

BASE DE DADOS DE JURISPRUDÊNCIA – DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA
DECISÕES NACIONAIS

CASO	Ordem dos Médicos			
DECISÕES JUDICIAIS	Tribunal		Processo	Data
	Sentença	Tribunal do Comércio de Lisboa, 3.º Juízo;	851/06.2TYLSB	18.01.2007
	Acórdão	Tribunal da Relação de Lisboa, 9.ª Secção	5352/07-9	05.12.2007
	Acórdão	Tribunal Constitucional, 1.ª Secção	103/08	03.12.2009
ASSUNTO	Tipo de infração	Decisão de associação de empresas		
	Questões substantivas	Associação de empresas; fixação de preços; afetação das trocas comerciais entre os Estados Membros; medida abstrata da coima		
	Questões processuais	Poder da autoridade administrativa de aplicar coimas a associações profissionais; e de aplicar coimas por violação do artigo 101.º do TFUE		
NORMAS EUROPEIAS	Artigo 101.º do TFUE			
	Artigo 3.º e artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002			
COMENTÁRIO				

SENTENÇA DO TRIBUNAL DO COMÉRCIO DE LISBOA

Em 18 de janeiro de 2007, o Tribunal do Comércio de Lisboa (“Tribunal do Comércio” ou “Tribunal”) confirmou a decisão da Autoridade da Concorrência (“AdC”) de condenar a Ordem dos Médicos (“Ordem”) por fixação de honorários dos médicos que prestam serviços em regime liberal, e por consequente violação das regras da concorrência nacionais e europeias¹. A Ordem adotou regras que estabeleciam os critérios de determinação de honorários e fixavam os valores mínimos e máximos do ato médico (a saber, o Código de Nomenclatura, os artigos 81.º e 82.º do Código Deontológico, os artigos 2.º, n.ºs 2 e 3, e 3.º, n.º 4, do Regulamento de Laudos). O Tribunal confirmou que tal prática constituía uma decisão de associação de empresas que tinha por objeto e efeito restringir a concorrência no mercado nacional, sendo punível, à data, pelo artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (Lei antiga) – atual artigo 9.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência). O Tribunal confirmou, ainda, que tal prática afetava o comércio entre os Estados-Membros, sendo, assim, também punível ao abrigo do, então, artigo 81.º do Tratado da Comunidade Europeia (“TCE”) - atual artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”). No decurso do procedimento contraordenacional, a Ordem revogou as disposições controvertidas, o que foi considerado como uma atenuante tanto na decisão administrativa como na decisão judicial. O Tribunal do Comércio reduziu o valor da coima de 250 000 euros para 230 000 euros, tendo valorizado a colaboração da Ordem junto da AdC. O Tribunal ordenou a publicação de uma súmula da sentença no Diário da República e da respetiva parte decisória num jornal de circulação nacional, tendo condenado a Ordem no pagamento das custas do processo.

¹ Decisão da AdC, de 26 de maio de 2006, processo PRC 2005/07, disponível em:

http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Praticas_Colusivas/Documents/DecisaoPRC200507.pdf

Da Sentença do Tribunal do Comércio cumpre-nos realçar os seguintes aspetos:

a) *Questão prévia: incompetência da AdC para aplicar coimas às ordens profissionais*

A Ordem defendeu que a AdC carece de competência para aplicar coimas às ordens profissionais, sendo a sua decisão ilegal e inconstitucional por violação do artigo 267.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa.

Após uma análise dos Estatutos da AdC, o Tribunal concluiu que a AdC tem poderes transversais sobre a economia portuguesa para aplicação das regras de concorrência em coordenação com os reguladores setoriais. Acresce que o regime da concorrência é aplicável a todas as atividades económicas exercidas nos setores privado, cooperativo e público. Porquanto, o legislador, não excluiu quer do âmbito dos poderes da Autoridade, quer do âmbito da Lei da Concorrência, as entidades do setor público e/ou o exercício de atividades económicas no setor público. O Tribunal considerou ainda que a aplicação do regime da concorrência não viola a autonomia das associações públicas constitucionalmente consagrada. Esta autonomia não é afetada pela possibilidade de entidades públicas serem sancionadas em pé de igualdade com entidades privadas e cooperativas.

b) *Questão prévia: incompetência da AdC para aplicar coimas por violação do artigo 81.º do TCE*

