

■ COLEÇÃO CADERNO ESPECIAL ■

III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Direito das Contraordenações nos tempos actuais

10.º aniversário do Tribunal da
Concorrência, Regulação e
Supervisão

Outubro 2022



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

COMARCA DE SANTARÉM



III JORNADAS DO TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO

Convento de São Francisco – Santarém
13 de Maio de 2022 – 9.00 horas



- 10.º Aniversário do Tribunal da
Concorrência, Regulação e Supervisão -

O Direito das Contra-ordenações nos tempos actuais

09:00 Recepção dos Participantes

09:30 Abertura

- **Juiz Conselheiro Presidente do Supremo Tribunal de Justiça** – Dr. Henrique Araújo
- **Procuradora-Geral da República** – Dra. Lucília Gago
- **Juiz Presidente do Tribunal Judicial da Comarca de Santarém e do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão** – Dr. Luís Miguel Caldas

10:15 Pausa (café)

10:35 Painel I

Regimes diferenciados para as grandes contra-ordenações: incidências substantivas e processuais

Dra. Ana Pessoa – introdução ao tema/moderação
Juiz Desembargadora do Tribunal da Relação de Lisboa – Presidente da Secção de Propriedade Intelectual e de Concorrência, Regulação e Supervisão

10:45 Professor Dr. Nuno Brandão

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

11:30 Professor Dr. Frederico Lacerda da Costa Pinto

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Assessor da CMVM

12:15 Debate

12:30 Almoço livre

14:15 Apresentação do Sistema Integrado de Informação Processual - SIIP

Dr. António Costa Gomes

Juiz de Direito - Juízo de Instrução Criminal do Tribunal Judicial da Comarca de Aveiro

14:45 Painel II

Da influência do direito da União Europeia no direito das contra-ordenações

Dr. Luís Silva Pereira – introdução ao tema/moderação
Procurador-Geral Adjunto, Director Adjunto do Centro de Estudos Judiciários

14:55 Professor Dr. Paulo Sousa Mendes

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

15:40 Professora Dra. Ana Soares Pinto

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

16:25 Debate

16:40 Encerramento

- **Magistrado do Ministério Público Coordenador da Comarca de Santarém** – Dr. José Manuel Branco

INSCRIÇÃO GRATUITA disponível em <https://tinyurl.com/2p9fd39f>

Inscrições até 10 de Maio de 2022





Resultado da colaboração estabelecida entre o Centro de Estudos Judiciários e a Comarca de Santarém, surge este e-book que junta os textos das comunicações apresentadas nas III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

A matéria das Contraordenações e do Direito que a regula tem aqui abordagem e desenvolvimento que abre caminho a novas reflexões, sempre úteis para a comunidade jurídica.

É mais um e-book da “Coleção Caderno Especial” que continua a cumprir o objetivo do Centro de Estudos Judiciários: disponibilizar em forma de acesso universal conteúdos de excelência.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

O Direito das Contraordenações nos tempos atuais – III Jornadas Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Coleção:

Caderno especial

Conceção e organização:

Comarca de Santarém

Coordenação executiva:

Luís Miguel Caldas – Juiz Presidente da Comarca de Santarém

Colaboração:

Edição e publicação:

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Gravação vídeo:

**Intervenientes:**

Henrique Araújo – Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Lucília Gago – Procuradora-Geral da República

Luís Miguel Caldas – Juiz de Direito, Juiz Presidente do Tribunal Judicial da Comarca de Santarém e do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Ana Pessoa – Juiz Desembargadora do Tribunal da Relação de Lisboa – Presidente da Secção de Propriedade Intelectual e de Concorrência, Regulação e Supervisão

Nuno Brandão – Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Frederico Lacerda da Costa Pinto – Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Assessor da CMVM

António Costa Gomes – Juiz de Direito - Juízo de Instrução Criminal do Tribunal Judicial da Comarca de Aveiro

Luís Silva Pereira – Procurador-Geral Adjunto, Diretor Adjunto do Centro de Estudos Judiciários (à data das Jornadas)

Paulo Sousa Mendes – Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Ana Soares Pinto – Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

José Manuel Branco – Procurador-Geral Adjunto, Coordenador da Comarca de Santarém

Revisão final:

Carla Câmara – Juíza Desembargadora– Coordenadora do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – CEJ – Departamento da Formação

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização de um programa leitor de PDF.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –21/10/2022	

– III Jornadas Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – O Direito das Contraordenações nos tempos atuais

Índice

Abertura	9
Presidente do Supremo Tribunal de Justiça – <i>Henrique Araújo</i>	11
Procuradora-Geral da República – <i>Lucília Gago</i>	15
Juiz Presidente da Comarca de Santarém – <i>Luís Miguel Caldas</i>	19
Painel I	
Regimes diferenciados para as grandes contraordenações: incidências substantivas e processuais	35
Breve Apresentação do Tema – <i>Ana Pessoa</i>	37
As grandes contra-ordenações e os seus desafios actuais – <i>Nuno Brandão</i>	43
As «grandes contraordenações» e a organização do sistema sancionatório: Expansão, continuidade e autonomia dos sistemas sancionatórios sectoriais – <i>Frederico Lacerda da Costa Pinto</i>	61
Apresentação do Sistema Integrado de Informação Processual – SIIP – <i>António Costa Gomes</i>	81
Debate	85
Painel II	
Da influência do direito da União Europeia no direito das contra-ordenações	87
Introdução ao tema – <i>Luís Silva Pereira</i>	89
A influência do Direito da União Europeia no Direito das Contraordenações, em especial no domínio do sancionamento das práticas restritivas da concorrência – <i>Paulo Sousa Mendes</i>	91
Da influência do direito da União Europeia no direito das contra-ordenações no domínio da concorrência – <i>Ana Soares Pinto</i>	141
Debate	161
Encerramento	163
Discurso de encerramento – <i>José Manuel Branco</i>	165

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

III Jornadas do Tribunal da Concorrência,
Regulação e Supervisão

Direito das Contraordenações nos tempos actuais

Abertura



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

COMARCA DE SANTARÉM



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



DISCURSO DE ABERTURA DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Henrique Araújo*

Vídeo da comunicação

Quero, em primeiro lugar, agradecer o convite de V.^a Ex.^a, Senhor Presidente da Comarca de Santarém, para participar na sessão de abertura das III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, realizadas no âmbito do 10.^o aniversário deste Tribunal.

É uma honra poder partilhar este momento, que será de celebração e também de reflexão e debate sobre o direito das contra-ordenações nos tempos atuais.

Estamos na terra de Saramago, no ano em que se completam 100 do seu nascimento.

Dizia o autor, na altura em que visitou este mesmo espaço na sua Viagem a Portugal, no ano de 1980, que o Convento de S. Francisco é o melhor que Santarém guarda e laboriosamente reconstrói.

