetros, entre outros), identificadas como “instaladores”, ou seja, é uma associação representativa dos interesses de empresas que se encontram em concorrência directa entre si (dentro de cada uma daquelas categorias), e que se posicionam do lado da oferta no mercado relevante.
554. Não existem dados estatísticos oficiais quanto ao número de empresas em Portugal que operam neste mercado nem do número de lugares de estacionamento em locais públicos existentes à data dos factos.
555. Não obstante, a investigação da AdC permite concluir, pelo cruzamento das respostas das diversas empresas e da própria ANEPE, e sem que a Arguida o conteste, que esta Associação representa as maiores empresas a operar no sector, o que se verifica desde logo pelo número total de lugares de estacionamento geridos pelas associadas em 2006 (cerca de 130.000), como pela dispersão geográfica dos parques e zonas de estacionamento em causa (abrangendo todo país – Portugal continental e regiões autónomas), com especial incidência nas principais regiões urbanas.



556. A única excepção relevante será a empresa Bragaparkes – Estacionamentos, S.A., que em 2006 geria um total de 22 parques e zonas de estacionamento, representando 10.150 lugares, nos distritos de Braga, Porto, Coimbra, Castelo Branco, Santarém, Lisboa e Setúbal, e que não é associada da ANEPE (a fls. 13960 e segs.).
557. Nestes termos, verifica-se estarmos perante um mercado de tipo oligopolista, em que um número reduzido de empresas – 13 associadas da ANEPE, das quais 7 pertencem ao universo empresarial do Grupo Emparque (cfr. *supra*, § 285) concorre, a nível nacional, pela atribuição das concessões.
558. A estrutura deste mercado é, ainda, essencial para se compreender o objecto e o efeito da infracção imputada à ANEPE, em especial porque a mesma incide directamente, não no acesso à concessão da exploração de parques de estacionamento, mas sim nas condições da sua manutenção, em especial, nas condições de alteração de preçários na vigência da concessão.
559. A dimensão geográfica deste mercado deve “[...] *compreende[r] a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogéneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas*”, correspondendo, assim, à área geográfica abarcada pela procura e pela oferta no mercado relevante do produto, que, por sua vez, “[...] *compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida*”²³.
560. Note-se, ademais, que a citada Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito europeu da concorrência manda atender a elementos concretos para efeitos de definição da dimensão geográfica do mercado relevante, entre os quais, e com especial relevância, se contam as respectivas estruturas da oferta e da procura.

²³ *Vd.* Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, J.O. C 372, de 9.12.1997, p. 5, § 7 e 8.

561. No caso concreto, não se verifica a necessidade de determinar um mercado geográfico distinto do mercado nacional: está em causa um serviço homogéneo (a construção e/ou exploração de um ou mais parques e zonas de estacionamento), normalmente dependente (no caso de entidades concedentes públicas) de procedimentos concursais de escolha do concessionário que obedecem às mesmas regras e aos quais podem submeter propostas quaisquer empresas que preencham os requisitos mínimos de submissão, não se verificando condições diferentes de concorrência na oferta e procura de serviços de gestão de parques de estacionamento que justifique uma definição mais restritiva da dimensão geográfica do mercado relevante, para efeitos do presente processo.
562. Por outro lado, ainda que não se conteste a existência de um mercado geográfico mais amplo, ou mais restrito, que o mercado nacional, tal será irrelevante para a conclusão e decisão do presente processo; independentemente da determinação concreta de tal mercado geográfico, a Autoridade da Concorrência concluiu pela verificação de comportamentos restritivos da concorrência imputáveis à Associação Arguida que abrangem todo o mercado nacional.
563. Finalmente, não poderá deixar de se sublinhar que a definição de mercados relevantes, muito embora importante na determinação dos efeitos concorrenciais dos comportamentos das empresas envolvidas e, em particular, nas operações de controlo de concentrações, não é necessário ou indispensável em processos de práticas restritivas da concorrência, em especial perante acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas com objectivo restritivo da concorrência, nomeadamente através da fixação, directa ou indirecta, de preços ou de outras condições que permitam a sua determinação.
564. Tal é, sublinhe-se, a jurisprudência constante dos tribunais comunitários, ao confirmarem a desnecessidade de se determinar ou apurar o mercado relevante quando os acordos ou práticas restritivas da concorrência em causa são susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros e tenham como objecto a restrição da concorrência no mercado comum; outrossim, é o objecto dos próprios



comportamentos das empresas envolvidas num acordo que determina tanto o mercado do produto/serviço e o mercado geográfico afectado pelos mesmos²⁴:

“Quanto, em primeiro lugar, à crítica relativa à falta de definição prévia do mercado relevante pela Comissão, há que reconhecer que a Comissão não tinha, neste caso, nenhuma obrigação de operar uma delimitação do mercado em causa. Com efeito, resulta da jurisprudência que, no quadro da aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, é com vista a determinar se um acordo é susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros e tem por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no interior do mercado comum que é necessário definir o mercado em causa (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Fevereiro de 1995, SPO e o./Comissão, T-29/92, Colect., p. II-289, n.º 74; Cimento, n.º 31 supra, n.º 1093, e de 6 de Julho de 2000, Volkswagen/Comissão, T-62/98, Colect., p. II-2707, n.º 230). Por consequência, a obrigação de operar uma delimitação do mercado em causa numa decisão adoptada em aplicação do artigo 81.º, n.º 1 CE, impõe-se à Comissão unicamente quando, sem tal delimitação, não seja possível determinar se o acordo, a decisão de associação de empresas ou a prática concertada em causa é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros e tem por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado comum (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Setembro de 1998, European Night Services e o./Comissão, T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, Colect., p. II-3141, n. os 93 a 95 e 105, e Volkswagen/Comissão, já referido, n.º 230). Ora, a recorrente não contesta que os acordos ou as práticas concertadas em causa eram susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e tinham por objectivo restringir e falsear o jogo da concorrência no interior do mercado comum. Em consequência, não exigindo a aplicação feita pela Comissão do artigo 81.º CE, neste caso, uma definição prévia do mercado pertinente, não pode ser identificada qualquer violação da obrigação de fundamentação quanto a este ponto”.

565. Antes de se concluir quanto à definição do mercado relevante para efeitos da presente Decisão, tenha-se em conta que a Arguida, do § 464 ao § 534 da sua defesa

²⁴ Vd. Acórdãos do TPI, *Groupe Danone c. Comissão*, T-38/02, Col. II-4407 (2005), e *Brouwerij Haacht NV c. Comissão*, T-48/02, Col. II-5259 (2005).

escrita, a fls. 15811, vem alegar que a AdC terá definido incorrectamente o mercado relevante, considerando que, a admitir-se como mercado relevante o da prestação de serviços de gestão e exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos, *“facilmente se concluirá que a suposta conduta da ANEPE, tal como descrita na NI, não tem qualquer possibilidade de influenciar a concorrência, muito menos de a distorcer e ainda menos de afectar a ‘estrutura concorrencial do mercado’”* (cfr. § 471 da defesa escrita, a fls. 15812).

566. Esta conclusão assenta nos seguintes argumentos avançados pela Arguida:

1. *“a concorrência no referido mercado, tendo por um lado as entidades e por outro lado as entidades gestoras, reconduz-se ao processo concursal, público ou privado, que culmina na concessão da exploração do parque de estacionamento e esgota-se nesse processo. A circunstância de todas as associadas da ANEPE proporem uma subida dos tarifários aplicáveis a cada parque não tem qualquer impacto na concorrência nesse mercado”* (cfr. §§ 472 e 473 da defesa escrita, a fls. 15812 e 15813);
2. *“não poderá deixar de se entender que o suposto impacto da conduta se produziria essencialmente no ‘mercado de retalho’: por um lado, a alegada redução da incerteza ocorreria quanto ao comportamento futuro na fixação das tarifas a pagar pelos consumidores e, por outro lado, o aumento dos preços seria integralmente suportado pelos consumidores e não pelas entidades concedentes”* (cfr. § 519 da defesa escrita, a fls. 15822);
3. *“Como é evidente, a principal preocupação da ANEPE foi a do impacto da alteração legislativa operada com a entrada em vigor do Decreto-Lei 81/2006 sobre as concessões em exploração, cujos estudos de viabilidade não haviam sido elaborados no pressuposto de uma tarifação fraccionada em 15 minutos. Ora, nas concessões existentes, neste momento, por definição, já não existe concorrência ao nível da relação concedente/concessionário, visto que a empresa prestadora desse serviço já foi escolhida na sequência de um processo concorrencial”* (cfr. §§ 526 e 527 da defesa escrita, a fls. 15823);



4. *“Em rigor, a análise até aqui expendida seria suficiente para demonstrar cabalmente que a perspectiva adoptada pela AdC nesta NI não pode proceder, na medida em que ficou por provar em que medida a conduta alegadamente restritiva da concorrência praticada pela ANEPE teria aptidão para restringir a concorrência no mercado da participação em concursos públicos para a construção e/ou gestão e exploração dos parques de estacionamento, que é a única dimensão do mercado que a AdC considera relevante”* (cfr. § 532 da defesa escrita, a fls. 15824).