Na medida em que o artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002 (“Regulamento n.º 1/2003”) apenas refere as coimas que a Comissão Europeia pode aplicar por violação dos artigos 81.º e 82.º TCE (atuais artigos 101.º e 102.º TFUE), a Ordem arguiu que a AdC não tinha competência para aplicar coimas por violação destes artigos. O Tribunal não aceitou esta tese, lembrando que o artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003 expressamente confere, às autoridades dos Estados Membros responsáveis em matéria de concorrência, o poder para aplicar coimas e outras sanções; e que, segundo o artigo 6.º, n.º1 alínea g) dos Estatutos da AdC, “*incumbe à Autoridade (...) exercer todas as competências que o direito comunitário confira às autoridades administrativas nacionais no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas.*”

c) *Questão prévia: ausência de auditor/instrutor independente*

Segundo a Ordem, a decisão da AdC era ilegal e inconstitucional por não haver uma separação entre entidade que instrui e a entidade que decide. O Tribunal sublinhou que o legislador optou expressamente pela confluência de poderes de instrução e decisão na mesma entidade tanto na Lei da Concorrência como no Regime Geral das Contraordenações e Coimas (RGCC) que lhe é subsidiariamente aplicável. O Tribunal lembrou que o direito processual penal apenas é aplicável num momento posterior, se necessário e admissível, e com as devidas adaptações. Neste sentido, o Tribunal fez referência à jurisprudência do Tribunal Constitucional, segundo a qual não há uma estreita equiparação entre o ilícito contraordenacional e o ilícito criminal. Acrescentou, ainda, o Tribunal do Comércio, que da decisão da AdC cabe recurso judicial, sendo, nesse caso, a decisão convolada em acusação, e tendo de se produzir em Tribunal a prova dos factos; porquanto, os direitos do arguido estariam sempre salvaguardados, não havendo, assim, qualquer violação dos artigos 39.º e 40.º do Código do Processo Penal. Por último, o Tribunal referiu que os direitos constitucionalmente consagrados de audição e de defesa estão salvaguardados face desde logo ao artigo 50.º do RGCC.

d) *Conduta da Ordem dos Médicos constitui uma decisão de associação de empresas*

O Tribunal começou por considerar que os médicos associados da Ordem são empresas para efeitos de aplicação das regras da concorrência, na medida em que, enquanto profissionais liberais, oferecem serviços remunerados num determinado mercado. Enquanto associação profissional, a Ordem é, ela própria, uma associação de empresas. Esta qualificação não é afastada pelo seu estatuto público, nem pelo fim que prossegue.



O Tribunal não acolheu a tese de que a Ordem tinha a qualidade de regulador setorial, porquanto o regime da concorrência não lhe era aplicável, velando também ela pela regulação do mercado da saúde em cooperação com a AdC.

O Tribunal declarou que a elaboração, aprovação e divulgação de uma tabela de preços constitui uma decisão de associação de empresas, fazendo referência ao acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Arduino*².

e) *Inaplicabilidade dos artigos 3.º, n.º 2, da Lei 18/2003 e artigo 86.º, n.º 2 do TCE*

A Ordem argumentou que as regras jusconcorrenciais constituíam um obstáculo ao cumprimento da sua missão, não lhes sendo aplicáveis por força do artigo 3.º, n.º 2 da Lei 18/2003 (atual artigo 4.º, n.º 2 da Lei 19/2012) e do artigo 86.º, n.º 2 do TCE (atual artigo 106.º, n.º 2 do TFUE). Em primeiro lugar, o Tribunal respondeu que, no caso em concreto, o conceito “empresa” empregue por estes artigos refere-se aos médicos e não à Ordem que os representa. De seguida, o Tribunal referiu que a qualidade da prática médica, os interesses dos doentes e a dignidade da profissão não são assegurados pelo preço do serviço médico, mas sim, pelas regras de acesso à profissão e pelo cumprimento de regras deontológicas, porquanto o argumento que as regras concorrenciais constituíam um obstáculo à missão da Ordem também não era procedente. O Tribunal baseou o seu entendimento na falta de prova quanto a relação qualidade/preço e na argumentação seguida pelo Tribunal de Justiça no caso *Cipolla*³. Neste caso, o Tribunal de Justiça concluiu que a regra que proibia a derrogação, por acordo, dos honorários mínimos dos advogados, fixados pelo Estado Italiano, constituía uma restrição à liberdade de prestação de serviços, proibida pelo artigo 49.º do TCE (atual artigo 56.º do TFUE). Restrição esta, que não se encontrava justificada por qualquer razão de interesse geral, nomeadamente a de assegurar a qualidade do serviço prestado - uma vez que o honorário mínimo não era garante de qualidade.

f) *Afetação do comércio entre Estados-Membros*

Ao apurar se a conduta em apreço afetava o comércio entre os Estados-Membros, o Tribunal guiou-se pela Comunicação da Comissão sobre este conceito⁴. O Tribunal concluiu que a prática anticoncorrencial da Ordem criava barreiras nacionais que dificultavam o acesso de outros prestadores ao mercado português, tendo em conta que: (i) a decisão da Ordem aplicava-se a todo o território nacional e (ii) a todos os médicos portugueses e estrangeiros que nele exercem a sua atividade de forma independente. A decisão produziu efeitos contrários àqueles procurados pela regulação desta atividade a nível europeu, que pretende exatamente facilitar a livre prestação destes serviços na União.

g) *Elemento subjetivo do tipo*

O Tribunal concluiu que a Ordem agiu com dolo direto, uma vez que “*sabia e pretendia, ao fixar honorários nos termos em que o fez, restringir, de forma sensível, a concorrência entre junto dos seus associados e no mercado*”.