A reconstrução de que falava foi, entretanto, concluída.

Contra os receios de Saramago, as obras de restauro não retiraram autenticidade ao convento do século de trezentos.

As pedras que emolduram este magnífico cenário fazem-nos sentir o peso da história no inexorável dobrar dos séculos.

Fazem-nos também sentir a responsabilidade de honrarmos o nosso passado e de deixarmos um testemunho de trabalho e de contribuição para o bem comum.

Excelências:

Ao celebrarem-se 10 anos de existência do Tribunal das Concorrência, Regulação e Supervisão, impõe-se fazer um balanço, obrigatoriamente breve, do estado das coisas, começando por relembrar a sua origem.

Foi o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica celebrado entre Portugal e a União Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional que fez desencadear a criação de tribunais especializados em matéria de concorrência e de direitos de propriedade intelectual.

* Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça.

As finalidades pretendidas com a criação desses tribunais eram a obtenção de uma melhor redistribuição de processos e o descongestionamento e redução do elevado número de pendências nos Tribunais do Comércio. Por outro lado, a especial complexidade das matérias em causa, o impacto supra nacional dos bens jurídicos a tutelar e preocupações ligadas à celeridade juntavam-se aos motivos fundadores de tal medida.

Criado pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, viria a ser o DL 67/2012, de 20 de março que o viria a instituir, localizando a sua sede em Santarém, onde seria instalado pela Portaria n.º 84/2012, a partir de 30 de março de 2012.

O legislador de então, por razões que se prendiam com exigências de descentralização dos serviços, fez a opção política de sediar o Tribunal em Santarém, contrariando o centralismo administrativo bem ilustrado na circunstância de praticamente todas as entidades reguladoras, que são partes nos processos, estarem concentradas em Lisboa.

Como se sabe, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão é um tribunal de competência alargada, o que significa que abrange todo o território nacional em matéria civil e contraordenacional.

Mas é em Santarém que está sediado.

E, por isso, o seu funcionamento não deve exorbitar a área do território da comarca, sob pena de se perverter a intenção do legislador.

É verdade que, devido ao funcionamento no mesmo edifício de outras jurisdições, existe uma calendarização da utilização das salas de audiências, o que significa que estas não estão disponíveis todos os dias para julgamentos do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

No entanto, segundo elementos fornecidos ao CSM, o índice de ocupação das salas, nos dias distribuídos para este tribunal, nos primeiros 4 meses de 2022, situa-se abaixo dos 50%.

Para os julgamentos de maior dimensão, nos processos de especial complexidade, com grande número de intervenientes, existe sempre a possibilidade de utilização de outros espaços adequados em tribunais próximos, ou noutros espaços devidamente protocolados.

Se nisto falo é porque foram feitas divulgar na imprensa várias notícias relacionadas com esse suposto constrangimento, impondo-se clarificar, de vez, esta situação.

Ainda a este propósito, devo sublinhar que a discordância dos sujeitos processuais quanto à deslocalização do tribunal para esses outros espaços não pode servir de fundamento para a não realização dos julgamentos.

Feitas estas referências, nada avançarei quanto a estatísticas, uma vez que as especificidades do trabalho desenvolvido neste tribunal não deve ser friamente medido pelo número de processos entrados, pendentes ou findos.

O que importa dizer a este respeito é que os recursos contraordenacionais têm sido decididos em prazo bastante razoável, resultado que só tem sido possível com o esforço e dedicação das Ex.ªs Juízas titulares dos 3 Juízos.

Evidentemente que há dificuldades. como, infelizmente, em muitos outros tribunais.

Falta assessoria, faltam funcionários, faltam melhores condições de trabalho.

Procurando mitigar algumas dessas dificuldades, o Conselho Superior da Magistratura tem adotado várias medidas gestionárias ao longo dos últimos dois anos, a última das quais envolvendo a colocação de dois assessores, de acordo com as necessidades reportadas pelas Ex.ªs magistradas judiciais do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

A importância deste Tribunal é inegável, como inegável é a tendência para o aumento deste tipo de litigância numa sociedade cada vez mais regulada.

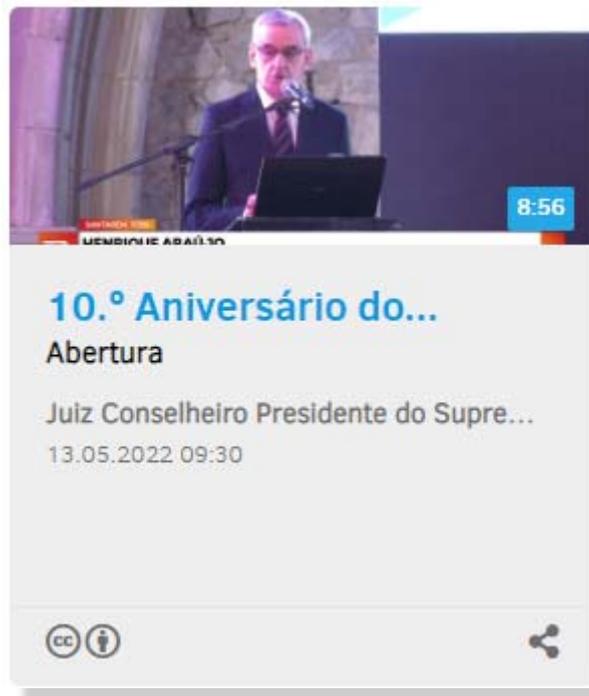
Por outro lado, o elevado nível de complexidade das matérias, em alguns dos processos, representa um desafio constante e aconselha estabilidade no quadro de magistrados, não só em ordem à fixação de correntes jurisprudenciais, mas também para aumentar o capital humano de especialização.

De facto, tratando-se de um tribunal especializado, é bom que não se perca de vista a dupla perspetiva do termo especialização: enquanto competência exclusiva do tribunal para apreciar determinada matéria jurídica e enquanto competência técnica dos magistrados que a hão de julgar.

Enfim, ao cabo destes dez anos, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão demonstrou ser capaz de corresponder às finalidades para que foi criado.

Deseja-se que assim continue, com perseverança, sentido de missão e total entrega de todos os que aqui trabalham.

Vídeo da comunicação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/1rogfcxia5/streaming.html?locale=pt>



DISCURSO DE ABERTURA DA PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

Lucília Gago*

Vídeo da comunicação

III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

As presentes jornadas assinalam a celebração dos dez anos do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão cuja criação representa um marco na história do judiciário português, em resposta à crescente especificidade e complexidade destas áreas do Direito, com maior especialização e concentração das atribuições jurisdicionais em tribunal com competência de âmbito nacional.