567. Tais argumentos merecem da AdC os seguintes comentários:

1. Em primeiro lugar, não se compreende a conclusão da Arguida no § 532 da sua defesa escrita, a fls. 15824. Em momento algum da Nota de Ilicitude se refere que o mercado relevante em causa é o da *“participação em concursos públicos para a construção e/ou gestão e exploração dos parques de estacionamento”*;
2. Em segundo lugar, a Arguida pretende que a concorrência, no mercado relevante definido pela AdC, esgota-se no *acesso ao mercado*, ou seja, no acesso aos procedimentos concursais promovidos por entidades públicas ou privadas para a construção, exploração e gestão de parques de estacionamento; tal poderia até ser verdade, não fora o facto de o mercado em causa, como a própria Arguida – e bem – o reconhece, estar sujeito a regras de concorrência não apenas *no acesso* como *na permanência*; quer isto dizer que as empresas concessionárias de parques de estacionamento (os associados “operadores” da ANEPE), na vigência dos respectivos contratos de concessão, não deixam de estar sujeitos a regras de concorrência, quanto mais não seja porque as condições de funcionamento dos respectivos contratos a tanto obrigam, em especial no que respeita ao factor concorrencial que aqui importa discutir, os preços;
3. Ora, e isto leva-nos à terceira consideração quanto às alegações da Arguida, a própria ANEPE reconhece que a fixação dos preços de acesso e permanência nos parques de estacionamento, por um lado são determinados e revistos por acordo entre as concessionárias e as entidades concedentes, e



por outro lado têm em conta condicionalismos concorrenciais que não se coadunam com a pretensa redução da análise concorrencial às condições de acesso ao mercado: a *“reduzida procura”* (cfr. § 539 da defesa escrita, a fls. 15826); a *“existência de edifícios ou empreendimentos nas proximidades do parque que funcionam como ‘âncora’ da exploração”* (cfr. § 543 da defesa escrita, a fls. 15827); e, em particular, *“a capacidade do parque e dos seus concorrentes”*, sendo que *“um operador poderá considerar razoável aumentar os preços caso os parques de estacionamento concorrentes não constituam uma alternativa real por estarem superlotados”* (cfr. §§ 555 e 556 da defesa escrita, a fls. 15829), e que *“esta parece ser a razão que leva os concedentes a controlar os preços dos parques de estacionamento e as respectivas actualizações fazendo-as depender da sua autorização”* (cfr. § 557 da defesa escrita, a fls. 15829), ou que *“o impacto de ofertas de lugares de estacionamento concorrentes na mesma área é identificado pelas empresas que gerem e exploram parques e zonas de estacionamento com um condicionalismo concorrencial de enorme relevo* (cfr. § 562 da defesa escrita, a fls. 15830), são, todos, factores que as empresas gestoras de parques de estacionamento têm em consideração quando propõem às entidades concedentes alterações dos preçários aplicáveis;

4. Em quarto lugar, e tendo em conta o que se refere *supra*, em especial o reconhecimento pela Arguida do funcionamento concorrencial do mercado, não apenas no acesso ao mercado, como – e neste caso, principalmente – na permanência dos operadores no mesmo, a Arguida pretende confundir os condicionamentos concorrenciais que se verificam num mercado com os *“impactos”* que se possam verificar noutros mercados com ele directa ou indirectamente relacionados.

Sublinhe-se que a Arguida emprega no § 519 da sua defesa escrita, a fls. 15822, a expressão *“impacto”*, ao referir que *“não poderá deixar de se entender que o suposto impacto da conduta se produziria essencialmente no ‘mercado de restalho’”*, e não a expressão *“efeitos”*; aqui, a Arguida não pode deixar de reconhecer a natureza falaciosa dos seus argumentos quanto



à suposta incorrecção da definição do mercado relevante proposta pela AdC, já que não poderá querer confundir um “*impacto*”, com maior ou menor relevância económica, enquanto reflexo de uma conduta empresarial adoptada num mercado noutro mercado com este relacionado, a montante ou a jusante, com o “*efeito*” dessa prática, enquanto consequência juridicamente tipificada de uma prática restritiva da concorrência, v.g., de uma decisão de associação de empresas, nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003: neste caso, sendo certo que são os consumidores quem paga o preço de acesso aos parques de estacionamento, e portanto, são estes que sentem o “*impacto*” da conduta da ANEPE; o “*efeito*” ou o “*objectivo*” restritivo da concorrência verificar-se-á no relacionamento entre as empresas “operadores” e as entidades concedentes, uma vez que é a este nível que se determinam, entre outras condições, os preços de acesso, tendo em conta, como referido, factores concorrenciais, mormente, os preços praticados nos parques de estacionamento concorrentes.

5. Sendo certo que o próprio Decreto-Lei n.º 81/2006 impunha, no seu artigo 2.º, n.º 3 que “*quando a entidade titular, exploradora ou gestora do parque de estacionamento seja diferente da câmara municipal, as condições de utilização e o modo de determinação do preço devido pelo estacionamento são aprovados pelos órgãos municipais competentes a requerimento daquela entidade*” (cfr. *supra*, § 335).

568. Nestes termos, e tendo em conta o que já se referiu no que respeita à motivação da AdC respeitante à matéria de facto objecto dos presentes autos, verifica-se que a Arguida ANEPE promoveu, implementou e procurou garantir o cumprimento de uma reacção colectiva das empresas associadas às alterações legislativas decorrentes do Decreto-Lei n.º 81/2006, tendo em conta a estrutura do mercado em que as mesmas empresas operam, ou seja:

- A) Trata-se de um mercado em que o número de empresas que operam a nível nacional é muito reduzido;
- B) A alteração legislativa implicaria a alteração dos preçários aplicáveis na generalidade dos parques de estacionamento, uma vez que os preços eram



fixados por períodos horários, passando a ser fixados por períodos de 15 minutos;

- C) Nos termos do referido Decreto-Lei n.º 81/2006, teriam de ser as entidades concedentes municipais, quando tal decorresse já do respectivo contrato de concessão, a autorizar a alteração dos preços, por proposta das empresas concessionárias;
- D) As empresas concessionárias, na definição dos preços ou na sua alteração têm necessariamente em conta as condições de preços vigentes noutros parques de estacionamento, geridos por si ou por empresas concorrentes, ou seja, a definição dos preços nos parques de estacionamento têm sempre uma relação com os parâmetros de comportamento dos concorrentes;
- E) As entidades concedentes têm, também, interesse em assegurar o equilíbrio financeiro da exploração dos parques de estacionamento concessionados, de forma a garantir que não venham a ser chamadas a compensar as empresas concessionárias; o processo de alteração de preços negociados com as entidades concedentes visará, assim, garantir que as entidades concedentes não possam ser responsabilizadas, por via contratual ou outra, por eventuais quebras de receita das empresas concessionárias;
- F) Como tal, resulta evidente que a ANEPE, ao definir e coordenar a reacção das empresas associadas à alteração dos preços imposta pelo Decreto-Lei n.º 81/2006, necessariamente acordada pelas entidades concedentes, estava essencialmente a definir qual o parâmetro de comparação que as empresas associadas poderiam utilizar para negociar as alterações de preços com as entidades concedentes, que assim seriam confrontadas. Se, em condições normais de funcionamento do mercado, tal parâmetro deveria ser definido por cada empresa, com a intervenção da Associação Arguida, passou a ser definido colectivamente.

569. Como tal, não se consideram procedentes os argumentos da Arguida quanto à definição do mercado relevante objecto da presente Decisão.



III.1.3. Tipo subjectivo

III.1.3.1. Ilicitude

III.1.3.1.1. As Decisões de Associações de Empresas – Considerações Gerais

570. Conforme resulta do teor do n.º 1 do artigo 4.º da LdC, uma das formas que a prática proibida prevista nos mesmos poderá revestir é a de "decisão de associações de empresas".

571. Com efeito, o n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º LdC proíbe 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 território nacional, fornecendo uma lista meramente exemplificativa das situações abrangidas por tais proibições.

572. Sendo o artigo 4.º da LdC, a exemplo do sucedido com o artigo 2.º do revogado Decreto-Lei n.º 371/93, fortemente inspirado no actual artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a jurisprudência europeia não pode deixar de constituir um elemento auxiliar para a interpretação destas normas nacionais.

573. Nesse sentido, jurisprudência comunitária, assente e sempre reiterada, é a de que:

"64. Embora o artigo [101.º] faça a distinção entre 'prática concertada' e 'acordos entre empresas' ou 'decisões de associações de empresas', é com a preocupação de apreender, nas proibições deste artigo, uma forma de coordenação entre empresas que, sem se ter desenvolvido até à celebração de uma convenção propriamente dita, substitui conscientemente uma cooperação prática entre elas aos riscos da concorrência.

65. Pela sua própria natureza, a prática concertada não reúne assim todos os elementos de um acordo, podendo todavia resultar, nomeadamente, de uma coordenação que se manifesta pelo comportamento dos participantes.

66. Embora um paralelismo de comportamento não possa, por si só, identificar uma prática concertada, é contudo susceptível de constituir um indício sério da mesma



quando alcança condições de concorrência que não correspondem às condições normais do mercado, tendo em consideração a natureza dos produtos, a importância e o número de empresas e o volume do referido mercado.

67. *Tal é nomeadamente o caso quando o comportamento paralelo é susceptível de permitir aos interessados a procura de um equilíbrio dos preços a um nível diferente daquele que teria resultado da concorrência, e ainda a cristalização de situações adquiridas em detrimento da efectiva liberdade de circulação dos produtos no mercado comum e da livre escolha pelos consumidores dos seus fornecedores.*

68. *A questão de saber se existe concertação neste caso apenas pode, por conseguinte, ser apreciada correctamente se os indícios invocados pela decisão impugnada forem considerados não isoladamente, mas no seu conjunto, tendo em conta as características do mercado dos produtos em causa”²⁵.*

574. O conceito de “associação de empresas” para efeitos de aplicação dos princípios jus-concorrenciais, poderá concretizar-se como um agrupamento de pessoas singulares ou colectivas, sociedades ou organismos, o qual toma decisões colectivas no quadro de tal agrupamento, visando a produção de efeitos nesse quadro e representando, normalmente, os interesses de determinadas categorias de agentes económicos.

575. São, em regra, elementos identificativos e caracterizadores de “associações de empresas”:

- a) A constituição livre e consciente;
- b) A igualdade dos membros, e
- c) A autonomia dos associados.

576. Não se afigura necessário para a caracterização de uma associação como constituindo uma “associação de empresas” na acepção a que ora nos referimos, que esta desenvolva qualquer actividade comercial ou económica, para tal bastando que as suas associadas possam caracterizar-se como empresas nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 2.º da LdC.

²⁵ Vd. Acórdão do TJ, *Imperial Chemical Industries (ICI) vs. Comissão*, de 14 de Julho de 1972, no Proc. n.º 48/69.