Uma vez mais o Tribunal não aceitou a falta de consciência da ilicitude como forma de exclusão da culpa. A Ordem arguiu não conhecer a proibição legal, não havendo qualquer casuística ou jurisprudência sobre a qualificação das

² Acórdão do Tribunal de Justiça, de 19 de fevereiro de 2002, *Manuele Arduino*, proc. C-35/99, Colet. 2002, p. I-01529.

³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de dezembro de 2006, *Federico Cipolla c. Rosaria Portoleze Fazari, e S. Macrino e C. Capodarte c. Roberto Meloni*, proc. apensos C-94/04 e C-202/04, Colet. 2006, p. I-11421.

⁴ Comunicação da Comissão relativa às orientações sobre o conceito de afetação das trocas comerciais entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO C101, de 24.4.2004, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0081:0096:PT:PDF>

ordens profissionais como associação de empresas. O Tribunal relembrou a anterior decisão e parecer do extinto Conselho da Concorrência⁵.

h) Determinação da medida abstrata da coima

Ao interpretar o artigo 43.º, n.º 2 da Lei antiga, o Tribunal concluiu que para determinar a medida abstrata da coima deve-se considerar o volume de negócios agregado das empresas associadas que participaram na decisão, e não o volume de negócios da própria associação. Segundo o Tribunal, independentemente do número de médicos que discordam das decisões tomadas pela Ordem, *“a Ordem representa os seus associados, recebe da parte dos mesmos, através da eleição dos seus órgãos, uma delegação de poderes para tomar decisões em nome de todos os médicos e que a todos obrigam, sendo portanto participantes na infração todos os seus membros e isto tanto mais que, no caso em concreto, se não cumprissem as regras estabelecidas relativamente a honorários, seriam punidos disciplinarmente.”*

O Tribunal afastou também o argumento da Ordem, segundo o qual, os rendimentos provenientes da prestação de serviços no âmbito das convenções com sistemas e subsistemas não devem ser considerados no cálculo da coima. Segundo o Tribunal ao estabelecer o limite das coimas, o legislador não faz qualquer distinção no que respeita à origem do volume de negócios.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A Ordem interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa (“Tribunal da Relação”) alegando: (i) a incompatibilidade do Tribunal do Comércio para apreciar decisões da Ordem dos Médicos; (ii) a nulidade da sentença por omissão de pronúncia; (iii) a incompetência da autoridade administrativa para punir a Ordem; (iv) a nulidade do processo contraordenacional por omissão de procedimento probatório essencial; (v) a ilegalidade da decisão administrativa por violação dos princípios de imparcialidade e legalidade; (vi) a inexistência de conduta ilegal por parte da Ordem e, portanto, de qualquer fundamento para aplicação da coima ou sanções acessórias.

Seguiu o Tribunal da Relação a fundamentação da decisão recorrida por a considerar correta, rejeitando todas as alegações da recorrente e apoiando-se na argumentação sustentada pelo Tribunal do Comércio de Lisboa e pela AdC. O Tribunal concluiu que a sentença recorrida não merecia censura, que não tinham sido violadas quaisquer normas legais e constitucionais, e que não havia que proceder a qualquer alteração da decisão recorrida. Assim, determinou o Tribunal da Relação de Lisboa a rejeição liminar dos recursos interpostos pela Ordem dos Médicos porque improcedentes, confirmando a sentença recorrida.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A Ordem dos Médicos interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, solicitando a sua apreciação sobre a constitucionalidade: (i) do artigo 50.º da Lei antiga que atribui ao Tribunal do Comércio de Lisboa competência para apreciar a conduta de uma associação pública; (ii) do artigo 1.º da Lei antiga, na interpretação, segundo a qual, as Ordens Profissionais e, em particular, a Ordem dos Médicos estão sujeitas ao direito da concorrência; (iii) dos artigos 17.º, 19.º e 22.º da Lei antiga, quando interpretados no sentido de não se aplicar aos processos contraordenacionais o disposto nos artigos 39.º e 40.º do Código do Processo Penal; (iv) do artigo 43.º da Lei antiga, na interpretação de que,

⁵ A decisão condenatória do Conselho da Concorrência no processo n.º 2/00 relativo à Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas e respectivas decisões judiciais que a sustentaram (Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 9 de março de 2001 e Acórdão do Tribunal da Relação de 5 de fevereiro de 2002). O Parecer n.º 3/85 do Conselho da Concorrência de 11 de dezembro de 1985 sobre os médicos radiologistas.



ao remeter para o Regulamento n.º 1/2003, confere diretamente à AdC o poder de aplicar coimas por violação ao artigo 81.º do Tratado; e (v) do artigo 75.º do RGCC enquanto limita o recurso em 2.ª instância à matéria de direito.