À especificidade dos regimes de regulação alia-se o robustecimento de um direito sancionatório, que se afasta do direito administrativo e se aproxima do direito penal, numa tendência que é também de crescente sofisticação. Trata-se, sublinhe-se, de aproximação e não de identificação, sendo já pacífico o reconhecimento da autonomia dogmática do direito das contraordenações.

A complexidade jurídica equivale e procura responder à complexidade dos mercados regulados cuja liberalização e privatização de relevantes atividades económicas introduziram significativas mudanças, incluindo no modo como os operadores económicos se relacionam entre si e com as respetivas entidades reguladoras e de supervisão.

Novos espaços de negociação que se abrem também no seio de atividades económicas de interesse geral onde o Estado não deixou, contudo, de intervir e cujo exercício do poder sancionatório é atribuído às entidades administrativas independentes que concentram poderes de regulação, de supervisão e de natureza sancionatória.

O moderno direito das contraordenações absorve, deste modo, o desenvolvimento das atividades económicas em causa, exigindo dos atores da supervisão e, noutra plano, do judiciário, crescente especialização, em face de um ilícito de mera ordenação social que não se dirige apenas a bagatelas, incluindo também a tutela de determinados bens e valores constitucionalmente relevantes.

Por outro lado, neste ramo do direito proliferam vários regimes especiais, com algum perigo para a segurança e para a certeza jurídicas, sem que exista diploma harmonizador desses regimes.

Nalguns casos, regimes especiais e regime geral coexistem na aplicação do direito sancionatório por uma mesma entidade administrativa.

* Procuradora-Geral da República.

E, apesar da recente iniciativa legislativa que aprovou o novo regime jurídico das contraordenações económicas, deste ficam excluídas, designadamente, as contraordenações nos setores financeiro e da concorrência.

O tecido legal move-se, assim, entre profundas especificidades, tendo como agregador comum tanto o direito constitucional, como o direito da União Europeia, em particular, no domínio da concorrência.

Encontramos tais especificidades no plano normativo adjetivo, o qual procura corresponder, não raras vezes, à natureza própria da atividade regulada, nomeadamente ao nível da intervenção da autoridade administrativa no processo.

Doutra parte, e de modo muito relevante, a jurisprudência deste tribunal tem contribuído de forma significativa para a integração e interpretação, nomeadamente, da regulamentação processual, como por exemplo no plano da salvaguarda do segredo de negócio e da sua compatibilização com os direitos de defesa.

As garantias de defesa em sede de direito das contraordenações, com respaldo constitucional desde 1989, representam, não raras vezes e numa perspetiva da ponderação dos interesses em jogo, razões de controvérsia, de que são exemplo o direito à não autoinculpação e o confronto entre a celeridade e a eficácia da execução das coimas e os direitos de defesa, plasmado, designadamente, na discussão sobre os efeitos do recurso ou impugnação judicial.

No espaço da União Europeia, tanto no plano legislativo e regulamentar, como no das decisões do Tribunal de Justiça, assiste-se a um tecer atento de princípios atinentes, precisamente, às garantias de defesa, à participação processual, à salvaguarda de confidencialidade e, em geral, à defesa da concorrência.

A relevância social e económica da atividade jurisdicional do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão é inegável, abrangendo sectores de atividade de enorme importância no tecido económico-financeiro, desde o mercado de valores mobiliários e o sector bancário ao ramo dos seguros, das águas e resíduos às comunicações eletrónicas e ao sector energético.

Ao Ministério Público junto deste Tribunal é, deste modo, exigido grau de profundidade técnica em matérias altamente especializadas, dificilmente comparável com outras jurisdições, considerando a diversidade de mercados e sectores de atividade e os respetivos graus de complexidade, em regra, elevados.

A natureza ímpar deste tribunal encontra-se ainda na atribuição de competências para decisão sobre atos e procedimentos administrativos¹, cujas ações de impugnação caberiam, por regra, à jurisdição administrativa.

¹ Cfr. artigo 112.º, n.º 2, da Lei de Organização do Sistema Judiciário. Vide, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Contencioso da Regulação”, in Contencioso Administrativo Especial, AAFDL, maio de 2021, pp. 460 e 461.

Tudo para evidenciar que o papel da jurisprudência deste Tribunal, em conjunto com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, se manterá essencial na definição e melhor interpretação do complexo tecido normativo vigente, regulador de sectores de atividade fulcrais na nossa sociedade e garantes do seu bom funcionamento.

Neste quadro, o papel do Ministério Público, pautado pela garantia da legalidade e da objetividade, contribui necessariamente para o justo equilíbrio entre a eficácia do poder regulador e sancionatório e as garantias fundamentais, no caso, em particular, das pessoas jurídicas.

É com o reconhecimento da importância das funções judiciárias desempenhadas por ambas as magistraturas no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que termino, expressando o voto de que as jornadas de hoje contribuam para a consolidação da segura interpretação das normas vigentes e para uma resposta cabal aos novos desafios do direito das contraordenações.

Vídeo da comunicação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/26vno53be8/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



DISCURSO DE ABERTURA DO JUIZ PRESIDENTE DA COMARCA DE SANTARÉM

Luís Miguel Caldas*

1. Introdução
 2. O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e a especialização
 3. O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e Santarém
 4. Expectativas em torno da actividade jurisdicional do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: Justiça Preditiva?
 5. Três simples propostas para a melhoria de funcionamento do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: Digitalização, simplificação e limitação do tempo.
 - 5.1. Digitalização processual integral
 - 5.2. Simplificação dos articulados/diminuição da prolixidade das peças processuais
 - 5.3. Limitação do tempo dos depoimentos testemunhais
 6. Síntese conclusiva
- Bibliografia
Vídeo da comunicação

Dez anos do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – Algumas Notas e propostas¹

A comemoração do 10.º aniversário da instalação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (doravante, TCRS) constitui um marco relevante cuja celebração foi inserida nas suas III Jornadas e quero expressar, em nome da Comarca da Santarém, a minha gratidão pela presença de todos os convidados, oradores e demais participantes.

Sendo nosso propósito a realização bienal destas Jornadas, que já começam a afirmar-se no panorama nacional de divulgação e debate de temas de direito da concorrência, foi-nos impossível a sua concretização em 2020, por causa da pandemia *Covid-19*, mas, felizmente, aqui estamos reunidos decorridos 4 anos sobre as II Jornadas.

As primeiras palavras que quero dirigir são de agradecimento ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Juiz Conselheiro Dr. Henrique Araújo, pela gentileza com que, desde a primeira hora, manifestou todo o seu apoio à realização deste evento e acedeu, muito amavelmente, em abrir as Jornadas. Estendo este agradecimento, igualmente, à Exma. Senhora Procuradora-Geral da República, Dra. Lucília Gago.