577. De facto, haverá que proceder a uma interpretação bastante lata da noção de *associação*, tal como constante do tipo previsto no n.º 1 do artigo 4.º da LdC, como aliás resulta da jurisprudência e práticas europeias que sobre a mesma noção se têm debruçado, conforme prevista no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE: estarão em causa associações *strictu sensu*, cooperativas (quando não possam ser, elas próprias, qualificadas como *empresas*, no sentido amplo que lhe é atribuído pelo Direito da Concorrência), ordens profissionais ou corporativas, associações de pessoas singulares ou colectivas sem personalidade jurídica, associações sem fins lucrativos, associações de associações, entre outras.
578. Ou seja, para efeitos de aplicação do Direito da Concorrência, a própria formalização jurídica ou constituição da associação enquanto jurídica pessoa colectiva é irrelevante, assim como será irrelevante a forma como esta entidade entende projectar externamente actos que representem uma vontade colectiva.
579. O que é relevante, no que respeita à teleologia da norma constante do n.º 1 do artigo 4.º da LdC, bem como, do artigo 101.º do TFUE, é que não se admita que através de uma qualquer forma de cooperação empresarial, também sob a forma de uma associação de empresas – que pode ter finalidades legítimas, como a concertação social, normalização técnica ou a representação de interesses colectivos –, permita ou potencie a coordenação ou o condicionamento, efectivo ou potencial, do comportamento comercial das empresas associadas.
580. Tal estatuição vem, como não pode deixar de se sublinhar, reforçar a própria proibição dos comportamentos colusivos entre empresas (acordos e práticas concertadas), incluindo nela eventuais situações que, por via da interposição de uma entidade com personalidade jurídica distinta das empresas, obviassem à interdição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência.
581. Por sua vez, as “decisões de associações de empresas”, na acepção dos identificados diplomas legais, poderão definir-se, entre outros, como actos de vontade colectiva emanados do órgão legal ou estatutariamente competente da respectiva associação, embora não necessariamente, uma vez que se deverá privilegiar, também neste domínio, uma interpretação com base na finalidade da proibição, bastando que se verifique uma exteriorização que reflecta, com precisão mediana e inteligível para os

seus destinatários, o desejo ou a vontade dessa associação coordenar o comportamento dos seus membros.

- 582.** Do mesmo modo, uma recomendação emanada de uma associação de empresas tem vindo a ser reconduzida ao conceito de “decisão de associação de empresas”, sendo que tal caracterização não resulta afectada pelo facto de a recomendação em causa não se revestir de carácter obrigatório ou vinculativo face aos associados.
- 583.** Na verdade, para que estejamos perante uma “decisão de associação de empresas” abrangida pela previsão do n.º 1 do artigo 4.º da LdC, não se afigura necessário que a mesma apresente efeitos jurídicos obrigatórios ou vinculativos: a decisão existe, para efeitos da aplicação do regime jus-concorrencial, quer os respectivos associados a cumpram ou não²⁶, e independentemente da forma que possa tal decisão revestir.
- 584.** Assim, *“ainda que o seu texto a qualifique de “não obrigatória”, nem por isso a recomendação deixaria de revestir a natureza de “decisão” de uma associação de empresas. Basta, para o efeito, que a recomendação seja conforme aos estatutos e que tenha sido levada ao conhecimento dos seus membros, com observância das regras exigidas, enquanto expressão da vontade da associação de empresas.”*²⁷.
- 585.** Tanto a nível nacional como a nível comunitário, as “decisões de associações de empresas” são abrangidas, de forma idêntica aos acordos e práticas concertadas, pelas normas e princípios jus-concorreciais: *“A actuação das associações empresariais tem contudo limites que decorrem da legislação que enquadra a sua actividade, e na qual se deve incluir o direito da concorrência. Nesta perspectiva, nem os estatutos das associações empresariais, nem as suas iniciativas, devem instituir ou potenciar limitações ou constrangimentos à livre determinação das opções dos associados relacionadas com a actividade económica que exercem. Tão-pouco podem as associações ser o instrumento de uma concertação condenável à luz do ordenamento jusconcorrecial.”*²⁸.

²⁶ Vd. Acórdão do TJ, de 8 de Novembro de 1983, IAZ Vd. Comissão, Processo 96/82 e Decisão da Comissão 96/438/CE FENEX.

²⁷ Vd. Acórdão do TJ, de 27 de Janeiro de 1987, Verband der Sachversicherer Vd. Comissão, Processo 45/85, considerando 26.

²⁸ Vd. Conselho da Concorrência, Relatório de Actividades, 1992, Ed. Ministério do Comércio e Turismo, pág. 15 e 16.

586. Como tal, estas recomendações podem verificar-se através dos mais variados meios: circulares, boletins informativos, cartas, mensagens de correio electrónico, declarações a órgãos de comunicação social por directores ou representantes das associações; e podem, em igual medida, apresentar os mais variados teores, mais ou menos explícitos quanto ao seu objecto e teor: podem limitar-se a fazer eco dos aumentos de preços praticados por outras empresas ou sectores, tornando-os credíveis e justificando os aumentos que hajam de verificar-se no sector onde as empresas associadas operam, podem referir a necessidade de repercutir a jusante os custos sentidos pelas associadas a montante, com reflexos nos preços praticados.
587. Ou seja, o facto de se recorrer a meios mais ou menos explícitos de recomendação ou sugestão de uma determinada conduta não evita o carácter restritivo da conduta da associação, se o teor for transmitido de modo adequado a coordenar o comportamento comercial (ou, se preferirmos, o comportamento no mercado) das empresas associadas.
588. Assim, a aceção de decisão de associação de empresas constante do artigo 4.º, n.º 1 da LdC abrange necessariamente todo e qualquer comportamento que traduza uma orientação emitida por uma associação, seja qual for a forma externa que possa concretamente revestir, desde que tenha a susceptibilidade de exercer uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no mercado em causa.
589. Desde logo, como aliás resulta da definição jurisprudencial e doutrinária das restantes práticas colusivas, as questões de forma e competência não assumem relevância fundamental face ao seu conteúdo substancial: assim, independentemente da competência para a adopção de determinada medida, e a forma que a mesma possa assumir, o que interessa é a existência da exteriorização de uma vontade imputável objectivamente à associação, da qual resulta uma intenção ou objectivo de coordenar (ou determinar), os comportamentos comerciais dos seus membros, e que essa exteriorização seja adequada a tais fins, igualmente em termos objectivos e de potencialidade causal.
590. Se tal exteriorização passa por um órgão ou por um titular de um órgão associativo que, independentemente do enquadramento estatutário por que se reja a associação, se represente exteriormente como vinculando a mesma Associação (assinando

documentos em nome da associação ou assumindo-se como representante da mesma), em termos tais que, de forma suficientemente clara e inequívoca para os seus destinatários, tal representação constitua uma expressão de vontade colectiva organizada pela própria associação, então, para efeitos de imputação da infracção à associação, verificar-se-á talnexo.

591. É o caso, *verbi gratia*, dos “Secretários-gerais”, cargos eventualmente previstos nos próprios estatutos da Associação (como no caso da ANEPE) e que, pela sua permanência e participação activa quotidiana na actuação da associação, são reconhecidos como seus representantes, ainda que formalmente os seus poderes de representação sejam limitados.
592. O contrário seria admitir que tais decisões de associações, que camuflassem acordos entre empresas ou outras práticas colusivas – e é essa a *ratio legis* do tipo contra-ordenacional em causa – exteriorizadas de forma a justificar uma adesão às mesmas por parte dos associados, fossem desconsideradas como infracções jus-concorrenciais tão-somente pelo facto de não serem ratificadas ou aprovadas pelos órgãos estatutariamente competentes.
593. Em especial quando no seguimento de tais decisões se verifica uma adesão substancial das empresas associadas a tais instruções, penhor da *presunção de vinculação* de que tais exteriorizações de vontade colectiva beneficiam, e isto sem prejuízo do objecto anti-concorrencial que tais decisões possam ter *per se*.
594. Nestes termos, deve-se entender que constante da proibição do artigo 4.º LdC e do artigo 101.º do TFUE está a preocupação fundamental em garantir, para o funcionamento do livre jogo concorrencial, o princípio da autonomia comercial dos operadores do mercado enquanto elemento estruturante do processo concorrencial salvaguardado pelas regras nacionais e europeias de defesa da concorrência. Como recentemente reafirmado pelo Tribunal de Justiça²⁹:

“Importa recordar que os critérios de coordenação e de cooperação constitutivos de uma prática concertada devem ser interpretados à luz da concepção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, segundo a qual qualquer operador

²⁹ Vd. Acórdão do TJ, de 4 de Junho de 2009, *T-Mobile*, no proc. C-8/08.

económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum”

E que:

“se é exacto que esta exigência de autonomia não exclui o direito dos operadores económicos de se adaptarem inteligentemente à actuação conhecida ou prevista dos seus concorrentes, opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos directos ou indirectos entre tais operadores, que possa quer influenciar a actuação no mercado de um concorrente actual ou potencial, quer permitir a esse concorrente descobrir a actuação que o outro ou os outros operadores decidiram adoptar ou planeiam adoptar nesse mercado, quando esse contactos tenham por objectivo ou efeito originar condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa...” (§§ 32 e 33).

595. Neste sentido, também o Tribunal do Comércio de Lisboa sublinha a necessidade de garantir a autonomia comercial dos operadores do mercado, por um lado, e a rigorosa proibição de condutas, por parte das associações de empresas, que directa ou indirectamente, a ponham em causa.

Como referido pelo Tribunal, na Sentença de 25 de Junho de 2010 no processo promovido pela AdC contra a AIPL – Associação dos Industriais da Panificação de Lisboa³⁰:

“O que é relevante, no que respeita à teleologia da norma constante do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, bem como, do artigo 81.º CE, é que não se admita que através de uma qualquer forma de cooperação empresarial, também sob a forma de uma associação de empresas – que pode ter finalidades legítimas, como a concertação social, normalização técnica ou a representação de interesses colectivos – permita ou potencie a coordenação ou o condicionamento, efectivo ou potencial, do comportamento comercial das empresas associadas.