O Tribunal Constitucional negou provimento ao recurso por considerar, em parte, que não o podia conhecer, tendo negado igualmente provimento à parte em que o pode conhecer. Resumidamente, entendeu o Tribunal Constitucional que não podia conhecer do objeto do recurso quando questionava a constitucionalidade da sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa e não de normas (pontos ii), iii) e iv) referidos), nem apreciar questões de inconstitucionalidade não suscitadas previamente (ponto ii). Assim, foram unicamente conhecidas as questões suscitadas pela Ordem dos Médicos a propósito do artigo 50.º da LdC e do artigo 75.º do RGCC (pontos i) e v) referidos). Quanto ao artigo 50.º da Lei antiga e ao alcance da reserva constitucional da jurisdição administrativa, o Tribunal Constitucional remeteu para jurisprudência anterior (Acórdãos n.º 211/2007 e n.º 522/2008), concluindo que a atribuição de competência a um tribunal judicial para conhecer o recurso interposto da decisão da AdC, que aplica coima e sanção acessória contraordenacional, não “...era desprovida de justificação.” E, ainda que, no “... âmbito de processos de contraordenação (ambiental) não se afigura atentatória do figurino típico que a Constituição quis consagrar quanto ao âmbito material da justiça administrativa”, o que o levou a negar provimento ao recurso neste aspecto. Quanto ao artigo 75.º do RGCC e à alegação da inexistência de um duplo grau de recurso em matéria de facto em processo contraordenacional, reiterou o Tribunal Constitucional o entendimento constante de que “...a Constituição não impõe o duplo grau de recurso em matéria de facto...”, citando os Acórdãos n.º 573/98, n.º 189/2001 e n.º 73/2007, pelo que, reiterando este entendimento, negou igualmente provimento nesta parte ao recurso interposto.

COMENTÁRIO

A jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa e do Tribunal da Relação de Lisboa veio consolidar a prática decisória da AdC em matéria de apreciação de comportamentos levados a cabo por Ordens Profissionais à luz das regras de concorrência. Assume especial relevo por ter confirmado a aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 43.º da Lei n.º 18/2003 no sentido defendido pela AdC: a medida da coima aplicada às Ordens Profissionais tem em atenção o cômputo global dos rendimentos declarados pelos membros inscritos na respetiva Ordem, fixando-se, assim, um montante concreto, adequado à prossecução dos fins de prevenção geral. Atente-se que, na atual Lei da Concorrência, este entendimento é pacífico, não deixando o artigo 69.º, n.º 2, margem para diferente interpretação.

Este caso assume, também, relevo por confirmar a inaplicabilidade da exceção prevista no n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 18/2003 (atual artigo 4.º, n.º 2 da Lei n.º 19/2012) e do artigo 86.º, n.º 2, do TCE (atual artigo 106.º, n.º 2 do TFEU) às Ordens Profissionais. O Tribunal do Comércio seguiu a jurisprudência do caso *Wouters* ao afastar a Ordem dos Médicos da aplicação do artigo 106.º, n.º 2 por não preencher, para este efeito, o conceito de empresa⁶. Acrescente-se que, ainda que os médicos preenchessem esse conceito, a atividade por eles desenvolvida enquanto profissionais liberais dificilmente poderia ser considerada como um serviço de interesse económico geral⁷ – questão que antecede aquela de saber se a aplicação do regime da concorrência cria, ou não, obstáculos ao desempenho da sua atividade.

⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 19 de fevereiro de 2002, *Wouters c. Comissão*, proc. C-309/99, Colet. 2002 I -01577, para. 111 a 115.

⁷ Ver neste sentido a Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral, Jornal Oficial n.º C 8, de 11.01.2012, para. 45 a 50.



Por seu turno, a jurisprudência do Tribunal Constitucional esclareceu duas questões pertinentes, suscetíveis de serem aduzidas em sede de recursos judiciais das decisões da AdC, e definiu claramente o âmbito da sua apreciação após a pronúncia do Tribunal da Relação de Lisboa, estabelecendo orientações inequívocas para casos futuros.

Alexandra Amaro