Endereço uma palavra de apreço muito especial a todos os oradores e intervenientes nas Jornadas pois sem a sua aceitação e entusiasmos imediatos, que me transmitiram aquando dos primeiros contactos, não seria possível concretizar um programa de tão grande qualidade científica. Quero por isso expressar o meu reconhecimento e sincero agradecimento à Senhora Juiz Desembargadora Dra. Ana Pessoa, ao Senhor Procurador-Geral Adjunto Dr. Luís Silva Pereira, ao meu colega e amigo Dr. António Gomes, e aos Senhores Professores Doutores Frederico da Costa Pinto, Nuno Brandão, Paulo Sousa Mendes e Ana Soares Pinto.

* Juiz de Direito, Juiz Presidente da Comarca de Santarém.

¹ O presente texto corresponde, na sua essência, ao discurso que proferi nas III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e que decorreram no Convento de São Francisco, na cidade de Santarém, no dia 13 de Maio de 2022.

Saúdo, por fim, todo o auditório e aqueles que assistem às Jornadas através da Justiça TV, assinalando com grande satisfação que ultrapassámos as 220 inscrições – o que motivou, inclusive, que se tivesse de encerrar mais cedo a plataforma de inscrições. Este número, pela sua dimensão, significa uma responsabilidade acrescida para nós, enquanto organizadores, esperando que no final dos trabalhos este dia permaneça vivo na memória de todos. É um gosto recebê-los em Santarém.

E aproveitando o pano de fundo das Jornadas, gostava de abordar alguns assuntos relativos ao TCRS, designadamente, a sua génese, a sua localização e alguns dilemas e sugestões atinentes a este tribunal.

1. Introdução

No mundo actual, caracterizado por uma elevada dinâmica dos mercados internacionais, a inovação e a concorrência, além de forças motrizes vitais ao desenvolvimento generalizado e abrangente de novos produtos e serviços, traduzem factores decisivos para o bem-estar económico.

A concorrência é fundamental para a criação e diversificação de produtos e de serviços disponibilizados aos consumidores e para o incremento da liberdade de acesso ao mercado, contribuindo para a existência de preços competitivos, gerando desenvolvimento da economia e desempenhando um papel essencial na própria inclusão social.

A consolidação de uma economia de mercado e aberta implica, em primeira linha, a defesa da concorrência, sendo um dos objectivos da União Europeia proporcionar aos cidadãos europeus um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras e um mercado interno em que a concorrência é livre e não falseada.²

Em linha com o Direito emanado da União Europeia, a Constituição da República Portuguesa – após definir como uma das tarefas fundamentais do Estado promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais – proclama como uma das incumbências prioritárias do Estado 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.³

O objectivo primacial do direito da concorrência consiste, sinteticamente, na defesa, preservação e promoção das estruturas concorrenciais do mercado.⁴

² Cf., artigos 2.º, 3.º, n.º 1, al. g), e 3.º-A, n.º 1, do Tratado CEE (Roma), com a redacção conferida pelo Tratado UE (Maastricht).

Vejam-se, em especial, os artigos 101.º e 102.º do TFUE.

³ Cf. artigos 9.º, al. d), e 81.º, n.º 1, al. f).

⁴ Albuquerque, 1990.

Num Estado de Direito democrático, promotor da liberdade de mercado e de uma sã concorrência, o sistema jurídico deve conceder aos Tribunais a jurisdição não só para responsabilizar os agentes económicos que atentam contra o regular funcionamento do mercado, o que é indispensável ao seu correcto funcionamento – *tutela sancionatória* –, como a competência para, em situações de violação das regras da concorrência, indemnizar os lesados por essas condutas – *tutela compensatória e ressarcitória*. É irrefutável, ademais, que a construção, manutenção e robustecimento de um efectivo sistema de concorrência, dentro da União Europeia, está directamente relacionada com a possibilidade de recurso a acções de indemnização por perdas e danos decorrentes de práticas violadoras das regras da concorrência.⁵

Numa *brevíssima viagem* pelo direito da concorrência nacional, o primeiro passo que abriu caminho ao regime de preços livres, ao abolir grande parte das regras corporativas e de intervenção estatal na fixação de preços, foi dado pelo Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, a que se seguiria o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, que veio estabelecer o regime geral de defesa e promoção do direito da concorrência.⁶

Já em 2003 a legislação da concorrência foi alvo de uma nova reforma, através da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, cujo objectivo prioritário foi a agilização e flexibilização dos mecanismos de acesso aos mercados por parte das empresas, retirando definitivamente ao Estado o papel de “*actor directo nas actividades económicas*” que passou a ser desempenhado pela Autoridade da Concorrência.⁷

⁵ O Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão *Courage c. Crehan*, de 20 de Setembro de 2001, Processo C-453/99, consagrou o papel proeminente dos tribunais nacionais no domínio do direito da concorrência, ao estabelecer que “(...) *na ausência de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do direito comunitário, desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das acções análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade)*” (sic) [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0453>].

O Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras da concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, estabeleceu, no ponto sétimo das considerações iniciais, que “*Os tribunais nacionais desempenham uma função essencial na aplicação das regras comunitárias de concorrência. Ao deliberarem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjectivos decorrentes do direito comunitário, nomeadamente através da concessão de indemnizações às vítimas das infracções (...)*”.

⁶ Como refere Marta Vicente (2012: 10): O Decreto-Lei n.º 371/93 “*assentava numa divisão ou repartição de competências entre o Conselho da Concorrência, por um lado, e a Direcção-Geral da Concorrência e Preços e o ministro, por outro. Ao contrário do que sucede actualmente, previa-se uma repartição da competência jurisdicional: se das decisões proferidas pelo Conselho da Concorrência em matéria de práticas restritivas da concorrência cabia recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, as decisões ministeriais relativas ao controlo de operações de concentração de empresas deviam ser conhecidas pelo Supremo Tribunal Administrativo, em sede de «recurso contencioso»*”.

⁷ A este respeito, Henrique, 2020: 118.

Concomitantemente, procedeu-se a uma *“centralização ou unificação, em benefício dos tribunais judiciais, da competência para conhecer as decisões da Autoridade da Concorrência, sejam elas emitidas em procedimentos administrativos ou contra-ordenacionais”*.⁸

A *nova Lei da Concorrência*, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, veio estabelecer que das *“decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão”* – cf. artigo 84.º, n.º 3.

Por fim sinaliza-se a relevância da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, que operou a transposição da Directiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as acções de indemnização no âmbito do direito nacional por infracção às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia – a Directiva *Private Enforcement* –, procedendo, simultaneamente, à primeira alteração à Lei n.º 19/2012, e à quarta alteração à Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, que ampliou o leque da competência material do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – cf., em especial, o artigo 22.º.