Tal estatuição vem, como não pode deixar de se sublinhar, reforçar a própria proibição dos comportamentos colusivos entre empresas (acordos e práticas concertadas), incluindo nela eventuais situações que, por via da interposição de uma

³⁰ Tribunal do Comércio de Lisboa (4.º Juízo), no Proc. n.º 178/09.8TYLSB.

entidade com personalidade jurídica distinta das empresas, obviassem à interdição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência.” (pág. 32. Sublinhados no original).

596. Quanto ao que se entenda por “decisão de associação de empresas”, o Tribunal do Comércio, na citada Sentença AIPL, referiu ainda que:

“Por sua vez, as ‘decisões de associações de empresas’, na acepção dos identificados diplomas legais, poderão definir-se, entre outros, como actos de vontade colectiva emanados do órgão legal ou estatutariamente competente da respectiva associação, embora não necessariamente, uma vez que se deverá privilegiar, também neste domínio, uma interpretação com base na finalidade da proibição, bastando que se verifique uma exteriorização que reflecta, com precisão mediana e inteligível para os seus destinatários, o desejo ou a vontade dessa associação coordenar o comportamento dos seus membros.

(...)

Assim, a acepção de decisão de associação de empresas constante do artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003 abrange necessariamente todo e qualquer comportamento que traduza uma orientação emitida por uma associação, seja qual for a forma externa que possa concretamente revestir, desde que tenha a susceptibilidade de exercer uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no mercado em causa.” (págs. 32 e 33. Sublinhados no original).

III.1.3.2. O comportamento da ANEPE enquanto Decisão de Associação de Empresas

597. Do que se expôs já, em especial na matéria de facto e nas conclusões relativas à matéria de facto, conclui-se que estamos perante um conjunto de recomendações de uma associação empresarial, com o objectivo de determinar a política de preços das empresas associadas, no sentido de apresentar um conjunto de “*soluções preconizadas*” quanto aos preços que as empresas associadas deveriam aplicar nos parques de estacionamento por si geridos ou explorados, como forma de adaptação ao Decreto-Lei n.º 81/2006.

598. A Arguida não demonstrou, em momento algum, que a aplicação do Decreto-Lei n.º 81/2006 implicaria, necessariamente e em todas as situações, uma quebra de receitas para as empresas exploradoras de parques de estacionamento, pelo que: i) nunca poderia propor qualquer “*solução preconizada*” em matéria de preços, porque a mesma deve ser determinada individualmente por cada empresa; ii) nunca poderia apresentar “*soluções preconizadas*” que implicam, sempre, um aumento dos preços, seja pela fixação de um “*preço de ingresso*” seja pelo aumento de 15% dos preços praticados pelas empresas associadas.
599. Não é, também, relevante que as empresas associadas não possam fixar os preços unilateralmente, mas apenas por acordo das entidades concedentes; o que está em causa no presente processo é uma decisão de associação de empresas, perfeitamente caracterizada, que tem por objecto coordenar a conduta das empresas associadas quanto aos preços que serão praticados nos parques de estacionamento por si explorados, pelo que, e independentemente de em casos concretos não se verificar uma aderência plena às recomendações da Associação (cfr. §§ 647 a 678 da defesa escrita, a fls. 15846), o que se verifica é que a conduta da Arguida era *apta* a coordenar tais comportamentos, e que as empresas associadas efectivamente adoptaram condutas – mormente, através das propostas de preçários remetidas às entidades concedentes – que dão cumprimento a tais recomendações.
600. Tal tomada de decisão foi o resultado de uma estratégia de reacção colectiva das empresas gestoras de parques de estacionamento ao regime jurídico apresentado pelo Governo em Dezembro de 2006, estratégia essa que passou por, em primeiro lugar, comunicar aos associados as consequências gravosas decorrentes da aplicação do regime jurídico proposto, pela comunicação do parecer negativo da ANEPE ao primeiro anteprojecto aos associados, à Secretaria de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor e às Câmaras Municipais de Lisboa e do Porto e em segundo lugar, uma vez aprovado o regime jurídico – que acomodava, parcialmente as críticas da ANEPE à determinação do preço por minuto de utilização – pela recomendação expressa aos associados de aumento dos preços a aplicar e de imposição de um “*preço de ingresso*” a suportar por todos os utilizadores de parques de estacionamento, independentemente do tempo de utilização efectivo, ao mesmo

tempo que comunicava ao Governo e à Associação Nacional de Municípios as suas objecções ao regime jurídico e indiciava as consequências em matéria de preços que daí adviriam.

601. Procurando assim, claramente, coordenar o comportamento das empresas associadas e tornar esse comportamento aceitável por parte das entidades concedentes, que se veriam assim confrontadas com argumentos assentes na frustração de expectativas de retorno económico das concessionárias.
602. O que se traduz numa conduta lesiva da concorrência, ao pôr directamente em causa a autonomia dos operadores no mercado e procurando falsear a livre formação dos preços e das políticas comerciais das empresas no mercado, de acordo com o livre jogo concorrencial.
603. Como reconhece, aliás, a Arguida: *“A ANEPE está portanto de acordo com a AdC quando, em abstracto, afirma que as condições de adaptação ao DL 81/2006, incluindo a renegociação dos tarifários com as entidades concedentes, devem ser o resultado do ‘livre jogo concorrencial’ e não podem ser a consequência da ‘determinação a nível colectivo’ (...) e que “A ANEPE também concorda com a AdC quando diz que não devem as associações empresariais substituir-se às empresas definindo os ‘elementos negociais’ que convém acordar entre os associados e as respectivas contrapartes” (cfr. §§ 397 e 398 da defesa escrita, a fls. 15796).*
604. Assim, não se poderão ter em conta, isoladamente, cada um dos elementos de facto demonstrados e provados nos autos, a partir da aprovação do regime legislativo definitivo, a saber: as discussões entre os associados no âmbito das reuniões da Assembleia-geral da Associação, realizadas em 21 de Março e 20 de Abril de 2006, as várias comunicações entre a Secretária-geral, um Director e diversas associadas entre 24 de Abril e 2 de Maio ou a posição formal da ANEPE de 9 de Maio de 2006, assinada pelo seu Presidente da Direcção.
605. Da mesma forma, não poderão ser aceites as alegações da Arguida nos termos das quais *“na perspectiva da Arguida, e no essencial, apenas três decisões foram tomadas sobre o assunto: (i) a primeira foi a de enviar ao Governo e circular por determinadas entidades a carta de 22.12.2005; (ii) a segunda foi a de circular a carta de 9.5.2006; (iii) a terceira, e sobre esta temos dúvidas, foi a de alertar as*

associadas para a entrada em vigor do DL 81/2006 pedindo-lhes que a mantivessem ao corrente das medidas e dificuldades de adaptação das associadas às exigências do DL 81/2006” (cfr. § 327 da defesa escrita, a fls. 15781).

- 606.** Pelo contrário, cada um destes elementos de facto deve ser analisado à luz da estratégia de reacção colectiva ao novo regime jurídico aplicável aos parques de estacionamento, a qual, no que respeita ao modelo de determinação dos preços aplicáveis, começou a ser delineado logo em 16 de Dezembro de 2005, quando a Secretária-geral da Associação comunicou aos associados a “gravidade” do regime proposto: sendo certo que tal comportamento da ANEPE (no âmbito do processo legislativo), não pode ser autonomamente qualificado como ilícito, é certo que o feixe de elementos demonstra claramente uma decisão relativa à coordenação de comportamentos das empresas associadas, tendo por objecto a política de preços de cada empresa, a partir do momento que conhece o regime legislativo definitivo; aí reside a decisão da Associação, nos termos e para os efeitos do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003; e nessa decisão tomam parte não apenas a Secretária-geral, como todos os que, membros dos órgãos sociais e empresas associadas “operadores”, participam na formação de tais “soluções preconizadas” relativamente à adaptação dos preços aplicáveis aos parques de estacionamento, na sequência da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006.
- 607.** Ora, num mercado concorrencial, as empresas devem poder fixar autonomamente a sua política comercial e de preços, sem interferência dos concorrentes ou de associações de empresas concorrentes; como tal, as associações de empresas devem abster-se de qualquer decisão ou recomendação que tenha por objecto ou como efeito eliminar ou falsear essa mesma autonomia empresarial.
- 608.** Finalmente, a infracção considera-se consumada a partir do momento em que se verifique tal recomendação, sem que seja necessário verificar a sua execução, total ou parcial, por parte das empresas associadas.

III.1.3.3. O objecto ou efeito de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência

609. A aplicação do n.º 1 do artigo 4.º da LdC, e bem assim, do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, impõe ainda que os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas tenham *por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir* (de forma sensível) a concorrência. Tanto o n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, como o n.º 1 do artigo 81.º do TCE, fornecem nas suas alíneas *a) a g) e a) a e)*, respectivamente, exemplos de situações em que se verifica esse objecto ou efeito restritivo sobre a concorrência.
610. De tal requisito resulta, desde logo, que tanto se poderá atender ao elemento volitivo que presidiu à decisão associativa, como ao resultado desta: quando se conclui que uma determinada prática infringe as regras da concorrência, *por objecto ou como efeito*, significa que não estamos perante requisitos cumulativos, mas sim alternativos, sendo bastante a verificação do *objecto* ou *efeito* restritivo para identificar a infracção.
611. Resulta igualmente que em grande parte das infracções será fácil averiguar-se a causalidade e a imputação aos seus concretos agentes, por bastar que uma decisão de associação de empresas tenha por objecto a restrição da concorrência – e sem que haja de se detectar a existência de efeitos –, para ela ser subsumível às proibições do n.º 1 do artigo 4.º da LdC e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.
612. O inverso também se verifica: uma decisão que não tenha por objecto restringir a concorrência mas que, na prática, produza um tal efeito também se sujeita às proibições do n.º 1 do artigo 4.º da LdC e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.
613. Enquanto elemento coadjutor da interpretação deste requisito, cite-se o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (TPI) de 19 de Março de 2003, CMA e. o. c. Comissão, proc. T-213/00, considerando 183:

“Como o acordo em causa tem por objecto restringir a concorrência e essa restrição é sensível, a Comissão não tem, contrariamente ao que, em segundo lugar, sustentam as recorrentes, que provar a intenção das partes de restringirem a



concorrência ou os efeitos anticoncorrenciais do acordo. Com efeito, segundo jurisprudência constante, um acordo que tenha por objecto restringir a concorrência integra o âmbito do artigo 81.º, n.º 1, CE, sem que seja necessário atender aos seus efeitos (v., designadamente, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Abril de 1995, Ferriere Nord/Comissão, T-143/89, Colect., p. II-917, n.º 30, confirmado por acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Julho de 1997, Ferriere Nord/Comissão, C-219/95 P, Colect., p. I-4411, n.ºs 14 e 15). Por conseguinte, um acordo pode infringir o artigo 81.º, n.º 1, CE ou o artigo 2.º do Regulamento n.º 1017/68, mesmo que os seus termos não tenham, na prática, sido respeitados (acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1989, Belasco e o./Comissão, 246/86, Colect., p. 2117, n.º 15).”