2. O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e a especialização

O TCRS, criado pela Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, e instituído pelo Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de Março, completou, no pretérito dia 30 de Março de 2022, dez anos da sua instalação. Este Tribunal surgiu com a finalidade de agilizar a tramitação dos processos judiciais, especialmente no âmbito do direito da concorrência, tratando-se de um tribunal de competência territorial alargada, com sede na cidade de Santarém e com jurisdição nacional.⁹

A par da área contra-ordenacional, desde 2018, compete ao TCRS, no âmbito da jurisdição civil, julgar as acções de indemnização cuja causa de pedir se fundamente exclusivamente em infracções ao direito da concorrência, acções destinadas ao exercício do direito de regresso entre co-infractores, bem como pedidos de acesso a meios de prova relativos a tais acções, nos termos previstos na Lei n.º 23/2018. Por fim, compete-lhe julgar todas as demais acções civis cuja causa de pedir se fundamente exclusivamente em infracções ao direito da concorrência previstas nos artigos 9.º, 11.º e 12.º, todos da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, em normas

⁸ Vicente, 2012: 10.

⁹ Muito infeliz foi a redacção original do n.º 1 do artigo 112.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário (doravante, “LOSJ”), no qual após se prever, especificamente nas als. *a) a d)*, a competência do TCRS para apreciar os recursos contra-ordenacionais de actos da Autoridade da Concorrência, da Autoridade Nacional de Comunicações, do Banco de Portugal, da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, da Entidade Reguladora para a Comunicação Social e do Instituto de Seguros de Portugal, se estipulou, na al. *e)*, uma competência genérica para apreciar os recursos contra-ordenacionais *“[d]as demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão”* (sic). Esta redacção *demasiado aberta* da al. *e)* do artigo 112.º, n.º 1, da LOSJ, suscitaria diversos conflitos negativos de competência em torno da interpretação do conceito de *“entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão”* – cf. Ferro, 2017: 157-170.

A questão só ficaria superada com a nova redacção daquele preceito legal, introduzida pelo artigo 22.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, ao elencar exaustivamente as 11 entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão de cujos actos cabe recurso para o TCRS.

correspondentes de outros Estados-Membros e/ou nos artigos 101.º e 102.º do TFUE, bem como pedidos de acesso a meios de prova relativos a tais acções, nos termos previstos na Lei n.º 23/2018.

A criação do TCRS traduziu uma opção legislativa nacional, enquadrada pelo memorando de entendimento celebrado a 17 de Maio de 2011, entre Portugal e a *troika* – formada pela União Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional –, consagrando uma opção deliberada pela instituição de um tribunal especializado, em matéria de concorrência, regulação e supervisão, que apenas conhece paralelo nos Estados-membros da Áustria, Malta e Polónia, para além do Reino Unido que entretanto abandonou a União Europeia.¹⁰

Na exposição de motivos da Proposta de Lei 32/XI/1 escreveu-se que “[a] criação (...) do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão permite assegurar uma melhor redistribuição de processos e o descongestionamento e redução do número de pendências nos Tribunais do Comércio, tribunais onde o número de pendências é muito elevado. Às vantagens inerentes à redução do número de processos que aí se encontram, juntam-se a especial complexidade destas matérias, o impacto supra nacional dos bens jurídicos em causa e motivos de celeridade no andamento das decisões, garantindo uma decisão mais célere e mais adequada para estas questões”.¹¹

Estamos, por conseguinte, perante um tribunal especializado em matérias relacionadas com o direito da concorrência, regulação e supervisão.

Para Marta Vicente, “[a] especialização jurisdicional anda ligada à natural «assimetria informativa» que existe entre os actores institucionalmente relevantes do mercado (os operadores e as agências, fundamentalmente), por um lado, e os juízes que são chamados a conhecer os actos de regulação, por outro. A natureza especificamente técnica (regulação económica) ou económica (disciplina da concorrência) desses actos só com uma adequada especialização pode ser mitigada. Este fosso exprime-se através da área vocabular hermética com que o juiz tem de trabalhar e que tem de dominar minimamente se quiser poder pronunciar-se sobre o litígio em causa em termos que não sejam meramente formais-procedimentais (...)”.¹²

Miguel Sousa Ferro, por seu lado, enfatiza: “A necessidade de estudo aprofundado de jurisprudência específica e extensa para compreensão de um direito pouco positivado, a necessidade de uma abordagem interdisciplinar com elevada dependência da ciência económica e a necessidade de recurso a conhecimentos altamente especializados de diferentes áreas científicas e técnicas, consoante a área de regulação, fazem com que um número significativo

¹⁰ Conforme explica Miguel Sousa Ferro (2017: 203): “São minoritários os Estados-membros da União Europeia que, até agora, optaram por criar tribunais especializados similares ao TCRS. (...) [N]a maioria dos restantes Estados, alcança-se um grau variável de especialização através da concentração de alguns destes tipos de processos numa secção de um determinado tribunal, tanto na primeira instância como nas instâncias de recurso (Alemanha, Bulgária, Espanha, França, Itália e Roménia)”.

¹¹ Cf. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=35425>.

¹² p. 14.

das pronúncias do TCRS impliquem um elevado esforço de preparação e estudo para os magistrados".¹³

É inegável que com alguma frequência, mas não sendo a regra, o TCRS tem-se deparado com a distribuição de processos de elevada complexidade, sendo certo que a complexidade processual é apanágio de todos os tribunais, em maior ou menor escala, especialmente quando falamos de instâncias centrais.

Centrando a atenção nos recursos de contra-ordenação, os quais têm ocupado mais significativamente a actividade jurisdicional do tribunal até esta data, regista-se que o número total de processos de complexidade elevada – acima dos 100 000 € – e muito elevada – acima dos 500 000 € – distribuídos, desde 2017 até 2021 se cifrou em 68, pelo que a média se situou na ordem dos 14 processos/ano, ou menos de 5 processos/ano por cada lugar de juiz. Os restantes processos contra-ordenacionais ocupam cerca de 90% da actividade do tribunal. No corrente ano de 2022, e até meados do mês de Maio, entraram em todo o tribunal 5 processos de complexidade elevada e muito elevada.¹⁴

Não me parece, contudo, desejável que, pelo facto do TCRS ter de lidar com a natureza de processos com que tem de lidar, e em que são habitualmente partes algumas das empresas mais conhecidas do país, das mais diversas áreas económicas e financeiras, e alguns dos seus protagonistas mais conhecidos (designadamente banqueiros e gestores), conduzindo a uma frequente exposição mediática do tribunal – normal numa sociedade democrática e evoluída, tais idiosincrasias possam, subliminarmente, contribuir para converter o TCRS num qualquer “*tribunal especial*”, qual epicentro do sistema judiciário.

A problemática da criação de tribunais e juízes especializados no espaço europeu foi objecto de análise atenta do Conselho Consultivo de Juízes Europeus (doravante, CCJE) que, reunido em Paris em 2012, emitiu, a final, o conhecido “*Parecer sobre a Especialização de Juízes*”.¹⁵

Trata-se de um documento importante, talvez um pouco descurado pela nossa doutrina, do qual gostaria de salientar um ponto fulcral: todos os Juízes, sejam *generalistas* ou *especializados*, devem ser especialistas na *arte de julgar* e ser capazes de analisar e compreender os factos e a lei de modo a tomar decisões em todos os casos, quaisquer que sejam as matérias com que se confrontem.

O parecer do CCJE acentua que a especialização do juiz oferece vantagens ao permitir-lhe assegurar o aprofundamento de conhecimentos e a aquisição de experiência no âmbito da sua competência, tendendo, conseqüentemente, a proferir decisões judiciais de melhor qualidade e aumentando, desse modo, a autoridade da sua jurisdição. Por seu turno, aduz-se que a concentração de determinados processos judiciais num círculo de juízes especializados pode favorecer a uniformização jurídica das decisões e, por conseguinte, a segurança jurídica.

¹³ Ferro, 2017: 151.

¹⁴ Dados retirados do sistema *Citius*.

¹⁵ *Opinion (2012) number 15 of the Consultative Council of European Judges on the Specialization of Judges, adopted at the 13th plenary meeting of the CCJE (Paris, 5-6 November 2012)* <https://rm.coe.int/16807477d9>

Todavia, o mesmo parecer alerta para os possíveis limites e perigos da especialização.

Sem esgotar essas advertências, o parecer coloca em evidência, desde logo, a questão da tendência para a reprodução das decisões judiciais anteriormente tomadas sobre um mesmo assunto, o que pode fazer perigar a evolução jurisprudencial em coerência com as necessidades da sociedade, problema que será tanto maior quanto mais restrito for o número de juízes que analisam determinadas questões ou matérias jurídicas.

Adverte o parecer, igualmente, para o facto dos juristas especializados tenderem a desenvolver uma linguagem e conceitos específicos de uma área jurídica que muitas vezes são desconhecidos dos demais juristas, o que pode conduzir a uma *compartimentação* do direito e do processo, e desviar os juízes especializados das realidades jurídicas comuns a outras matérias, afastando-os potencialmente dos princípios gerais e dos direitos fundamentais, com prejuízo para o princípio da unidade do direito e da segurança jurídica.

Lembra, ainda, que, em determinadas situações, a especialização dos juízes pode ser perniciosa à unidade do próprio sistema judicial, dando aos juízes especializados a impressão que os seus conhecimentos em determinada área jurídica os colocam num patamar diferenciado dos restantes juízes, como que pertencendo a uma *elite de juízes*, podendo igualmente criar no público a impressão de que alguns juízes são *super juízes* ou que, pelo contrário, um determinado tribunal mais não é do que um órgão puramente técnico separado do sistema judicial.

Por fim, e não esgotando todos os pontos do parecer, avisa-se que a criação de tribunais altamente especializados pode ter o propósito ou o efeito de separar os juízes aí colocados do restante corpo judicial, tornando-os mais vulneráveis a uma maior pressão das partes, dos interesses de determinados grupos e de outros poderes do Estado. Ficam estas notas para reflexão.

Seja como for, a realidade é que, em Portugal, o legislador tomou uma opção firme pela criação de um tribunal especializado para lidar com os recursos contra-ordenacionais e, igualmente, com a maioria dos litígios civis emergentes do direito da concorrência e regulação, evidenciando o TCRS alguns processos que lidam com matérias com elevada tecnicidade e cujas decisões têm tendencialmente um relevante impacto no sector económico e na vida dos próprios consumidores.

3. O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e Santarém

Outro aspecto que gostava de abordar relaciona-se com a localização geográfica do TCRS dado que, mesmo antes da acomodação deste tribunal em Santarém, algumas vozes se manifestaram contra a sua presente sede.

Argumentou-se, então, entre outros aspectos, que a “*esmagadora maioria dos cidadãos que terão que se deslocar a tal tribunal estão baseados em Lisboa, numa proporção que não tem*

*proximidade com a de qualquer outra área especializada da justiça”, aludindo-se, inclusive, a uma “ineficiência económica acrescida gerada por uma peregrinação constante, de Lisboa para Santarém, de funcionários do Estado, advogados, estagiários, assessores económicos ou outros peritos, representantes das empresas, ou testemunhas, para efeito de audiências de julgamentos (quantas vezes adiadas e que, atenta a complexidade deste tipo de processos, podem decorrer durante semanas), ou meras consultas de processos”.*¹⁶

Salvo o devido respeito, além de os 10 anos já transcorridos desde a instalação do TCRS na sua actual sede não terem confirmado estes receios, creio que a questão da localização do tribunal não representa, na presente data, um problema, constituindo essa “preocupação”, na minha opinião, uma questão lateral que não pode escamotear aspectos bem mais relevantes relacionados com o modo de funcionamento da justiça na globalidade e do TCRS em particular. Direi mesmo que esta visão, defensora de uma hipotética localização do TCRS na capital do país, a existir ainda hoje, mais não é do que um resquício ultrapassado de uma visão centralista da Justiça, apenas compreensível pelo facto objectivo de em Lisboa se sedarem a maioria das entidades administrativas de regulação e supervisão e muitos dos mais importantes escritórios de advocacia do país, o que não impressionará especialmente atendendo aos recursos tecnológicos e informáticos existentes em pleno século XXI, mormente as plataformas digitais acessíveis a todos os operadores judiciários.

A tecnologia hoje existente permite, sem qualquer dificuldade de monta, a realização de diligências judiciais, inquirições de partes, de testemunhas e de peritos, se necessário for, por videoconferência, a partir de qualquer ponto do país e inclusive do estrangeiro, a que se soma o facto objectivo de a obrigatoriedade da tramitação electrónica dos processos judiciais pendentes neste tribunal, como na esmagadora maioria dos tribunais portugueses, não olvidando, por fim, que Santarém, além da sua centralidade, dispõe de óptimas vias de acesso ao norte e ao sul do país, quer rodoviárias, quer ferroviárias.

4. Expectativas em torno da actividade jurisdicional do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: Justiça Preditiva?

Abordarei, seguidamente, um outro ponto relacionado com a actividade jurisdicional e as expectativas dos diversos intervenientes processuais que recorrem aos Tribunais e particularmente ao TCRS.