614. Da mesma forma,

“(...) o Tribunal recorda, liminarmente, que a apreciação de um acordo ao abrigo do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado deve ter em conta o quadro concreto em que esse acordo produz os seus efeitos e designadamente o contexto económico e jurídico em que as empresas em causa operam, a natureza dos serviços visados por esse acordo, bem como as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado em causa (acórdãos do Tribunal de Justiça Delimitis, já referido, DLG, já referido, n.º 31, de 12 de Dezembro de 1995, Oude Luttikhuis e o., C-399/93, Colect., p. I-4515, n.º 10; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1997, VGB e o./Comissão, T-77/94, Colect., p. II-759, n.º 140), salvo se se tratar de um acordo com restrições manifestas à concorrência como a fixação dos preços, a repartição do mercado ou o controlo das vendas (acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 6 de Abril de 1995, Tréfilunion/Comissão, T-148/89, Colect., p. II-1063, n.º 109).”³¹.

615. Por sua vez, “impedir, restringir ou falsear” a concorrência, deverá entender-se, respectivamente, como a exclusão, total ou parcial, da concorrência, assumindo o conceito de “falsear” a concorrência uma perspectiva mais ampla, abrangendo as situações anteriores e outras às quais aquelas não se aplicariam.

³¹ Acórdão do TPI de 15 de Setembro de 1998, *European Night Services (ENS)*, proc. apensos T-374, 375, 384 e 388/94, considerando 136.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

616. Perante tal base jurídica, impõe-se a conclusão de que os acordos, decisões de associações e práticas concertadas de troca de informação sobre preços, com as características que adiante se apontarão, cabem, por inteiro, no campo de aplicação da previsão de “impedir, restringir ou falsear” a concorrência.
617. Seguindo a jurisprudência comunitária, se é certo que *“qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado”* também não é menos verdade que esta exigência de autonomia *“opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos directos ou indirectos entre tais operadores, que tenha por objecto ou por efeito conduzir a condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa”*³².
618. De facto, o que está em causa nas infracções concorrenciais pelo seu objectivo é a existência de uma presunção jurídica de efeitos restritivos da concorrência decorrentes da própria natureza da prática e do seu objecto³³.
619. Ora, uma decisão de associação de empresas que tenha por objecto uma recomendação da política de preços a adoptar pelas empresas associadas, constitui, *per se*, uma prática que tem por objecto restringir ou distorcer a concorrência, sendo, em consequência, proibido nos termos do n.º 1 do artigo 4.º da LdC.
620. Quanto a este ponto, tem sido recorrente a jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa, quando identifica no artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003 uma infracção de *perigo*, bastando que o bem jurídico tutelado – a protecção da concorrência – seja posto em perigo, ou seja, basta a possibilidade de lesão, ou a adequação à produção de tal lesão, para que a infracção se considere cometida³⁴.
621. Além do mais, como referido já *“a exigência de autonomia da política de qualquer operador económico, que é inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, opõe-se rigorosamente a qualquer contacto directo ou potencial (...) que possa influenciar o comportamento no mercado de um concorrente actual ou*

³² *Idem*, considerando 82 e 83.

³³ *Vd.* Pontos 21 e 22 das *“Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado”*, JOCE n.º C 101, de 27 de Abril de 2004

³⁴ *Vd.* Sentenças do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 09-12-2005, 2.º Juízo, Proc. n.º 1307/05.6TYLSB, e de 12-01-2006, 3.º Juízo, Proc. n.º 1302/05.5TYLSB.

*potencial ou desvendar a tal concorrente comportamento que ele próprio decidiu ou planeia ter no mercado (...)*³⁵.

622. Quer isto dizer que a decisão da ANEPE – recomendando condições de definição de preços e a implementando uma coordenação dos comportamentos das associadas quanto às propostas que iriam apresentar às entidades concedentes e, finalmente, comunicando a tais concedentes a necessidade de reajustamento dos tarifários com vista a garantir o equilíbrio financeiro das concessões, garantindo assim que as empresas associadas beneficiam de uma menor pressão concorrencial na definição das alterações de preços propostas – é uma infracção ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, pelo seu objecto.
623. Deverá ainda referir-se que, o que está em causa no presente processo não são os efeitos verificados no mercado, i.e., é irrelevante para o preenchimento do tipo e imputação da infracção à ANEPE que se demonstre (ou que seja necessário demonstrar), que esta tenha logrado concertar efectivamente as políticas comerciais das associadas ou que as condutas comerciais efectivamente verificadas sejam imputáveis, exclusiva ou principalmente, à recomendação da ANEPE.
624. De facto, esta questão coloca-se em dois níveis: a *intenção* da arguida deve ser verificada a nível da imputação subjectiva da infracção, enquanto a verificação de efeitos concorrenciais fará parte do próprio tipo contra-ordenacional, quando esteja em causa uma infracção que tenha *por efeito* a restrição da concorrência.
625. Assim, mesmo que tais efeitos não se verifiquem, a própria natureza e objecto da decisão da ANEPE revelam uma infracção por objecto das regras de defesa da concorrência.
626. Finalmente, e como é jurisprudência constante do Tribunal de Justiça e prática decisória da Comissão Europeia, reiterada tanto pelo Tribunal do Comércio como pelo Tribunal da Relação de Lisboa, não é necessário ter em consideração os actuais efeitos anti-concorrenciais de um acordo ou decisão de associação de empresas,

³⁵ Acórdão do TJ, *T-Mobile*, cit.

quando o objecto de impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência é evidente³⁶.

627. Sem prejuízo de se entender que está em causa nos presentes autos uma infracção por objecto, não pode deixar de se ter em conta o seguinte:

- A) Na sequência das comunicações de 24 de Abril a 2 de Maio, e da posição oficial da ANEPE de 9 de Maio, a ANEPE procurou determinar o estado das negociações entre as associadas e os municípios, na sequência da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006;
- B) Que a comunicação de 2 de Maio de 2006 foi qualificada pela associada SIENT como a “carta circular interpretativa da ANEPE” relativa ao impacto do Decreto-Lei n.º 81/2006;
- C) Que o Presidente do Conselho de Administração da CPE invocou as comunicações recebidas da ANEPE para justificar, internamente para efeitos de determinação da política de preços da própria empresa, os aumentos de preços que seriam propostos aos concedentes;
- D) Que a SIENT empregou, nas suas comunicações aos concedentes, os argumentos apresentados nas comunicações da ANEPE para justificação da renegociação e alteração dos preçários;
- E) Que o Grupo Emparque, depois das comunicações da ANEPE a que fizemos referência, empregou os argumentos e a demonstração gráfica das várias alternativas de aumento de preços recomendadas pela ANEPE, nas suas comunicações às entidades concedentes, procurando justificar os aumentos de preços propostos apenas quando confrontado com pedidos de esclarecimento por parte daqueles;
- F) Que a CPE referiu expressamente, nas comunicações às entidades concedentes, os “estudos” da ANEPE e as recomendações por esta apresentadas em matéria de preços;

³⁶ Para uma descrição do tipo contra-ordenacional *in casu*, vd., por todos, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07-11-2007, no Processo 7251/07.

G) Que a Arguida admite que pela sua actuação contribuiu para que concedentes e consumidores tomassem consciência de que o Decreto-Lei n.º 81/2006 iria causar ajustamentos de preços inevitáveis.

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

629. Neste ponto, não se consideram procedentes as considerações da Arguida a propósito da inexistência, na sua conduta, de um objecto ou efeito restritivo da concorrência, conforme as alegações dos §§ 412 a 463 e de §§ 464 a 695, uma vez que:

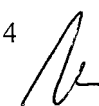
- a) A Arguida, ao adoptar uma decisão de associação de empresas com o objectivo de coordenar a política de preços das empresas associadas, fê-lo através de uma conduta objectivamente apta a restringir a concorrência no mercado: apresenta “soluções preconizadas” quanto à adaptação de preços, “soluções preconizadas” essas que assentam na fixação de um “preço de ingresso” ou no aumento de preços em 15%, tendo por objectivo que todas as empresas associadas invocassem os mesmos argumentos na renegociação dos preços e, assim, contribuindo para a redução ou eliminação da pressão concorrencial entre elas, que como se verificou já, existe na definição dos preços na vigência dos contratos de concessão – ou seja, é claro aqui que a Associação Arguida procurou garantir a posição negocial das empresas associadas relativamente às alterações de preços, de forma a que os municípios e outras entidades concedentes fossem confrontados com propostas relativas aos diversos parques por si concessionadas, com idênticos termos de alteração, apresentadas pelas diversas empresas concessionárias, reduzindo assim a possibilidade de contestar os aumentos de preços propostos;



- b) Aqui, para melhor se compreender a afectação da estrutura concorrencial deste mercado, sublinha-se que é precisamente por a alteração dos preços depender da aceitação dos Municípios e demais entidades concedentes, tendo em consideração – como bem reconhecido pela Arguida – factores de comparação de preços, designadamente, com outros parques de estacionamento público concessionados por esses concedentes, que não se pode ignorar que os Municípios, conhecendo as propostas apresentadas pelas diversas empresas concessionárias de parques de estacionamento e a posição da ANEPE relativamente à aplicação do Decreto-Lei n.º 81/2006, seriam confrontados com um conjunto de propostas de alterações dos preços que apresentavam, materialmente, os mesmos argumentos para, aplicando o regime do Decreto-Lei n.º 81/2006, propor um aumento dos preços, (confronte-se, nesse sentido, o teor das diversas comunicações remetidas aos Municípios e outras entidades concedentes, pelas empresas Emparque, SPEL e CPE, de § 405 a § 422), eliminando ou reduzindo a possibilidade de aceitar ou impor condições distintas.
- c) Em concreto, verifica-se terem sido adoptadas pelas empresas associadas identificadas na presente decisão, na condução da sua política comercial e na definição das propostas de preços – ou seja, não só é apta à restrição da concorrência, como se verifica uma causalidade directa entre essa conduta da Arguida e as propostas de alteração de preços apresentadas pelas empresas associadas às entidades concedentes; sendo que tais propostas de preços têm em consideração factores concorrenciais, como os preços e outras condições praticadas por empresas concorrentes, o que é reconhecido pela Arguida, verifica-se uma restrição da concorrência, desde logo porque as empresas associadas irão recorrer nas propostas de preços apresentadas às entidades concedentes as recomendações da Arguida, o que bule directamente com o princípio da autonomia empresarial enquanto objecto de tutela pelas regras de defesa da concorrência.