Os cidadãos e as empresas que demandam os Tribunais, num Estado de Direito, procurando a tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos, reclamam do sistema judiciário uma resposta de qualidade e temporalmente adequada, para o que convergem dois aspectos essenciais: 1.º) a capacidade dos tribunais e 2.º) a independência dos tribunais.

¹⁶ Anastácio, 2011: 53. Em sentido análogo, Nuno Ruiz, in Jornal de Negócios, de 20 de Março de 2012 (https://www.jornaldenegocios.pt/empresas/concorrenciaregulacao/detalhe/nuno_ruiz_tribunal_da_concorrecircncia_em_santareacutem_quoteacutem_inexplicaacutevelquot).

Focando-nos na acção jurisdicional do TCRS, a questão da *Capacidade* relaciona-se, indelevelmente, com os recursos disponíveis, materiais e humanos: a crescente demanda do Tribunal, mais recentemente na área da jurisdição cível, fruto do incremento da propositura de acções de *private enforcement* da concorrência, e a falta de meios próprios do Tribunal, designadamente instalações, coloca-o à mercê da boa vontade de serviços que não estão sob a sua jurisdição, sendo evidente a preocupação que o Conselho Superior da Magistratura e a presidência do Tribunal¹⁷ têm manifestado, desde há vários anos, junto do Ministério Justiça e das entidades sob a sua tutela, em especial, o IGFEJ.

A questão da *Independência*, princípio basilar do Estado de Direito democrático, é especialmente delicada, porquanto, a maior visibilidade de actuação do Tribunal pode conduzir quer a tentativas de pressão, quer a uma ingerência indirecta do poder político, através, designadamente, da implementação de sucessivas políticas de reforma da Lei da Organização do Sistema Judiciário, que poderão afectar o *acquis* já consolidado.

Dada a natureza dos assuntos debatidos no TCRS, especialmente quando analisa e decide recursos de contra-ordenação em que são aplicadas coimas de elevado valor, quer as entidades de supervisão e regulação, por um lado, quer as empresas visadas e os seus responsáveis, por outro lado, desejam (e exigem) uma elevada previsibilidade das decisões judiciais tomadas.

Num texto recente intitulado “*O Juiz e o Algoritmo (em defesa da natureza humana do julgamento)*”, Carlo Vittorio Giabardo, catedrático italiano, escreve, com alguma ironia, que “[o] direito, para ser funcional à economia e às práticas quotidianas, deve aspirar a ser geométrico, matemático, científico, certo, capaz de prever: numa palavra, «previsível»”.¹⁸

Salienta este autor que, embora tardiamente, conceitos como *tecnologia jurídica*, *inteligência artificial*, *justiça digital* e *justiça cibernética* estão agora em voga, sendo o fio condutor deste vasto universo técnico-jurídico a noção de “Justiça Preditiva”, definida como a necessidade de que as consequências legais das nossas acções sejam tanto quanto possível previsíveis – e previsíveis antecipadamente –, e que a margem de incerteza seja reduzida ao mínimo, até potencialmente desaparecer.

O objectivo da *justiça predictiva* é, em síntese, tornar transparentes as consequências das acções humanas, em caso de conflito, através da utilização de grandes bases de dados (*big data*), ou seja, imensas colecções de informação, que a mente humana não seria capaz de elaborar, e cuja análise e combinação permite descobrir estruturas e padrões de regularidade, enquanto antes apenas se podia ver caos, confusão e aleatoriedade. É o poder do algoritmo.

A realidade é que, como previne o autor, fazer justiça é muito mais difícil do que só aplicar a lei de forma fria. O direito paira no equilíbrio entre a certeza (que pressupõe imutabilidade) e a necessidade de adaptação (que implica, por definição, a evolução e, por conseguinte, a

¹⁷ É de realçar que o TCRS, para além de estar dotado de um quadro completo de três juízes, tem beneficiado, com regularidade, da adopção concertada de diversas medidas gestionárias entre a presidência da Comarca e o Conselho Superior da Magistratura, designadamente através da colocação adicional de juízes para lá do quadro desde Setembro de 2020.

¹⁸ Giabardo, 2021: 2.

incerteza): as normas legais devem ser adaptadas às especificidades dos casos concretos e evoluir e ser adaptadas, especialmente quando a sua interpretação ou aplicação parece ser ou é injusta.¹⁹

E conclui: “*Julgar significa, portanto, não ser impenetrável. Julgar significa «sintonizar». O julgamento é um contexto emocional; os tribunais são os lugares emocionais por excelência, e todos os participantes no litígio são também seres emocionais*”.²⁰

O que se afirma é tão válido para um julgamento de um qualquer tribunal de competência genérica ou especializada como o é, igualmente, para um julgamento do TCRS.

5. Três simples propostas para a melhoria de funcionamento do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: Digitalização, simplificação e limitação do tempo.

Termino com três propostas muito concretas, de *jure constituendo*, que não sendo exclusivas deste tribunal, penso poderão contribuir para melhorar o modo de funcionamento do TCRS e que passo a sumariar:

- 1) Digitalização processual integral;
- 2) Simplificação dos articulados/diminuição da prolixidade das peças processuais;
- 3) Limitação do tempo dos depoimentos testemunhais.

5.1. Digitalização processual integral

No que se reporta à digitalização processual urge alterar a redacção do artigo 1.º, n.º 3, da Portaria n.º 280/2013, de 26 de Agosto [na versão emergente da Portaria n.º 267/2018, de 20 de Setembro] ao excepcionar da obrigatoriedade de tramitação electrónica obrigatória das impugnações judiciais das decisões e das demais medidas das autoridades administrativas tomadas em processo de contra-ordenação, toda a fase pré-judicial administrativa.

Penso que, no actual momento, não é compreensível esta separação de regimes de tramitação processual entre a fase administrativa e fase judicial – processo físico vs. processo electrónico – , continuando a assistir-se, com frequência, à remessa ao TCRS de dezenas de volumes – e mesmo, por vezes, centenas de dossiês – contendo o processo administrativo tramitado junto das entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão previstas no artigo 112.º, n.º 1, da LOSJ.

A sugestão do alargamento da desmaterialização obrigatória a todos os processos de contra-ordenação, logo na fase administrativa, sempre que exista recurso perante o TCRS, foi

¹⁹ Ao conduzir um julgamento e decidir a final, o juiz tem de separar o complexo dialéctico entre regras e princípios jurídicos, avaliar cuidadosamente a evolução das necessidades e interesses da sociedade, devendo, perante um novo caso, "descobrir" uma solução legal e justificá-la. Ora, estes são fins que estão em desacordo com os objectivos frios da justiça algorítmica – Giabardo, 2021: 9.