III.1.3.4. A restrição sensível da concorrência no mercado relevante

630. A recomendação da ANEPE, na sequência da estratégia delineada pela associação para coordenar a reacção colectiva das empresas associadas constitui uma clara violação das regras da concorrência, ao pôr em causa a estrutura concorrencial do mercado assente na autonomia dos operadores comerciais nele actuantes, tendo por objectivo a coordenação de comportamentos em matéria de definição da política de preços de cada empresa.
631. Verifica-se também, que para além do perigo para o bem jurídico protegido pelas normas de defesa da concorrência, a recomendação da ANEPE, ao ser adoptada por algumas das suas empresas associadas, prejudicou efectivamente a estrutura concorrencial do mercado.
632. A restrição da concorrência tem de ser sensível, nos termos do art. 4.º, n.º 1, da LdC.
633. O conjunto das empresas associadas da ANEPE, no mercado da prestação de serviços de exploração de parques e zonas de estacionamento pago em locais públicos, detinha, geria ou explorava cerca de 130.000 lugares de estacionamento, em todo o território continental e regiões autónomas do País, à data dos factos.
634. A decisão da ANEPE, ao pretender coordenar a política comercial e de definição de preços das associadas em matéria de negociação com as entidades concedentes, estende-se a todo o território nacional, potencialmente afectando todos os parques e zonas de estacionamento geridas e exploradas pelas empresas associadas.
635. Como tal, conclui-se que esta conduta constitui uma restrição sensível à concorrência.
636. No presente processo, verifica-se também que (i) as empresas associadas da ANEPE actuam em todo o mercado nacional; (ii) a ANEPE tem um âmbito de actuação também nacional; (iii) a decisão da ANEPE é apta a produzir efeitos em todo o território nacional. Nestes termos, a infracção apresenta um claro âmbito nacional.
637. Com tal, esta restrição afere-se "*no todo ou em parte do mercado nacional*", no que respeita ao n.º 1 do artigo 4.º da LdC.



III.1.3.5. Culpa

638. Nos termos do artigo 9.º do Regime geral das contra-ordenações, aplicável por força do artigo 22.º, n.º 1, da LdC, age com culpa quem actua com consciência da ilicitude do facto ou quando o erro sobre a ilicitude lhe for censurável.
639. A ANEPE agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da infracção que lhe é imputada.
640. Considerando os factos descritos e o conjunto de elementos de prova precisos e concordantes que se encontram junto aos autos, e a sua não refutação pela Arguida, verifica-se que tal infracção foi cometida a título de dolo, tendo a Arguida representado e querido recomendar uma “*solução preconizada*” em termos de adaptação dos preços das empresas associadas ao Decreto-Lei n.º 81/2006 que passasse pela fixação de um “*preço de ingresso*” ou pelo aumento dos preços em 15%, com vista à definição de uma actuação concertada das empresas associadas no âmbito das negociações de preços com as entidades concedentes.
641. Como tal, agiu com dolo directo, nos termos do artigo 14.º, n.º 1, do Código Penal, aplicável subsidiariamente nos termos gerais do Regime geral das contra-ordenações.
642. A decisão da ANEPE é o resultado de uma estratégia de reacção colectiva definida entre 20 de Abril de 2006 e 9 de Maio de 2006, e que passou pela definição de um conjunto de recomendações em matéria de política de preços a adoptar pelas associadas nas negociações com as entidades concedentes.
643. A comunicação pública de 9 de Maio de 2006 omite do seu texto as referidas “*soluções preconizadas*”, mas mantém a sua representação gráfica, perfeitamente perceptível quanto ao seu teor, em especial para as empresas associadas que haviam estado envolvidas na preparação desta comunicação, desde 24 de Abril de 2006.
644. Todavia, fica igualmente demonstrado que a comunicação pública de 9 de Maio de 2006 não esgota nem consome a “*decisão de associação de empresas*” objecto da presente Decisão; pelo contrário, esta decisão de associação de empresas toma forma a partir do momento em que a ANEPE conhece o regime definitivo do Decreto-Lei n.º 81/2006 com a circulação de uma “*solução preconizada*” para a negociação e

adaptação dos preçários pelas empresas associadas e, finalmente, pela monitorização da aplicação dessa recomendação.

645. Finalmente, a Arguida não podia deixar de conhecer as obrigações que lhe incumbem à luz do Direito da Concorrência, pelas quais qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado, impondo rigorosamente a abstenção de qualquer iniciativa das associações de empresas que, procurando substituir-se às empresas associadas, ponha em causa tal autonomia comercial, substituindo-a por mecanismos de cooperação ou coordenação de condutas comerciais.
646. Não é, por isso, aceitável a alegação da Arguida no § 106 da sua defesa escrita, a fls. 15732, quando refere que *“mesmo que anteriores documentos internos de trabalho circulados pelos serviços da Associação para recolher comentários das suas associadas e eventuais observações destas contivessem expressões tais como ‘recomendamos’ ou ‘solução preconizada’, o que dificilmente pode ser evitado sem se condicionar e asfixiar a liberdade de expressão e o funcionamento das associações e dos seus serviços internos, é no mínimo surpreendente que se possa ver no cuidado efectivamente posto em não se recomendar o que quer que seja, e em desfazer equívocos relativamente à existência de qualquer recomendação, prova de que se recomendou efectivamente e, mais do que isso, de que se teve a intenção de recomendar!”*.
647. Tal conduta, reconhecida pela Arguida, apenas vem confirmar o que se referia no artigo 305 da Nota de Ilicitude, a fls. 15671 – que a Arguida tinha perfeito conhecimento e consciência das consequências decorrentes da divulgação de uma comunicação contendo as expressões *“recomendação”* ou *“solução preconizada”* e, sem prejuízo de atingir o mesmo fim – efectivamente, recomendando a adopção de uma solução preconizada para a adaptação dos preçários das empresas associadas ao Decreto-Lei n.º 81/2006 – altera o texto da comunicação de 9 de Maio de 2006.
648. Como tal, a conduta em causa nunca poderia resultar de uma falta de cuidado ou desatenção da Arguida, a qual seria, ainda assim, e como notificado na Nota de Ilicitude, punível, nos termos e para os efeitos do artigo 43.º, n.º 6 da LdC.

III.1.3.6. Conclusão quanto à ilicitude da conduta da Associação Arguida

649. A conduta da Arguida preenche todos os elementos típicos da decisão de associação de empresas, enquanto prática proibida, nos termos do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, pelo que é ilícita, não se verificando quaisquer causas de exclusão da ilicitude, também ditas de justificação do facto.

III.2. Determinação da coima

650. A aplicação de coimas em processo contra-ordenacional visa a protecção de bens jurídicos.

651. A confiança da comunidade e, particularmente, a confiança dos agentes económicos e dos consumidores, na sua ordem jurídica e no livre funcionamento da concorrência tem de ser tutelada e firmemente protegida.

652. Também aqui se deve pretender dar resposta às exigências da prevenção e satisfazer o sentimento de reprovação que a prática do ilícito exige. Existem, assim, exigências de prevenção geral, tal qual necessidades de prevenção especial positiva e necessidades de prevenção especial negativa.

653. Deve-se ainda considerar o desvalor da acção e o desvalor do resultado e a intensidade da realização típica, sendo que entre essas circunstâncias, se consideram *"no que toca à ilicitude, o grau de violação ou o perigo de violação do interesse ofendido, o número dos interesses ofendidos e suas consequências, a eficácia dos meios [...] utilizados; no que toca à culpa, o grau de violação dos deveres impostos ao agente, o grau de intensidade da vontade [...], os sentimentos manifestados no cometimento do [ilícito], os fins ou motivos determinantes, a conduta anterior e posterior [...]"* (Manuel Simas Santos / Manuel Leal-Henriques, *Noções elementares de Direito Penal*).

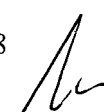
654. Assim, no que respeita à prevenção geral, urge transmitir aos agentes económicos a confiança de que dispõem de um *ordenamento concorrencial seguro e moderno, capaz de promover o funcionamento eficiente dos mercados*, no qual as práticas

restritivas da concorrência não são admitidas e, quando detectadas, serão severamente punidas.

655. O comportamento ilícito da Arguida prejudica gravemente o desígnio do estabelecimento de uma verdadeira e própria cultura da concorrência, constituindo uma restrição grave à concorrência.
656. Admitir-se, como parece admitir a Arguida, que uma Associação de empresas possa, a qualquer título, pronunciar-se sobre as políticas de preços das suas associadas, estimulando a coordenação de comportamentos em detrimento da adopção de condutas comerciais assentes na autonomia empresarial, constitui uma grave atentado aos objectivos e bens tutelados pelas regras de defesa da concorrência.
657. Os critérios de prevenção geral e especial inerentes à aplicação de coimas por infracções contra-ordenacionais, devem ser concatenados com a protecção da *concorrência* enquanto imperativo de ordem constitucional, como pressuposto do sistema de livre economia de mercado (artigos 80.º, al. a) e 81.º, al. e), da Constituição da República Portuguesa), com os compromissos internacionais do Estado Português (artigo 101.º do TFUE), e com a necessidade de reforçar a consciência social, em particular junto de associações empresariais, do cumprimento da Lei da Concorrência, tanto impondo uma reacção sistémica e, finalmente, com a necessidade de dissuadir novos comportamentos ilícitos pela própria Arguida.

III.2.1. Medida legal da coima

658. Nos termos do artigo 43.º, n.º 1, alínea a), da LdC, a violação do disposto no artigo 4.º constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas parte na infracção, 10% do volume de negócios no último ano, sendo que, no caso das associações de empresas, nos termos do n.º 2 da mesma disposição, a coima prevista não excederá 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado no comportamento proibido.



III.2.2. Critérios de determinação da coima

659. No artigo 44.º da LdC, estabelece-se que, na determinação do montante da coima, deverão ser tidos em conta os seguintes critérios:

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

III.2.2.1. Da gravidade da infracção

660. Nos termos de jurisprudência constante, a apreciação da gravidade de uma infracção jusconcorrencial deverá ser realizada tendo em conta, em particular, a natureza das restrições concorrenciais em causa³⁷.

661. No presente processo, está em causa uma decisão de associação de empresas, sob a forma de recomendação em matéria de preços, com o objecto de restringir, de forma sensível, a concorrência no mercado relevante.

662. É grave a infracção cometida pela arguida, uma vez que com a mesma decisão coloca em perigo o bem jurídico tutelado pelas regras de defesa da concorrência, em especial por atentar directamente contra o princípio da autonomia comercial dos operadores do mercado, elemento estrutural de um mercado concorrencial.

663. Como tal, é um comportamento susceptível de afectar o bom funcionamento do mercado.

³⁷ Cf. Acórdãos do TPI *SCK e FNK vs. Comissão*, Procs. n.ºs T-213/95 e T-18/96, Col. II-1739, e jurisprudência aí citada.

664. Verifica-se, igualmente, que a ANEPE procurou monitorizar o cumprimento das suas recomendações, por um lado, e que várias empresas associadas adoptaram, na sua prática comercial, as recomendações da Associação.
665. Nos termos da jurisprudência comunitária, “*as infracções que consistam na fixação de preços e na repartição de mercados (...) devem ser consideradas particularmente graves pois comportam uma interferência directa nos parâmetros essenciais da concorrência no mercado em causa*”³⁸.
666. O TPI aperfeiçoou, para este efeito, a noção de infracção anticoncorrencial grave no seu aresto de 9 de Julho de 2003³⁹, pelo qual concluiu, *inter alia*, que a qualificação de uma infracção como grave não depende do efeito de encerramento do mercado ou do efeito de eliminação da concorrência. De facto, os acordos horizontais relativos à fixação de preços, repartição de mercados e clientes atentam contra o bom funcionamento do mercado, independentemente dos efeitos restritivos que se verifiquem, ou mesmo na sua inexistência, o que permite qualificá-los de graves.
667. Na presente Decisão está em causa uma decisão de associação de empresas que visa coordenar as condutas das empresas associadas quanto às suas políticas de preços, através da apresentação de “*soluções preconizadas*” de adaptação dos preçários ao Decreto-Lei n.º 81/2006, que passam pela fixação de um “*preço de ingresso*” ou de um aumento dos preços em 15%.
668. Esta infracção cometida pela arguida é, pelo exposto, qualificada como uma infracção grave.

III.2.2.2. Das vantagens

669. Através da actuação da ANEPE, as empresas envolvidas retiraram vantagens claras, permitindo-se, por esta via, reduzir a incerteza quanto ao comportamento das suas concorrentes na negociação dos preçários, alterados na sequência da entrada em

³⁸ Cf. Acórdão *Thyssen Stahl vs. Comissão das Comunidades Europeias*, Proc. C-194/9.

³⁹ Cf. *Archer Daniels Midland Company/Archer Daniels Midland Ingredients vs. Comissão*, Proc. n.º T-224/00, Col. II-2597.

vigor Decreto-Lei n.º 81/2006, elemento fundamental, reconhecido pela própria Arguida, para a determinação dos preços nos parques de estacionamento das empresas associadas durante a vigência dos contratos de concessão ou de exploração dos parques de estacionamento.

670. Por outro lado, a ANEPE garantiu que, através da sua actuação e da estratégia de reacção colectiva por esta definida a partir de 20 de Abril de 2006 fosse implementada, junto das entidades concedentes, mas também dos consumidores, a consciência da inevitabilidade do aumento dos preços praticados nos parques de estacionamento em Portugal, na sequência da entrada em vigor do referido Decreto-Lei n.º 81/2006, o que é expressamente reconhecido pela Arguida.
671. Tais elementos – a diminuição da incerteza ou do risco quanto à forma como cada empresa adaptaria os seus preços à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 81/2006 e a consciencialização dos concedentes e dos consumidores quanto à necessidade de alterações dos preços – resultam directamente provados e consistem em vantagens claras e directas para as empresas envolvidas.
672. A alteração das condições concorrenciais do mercado é assim obtida pelas empresas envolvidas, por interposição da ANEPE e da estratégia de reacção colectiva por esta definida, em seu exclusivo benefício.

III.2.2.3. Do carácter reiterado da infracção

673. A Arguida revelou resolução firme na prática da infracção cometida, sendo a mesma praticada, de forma reiterada, a título permanente, entre, pelo menos, 20 de Abril de 2006 e 12 de Julho de 2006, datas entre as quais é implementada a estratégia de reacção colectiva ao regime proposto pelo Governo para os parques de estacionamento, até ao pedido de informações da ANEPE aos associados, sobre o estado de implementação das suas recomendações, em matéria de negociações com os municípios.
674. Importará ainda referir que, sendo a arguida acusada da prática de um ilícito contraordenacional, tipificado como uma *decisão de associação de empresas*, haverá ainda

que fazer referência à jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa, nos termos da qual:

“Vêm as arguidas acusadas da prática, em co-autoria, da contra-ordenação prevista no art. 4.º da Lei 18/2003 de 11 de Junho que dispõe: 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...

A contra-ordenação aqui prevista apresenta-se como um ilícito não de natureza instantânea mas sim de natureza permanente: a sua execução e a consumação perduram no tempo: a uma primeira fase, que compreende toda a conduta do agente até ao aparecimento do evento, segue-se uma segunda fase que perdura no tempo até que o agente cumpra o dever de fazer cessar o estado antijurídico causado. A violação do bem jurídico prolonga-se no tempo enquanto perdura a resolução criminosa isto é, a execução persiste no tempo porque o agente voluntariamente mantém a situação jurídica”⁴⁰.

675. Ou seja, não só a infracção foi cometida entre 20 de Abril de 2006 e 12 de Julho de 2006, como os efeitos da mesma – a efectivamente adaptação das políticas comerciais e de preços das empresas associadas à decisão da ANEPE, perduraram no tempo.

III.2.3.4. Do grau de participação na infracção

676. A Arguida actuou como autora da infracção que lhe é imputada.

III.2.3.5. Da colaboração prestada à AdC

677. A ponderação da colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo foi introduzida pelo legislador em resultado de clara inspiração na

⁴⁰ Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, 2.º Juízo, Proc. 965/06.9TYLSB, de 2 de Maio de 2007.



tendência que se tem vindo a generalizar na União Europeia e em vários dos seus Estados-Membros para a consagração, ao nível da determinação das coimas aplicáveis por violação das regras de concorrência, de medidas positivas que incentivem os autores da infracção a cooperar com as autoridades, seja assumindo voluntariamente a sua participação na infracção, seja fornecendo provas da prática e dos respectivos autores e elementos constitutivos.

678. No âmbito do presente processo, a Arguida, directamente ou através dos seus representantes, respondeu aos pedidos de elementos e informações e demais diligências probatórias realizadas pela Autoridade da Concorrência, no cumprimento do dever estabelecido no artigo 18.º da Lei n.º 18/2003, o que não pode ser reconhecido como circunstância atenuante, designadamente por não ter oferecido informações e provas para além do que lhe era exigível em cumprimento do referido dever.

III.2.3.6. Do comportamento da Arguida na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência

679. Do conjunto de elementos de prova precisos e concordantes que se encontra junto aos autos, resulta que a Arguida não adoptou qualquer comportamento tendente à eliminação ou à reparação dos prejuízos causados à concorrência.

III.2.3.7. Outras circunstâncias relevantes

680. Não se verificam outras circunstâncias relevantes a atender, enquanto elementos de atenuação ou de agravamento da gravidade da conduta verificada, constantes dos autos ou alegados pela Arguida.



III.2.3.8. Volume de negócios e moldura aplicável

681. Analisado em concreto, e considerando que à Arguida é imputada uma infracção subsumível no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, o limite máximo da coima, nos termos conjugados da alínea a) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 43.º da LdC, corresponde a 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado no comportamento proibido.

682. Verifica-se que participaram no comportamento proibido:

- A) O Grupo Emparque, com um volume de negócios agregado, em 2006, de € 30.581.552,00 (trinta milhões, quinhentos e oitenta e um mil, quinhentos e cinquenta e dois euros);
- B) A SPEL, com um volume de negócios, em 2006, de € 6.514.215,00 (seis milhões, quinhentos e catorze mil, duzentos e quinze euros);
- C) A SIENT, com um volume de negócios, em 2006, de € 2.076.221,94 (dois milhões, setenta e seis mil, duzentos e vinte e um euros e noventa e quatro cêntimos);
- D) A CPE, com um volume de negócios, em 2006, de € 4.436.416,23 (quatro milhões, quatrocentos e trinta e seis mil, quatrocentos e dezasseis euros e vinte e três cêntimos);
- E) A EMEL, com um volume de negócios, em 2006, de € 14.373.864,53 (catorze milhões, trezentos e setenta e três mil, oitocentos e sessenta e quatro euros e cinquenta e três cêntimos).

683. Atendendo à matéria de facto constante dos autos, verifica-se que a Promoparques, empresa associada da ANEPE e não fazendo parte de nenhum dos órgãos associativos, não teve conhecimento directo nem participou na estratégia de reacção colectiva definida a partir de 20 de Abril de 2006, na definição das recomendações em matéria de preços, entre 24 de Abril e 2 de Maio, ou na aprovação da comunicação pública de 9 de Maio, pelo que se considera que esta empresa não terá “participado no comportamento proibido”.

684. No mesmo sentido, considerando que não existem elementos de prova que permitam imputar à BAER (a qual, por não ser gestora de parques de estacionamento, não é afectada pelo regime previsto no Decreto-Lei n.º 81/2006), qualquer intervenção na definição da estratégia de reacção colectiva e formação das recomendações em matéria de preços, considera-se igualmente que esta empresa não terá participado no comportamento proibido.
685. Nestes termos, verifica-se que o volume de negócios agregado das empresas que participaram no comportamento proibido, em 2006 (último ano da infracção) é de € 57.982.269,70 (cinquenta e sete milhões, novecentos e oitenta e dois mil, duzentos e sessenta e nove euros e setenta cêntimos), pelo que 10% de tal montante corresponde a € 5.798.226,97 (cinco milhões, setecentos e noventa e oito mil, duzentos e vinte e seis euros e noventa e sete cêntimos).
686. Assim, conclui-se pela aplicação à Associação Arguida de uma coima no valor de € 1.971.397, 17 (um milhão, novecentos e setenta e um mil, trezentos e noventa e sete euros e dezassete cêntimos) pela prática de 1 (uma) infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003;
687. Foram considerandos, para determinação da coima concretamente aplicável a final:
- A) O desvalor da acção e o desvalor do resultado, a intensidade da realização típica e as exigências de prevenção geral, quer positiva quer negativa;
 - B) Que a prevenção geral positiva ou de reafirmação das expectativas sociais violadas é decisiva para transmitir aos agentes económicos a confiança num ordenamento concorrencial seguro e moderno, capaz de promover o funcionamento eficiente dos mercados, no qual as práticas restritivas da concorrência não são admitidas e, assim que detectadas, são severamente punidas;
 - C) Que a prevenção geral negativa ou de intimidação revela-se de particular importância quando se conclui, como nos presentes autos, que a Arguida, tendo conhecimento das regras de defesa da concorrência e dos deveres que lhe incumbem nessa matéria, como reconhecido na própria defesa escrita, manifesta insensibilidade aos bens jurídicos tutelados pelas regras da concorrência;

- D) Que as associações de empresas são especiais destinatários das normas de defesa da concorrência.

III.2.3.9. Sanção acessória

672. Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, conforme alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, “*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 proibida produziu os seus efeitos*”.
673. A gravidade da infracção cometida pela Arguida, o facto de determinados elementos constitutivos da decisão de associação de empresas objecto da presente decisão, mormente a comunicação de 9 de Maio de 2006 ter sido objecto de publicação no boletim informativo da ANEPE, bem como por o mesmo ter sido divulgado externamente à própria Associação, e atendendo às exigências de prevenção geral e especiais referidas, justificam a aplicação a final de tal sanção acessória.

IV. DECISÃO

Primeiro

A Arguida ANEPE, ao desenvolver uma estratégia de reacção colectiva à entrada em vigor do regime de determinação de preços pela utilização de parques de estacionamento, previsto no Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril, e no âmbito dessa estratégia, recomendar o aumento dos preços praticados e a fixação de preços nos parques de estacionamento geridos ou explorados pelas suas empresas associadas, designadamente propondo a fixação de um “preço de ingresso” ou o aumento dos preços aplicáveis em 15%, eliminando a pressão concorrencial na negociação das alterações de preços entre as empresas concessionárias e as entidades concedentes, cometeu uma infracção grave ao



artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que proíbe as decisões de associações de empresas que tenham como objecto ou efeito, impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência no mercado nacional.

Segundo

Nos termos do artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, as coimas a que se refere o artigo 43.º de tal Lei são fixadas tendo em consideração, entre outras, as seguintes circunstâncias: a gravidade da infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional; as vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infracção; o carácter reiterado ou ocasional da infracção; o grau de participação na infracção; a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência, até ao termo do procedimento administrativo; e o comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

Terceiro

Tendo em conta as considerações enunciadas na presente Decisão e o disposto nos artigos 43.º e 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, é aplicada à Associação Arguida destinatária da presente Decisão, uma coima no valor de € 1.971.397, 17 (um milhão, novecentos e setenta e um mil, trezentos e noventa e sete euros e dezassete cêntimos).

Quarto

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 92.º e da alínea *b*) do n.º 2 e n.º 3 do artigo 94.º do RGCO, é fixado em € 1000 (mil euros), o montante das custas a suportar pela Associação Arguida no presente processo.

Quinto

A coima aplicada e as custas deverão ser pagas no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, após a presente Decisão se ter tornado definitiva ou, em caso de impugnação judicial, após o trânsito em julgado da respectiva decisão judicial condenatória, mediante guias a levantar na Autoridade da Concorrência.



Sexto

A título de sanção acessória, por a gravidade da prática o justificar e ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, ordena-se à Arguida que faça publicar, no prazo de 20 (vinte) dias úteis a contar da notificação da presente decisão, extracto da mesma na II.ª Série do Diário da República, bem como a parte decisória, nos termos e conforme cópia que lhes será comunicada, num jornal de expansão nacional.

Sétimo

Adverte-se a Arguida, nos termos do art. 58.º do RGCO, que:

- a) A presente condenação torna-se definitiva e exequível se não for judicialmente impugnada nos termos do artigo 59.º do RGCO e do artigo 50.º da Lei n.º 18/2003;
- b) Em caso de impugnação judicial, o tribunal pode decidir mediante audiência ou, caso a Arguida, o Ministério Público ou a Autoridade da Concorrência não se oponham, mediante simples despacho;
- c) Tornando-se definitiva ou transitada em julgado a presente decisão, a coima aplicada deverá ser paga no prazo máximo de dez dias a contar do dia em que esta se torne definitiva ou transite em julgado;
- d) Em caso de impossibilidade de pagamento tempestivo, deverá o facto ser comunicado por escrito à Autoridade da Concorrência.

Lisboa, 31 de Dezembro de 2010.

O Conselho da Autoridade da Concorrência



Manuel Sebastião

Presidente



João Espírito Santo Noronha

Vogal

Índice

I. O PROCESSO	3
I.1. Da notícia da infracção.....	3
I.2. Da marcha do processo	4
I.3. Diligências probatórias.....	7
I.3.1. Elementos juntos aos autos na sequência das diligências probatórias realizadas.....	9
I.4. Da Nota de Ilícitude	10
I.5. Da Defesa Escrita apresentada pela Associação Arguida	13
I.6. Apreciação da Defesa Escrita da Arguida pela Autoridade da Concorrência.....	13
I.6.1. Enquadramento prévio quanto à natureza dos procedimentos por infracção à Lei n.º 18/2003, em especial as infracções ao seu artigo 4.º.....	14
I.6.2. Enunciação das questões prévias suscitadas pela Associação Arguida.....	19
I.6.3. Apreciação pela Autoridade da Concorrência.....	20
II. OS FACTOS	80
II.1. Identificação da Associação de empresas e empresas associadas envolvidas	80
II.1.1. A ANEPE – Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento	80
II.1.1.1. Órgãos sociais da ANEPE	83
II.1.2. Grupo Emparque.....	89
II.1.3. SPEL	91
II.1.4. SIENT	92
II.1.5. CPE	92
II.1.6. Promoparques	93
II.1.7. EMEL.....	94
II.2. Factos provados	94
II.2.1. O Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril.....	94
II.2.2. A consulta à ANEPE no âmbito do procedimento legislativo e a formação da posição da ANEPE	101
II.2.2.1. Primeiro projecto legislativo – fraccionamento do tempo de utilização por períodos de um minuto.....	101

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

II.2.2.2. A reacção da ANEPE ao primeiro projecto legislativo	102
II.2.2.3. O regime jurídico definitivo: a determinação do preço por períodos de utilização de quinze minutos e a posição da ANEPE	105
II.2.2.4. As recomendações internas da ANEPE e a posição pública da Associação	108
II.3. A monitorização pela ANEPE e a adopção das suas recomendações pelas empresas associadas	123
II.4. Motivação quanto à matéria de facto	146
II.4.1. Posição da Arguida ANEPE quanto aos factos objecto da presente Decisão	149
II.4.2. Apreciação pela Autoridade da Concorrência	156
III. O DIREITO	181
III.1. Da infracção cometida pela Associação Arguida	181
III.1.1. Elementos do tipo	183
III.1.2. Tipo objectivo	183
III.1.2.1. Conceito de “Empresa” e de “Associação de Empresas” para efeitos de aplicação do Direito da Concorrência	183
III.1.2.2. O Mercado relevante	184
III.1.3. Tipo subjectivo	196
III.1.3.1. Ilicitude	196
III.1.3.1.1. As Decisões de Associações de Empresas – Considerações Gerais	196
III.1.3.2. O comportamento da ANEPE enquanto Decisão de Associação de Empresas	203
III.1.3.3. O objecto ou efeito de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência	207
III.1.3.4. A restrição sensível da concorrência no mercado relevante	214
III.1.3.5. Culpa	215
III.1.3.6. Conclusão quanto à ilicitude da conduta da Associação Arguida	217
III.2. Determinação da coima	217
III.2.1. Medida legal da coima	218
III.2.2. Critérios de determinação da coima	219
III.2.2.1. Da gravidade da infracção	219

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

III.2.2.2. Das vantagens 220

III.2.2.3. Do carácter reiterado da infracção 221

III.2.3.4. Do grau de participação na infracção 222

III.2.3.5. Da colaboração prestada à AdC 222

III.2.3.6. Do comportamento da Arguida na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência 223

III.2.3.7. Outras circunstâncias relevantes 223

III.2.3.8. Volume de negócios e moldura aplicável 224

III.2.3.9. Sanção acessória 226

IV. DECISÃO 226