²⁰ Giabardo, 2021: 12.

apresentada ao Conselho Superior da Magistratura em 2019 e prontamente comunicada pelo Conselho ao Ministério da Justiça nesse ano. Perante a falta de tomada decisão, já no decurso do corrente ano foi realizada nova insistência pelo CSM junto daquele Ministério.

A digitalização integral dos processos contra-ordenacionais numa fase precoce traria ganhos de tempo significativos, o que é especialmente relevante quando a *espada de Dâmocles* da prescrição está sempre presente, mormente porque, indesejavelmente, em algumas situações, continua a verificar-se que os processos são remetidos a Juízo em datas muito próximas da ocorrência da prescrição.

5.2. Simplificação dos articulados/diminuição da prolixidade das peças processuais

No que tange à simplificação das peças processuais e articulados começo por recordar as palavras de Fritjof Haft. Diz ele: “*Nos seus melhores momentos, a linguagem jurídica é certa, curta, sóbria e livre de pretensões de imponência*”.²¹ Sublinha, porém, que não pode escamotear-se que as “velhas virtudes” da simplicidade da linguagem e da concisão se perderam em grande medida, registando que se é certo que o mundo se tornou mais complicado, nem por isso as nossas capacidades linguísticas se tornaram maiores. Apregoa, como tal, que deve ser feito um esforço no sentido de empregar a maior simplicidade e concisão possíveis, designadamente no momento decisório.

Na verdade, a “cultura da prolixidade” talvez não seja tão proeminente noutras actividades como é nos meios jurídicos: criou-se entre os intervenientes processuais o mito de que escrever bem é escrever muito e exaustivamente.

Por isso, tal como os juízes o têm de fazer nas sentenças, também os advogados terão de interiorizar que uma justiça de qualidade e temporalmente adequada não se compadece com articulados desmesurados, compostos por exuberantes peças processuais, em que factos e direito aparecem aglutinados em bloco, dificultando a tarefa de saneamento do juiz e de delineamento do objecto do litígio a dirimir.

A realidade é que, com grande frequência, continua a assistir-se à prolixidade dos articulados sem qualquer distinção, ou com deficiente distinção, entre os factos principais e factos instrumentais ou acessórios, conduzindo a peças processuais com centenas de artigos, sem qualquer discriminação sintetizada da factualidade da qual pode decorrer a procedência ou improcedência de determinada pretensão.

Tem de se conferir decisivamente ao tribunal, sem qualquer tibieza, a autoridade processual de impedir tais situações, mediante a concessão de poderes efectivos que lhe permitam exigir a apresentação de peças sucintas e concisas que se cinjam ao que é relevante para decidir o litígio e que expurguem o acessório e gongórico, se necessário for através de penalizações pecuniárias.

²¹ Haft, 2009: 305.

5.3. Limitação do tempo dos depoimentos testemunhais

Não desconhecendo que a questão da limitação de tempo de depoimentos testemunhais, em abstracto, é polémica, a verdade é que seria desejável que, ao abrigo dos poderes de gestão do juiz, para além da definição dos dias e sessões de julgamento, pudesse ser estimado e acordado, em audiência preparatória do julgamento, o tempo concreto de depoimento de cada testemunha, com a participação colaborante e activa dos mandatários judiciais dos intervenientes processuais e sempre com integral respeito pelo processo equitativo, na vertente dos princípios da igualdade das partes e do contraditório – cf., v.g., artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Decidir-se-ia, nessa fase inicial, não só a forma de tramitar o processo, o que solicitar aos intervenientes processuais e quando, o que aceitar ou indeferir dos seus requerimentos, que actos seria necessário praticar, por que ordem e com que função, mas o tempo que cada meio probatório levaria a produzir em concreto.

Tal mudança de paradigma exigiria, no fundo, que, a par da gestão processual do juiz, já legalmente prevista, fosse mais incentivada a colaboração estreita dos mandatários judiciais, aumentando a sua responsabilização pró-activa e cooperante com o tribunal.

O que é absolutamente despropositado e inaceitável é estar a sujeitar o sistema judicial, muitas vezes e em muitos processos, a uma actividade instrutória demorada e onerosa, designadamente *forçando-o* a proceder a inquirições de testemunhas que duram várias horas e sessões de julgamentos, quando, por vezes, já se dispõe de total clarificação da matéria de facto em discussão e se para a resolução do caso em litígio é totalmente irrelevante procrastinar a duração da inquirição.

Uma audiência de julgamento não pode servir de palco para discussões jurisprudenciais e doutrinárias desnecessárias, por muito interessantes que sejam, e o tribunal não é um local de discussão académica.

A este propósito escreveu-se nos cadernos de “Justiça Económica em Portugal”, no capítulo dedicado à Prova: *“Um instrumento muito convocado noutros sistemas processuais, e de aconselhável introdução entre nós, em sede de produção de prova testemunhal (e em geral nas audiências), respeita à limitação do tempo de inquirição. Atribui-se, a cada uma das partes, um número de sessões ou horas, incumbindo àquelas proceder à sua gestão em função, designadamente, do número de testemunhas que pretendem apresentar. O tempo, se fixado em horas, é rigorosamente cronometrado, não se permitindo, em caso algum, extensões do acordado. Isso faz com que os advogados disciplinem as suas inquirições e instâncias, impedindo uma extensão desmesurada dos julgamentos e o incumprimento dos tempos das sessões inicialmente agendadas. (...) Esta gestão do tempo impede ou diminui consideravelmente a possibilidade de ser necessária a marcação de sessões para além das inicialmente agendadas. Essencial para o sucesso e adequação desta medida é que ela seja determinada em conjunto*

*com os advogados – serão estes quem melhor conhecerá o tempo necessário para a inquirição e instância de cada testemunha que pretendem apresentar”.*²²

O que aqui se propõe consta já, em grande medida, das regras processuais do *Competition Appeal Tribunal* do Reino Unido de 2015 – com jurisdição para recursos dos reguladores britânicos e para decidir certos casos de *private enforcement* do direito da concorrência –, que num singelo *código* de 120 artigos disciplina o processo perante aquele tribunal e que bem podia inspirar o legislador português.

6. Síntese conclusiva

A génese e a instalação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, em Portugal, correspondeu ao desiderato legislativo de descongestionar os Tribunais de Comércio, apetrechando o aparelho judiciário de um tribunal especializado para lidar com matérias relacionadas com o direito da concorrência, por vezes revestindo maior técnica e complexidade, solução que não foi sufragada pela maioria dos Estados-membros da União Europeia.

A especialização dos tribunais comporta, de acordo com parecer veiculado pelo CCJE, algumas vantagens – aprofundamento de conhecimentos e aquisição de experiência dos juízes e maior uniformidade jurídica das decisões –, mas igualmente alguns riscos – reprodução das decisões judiciais, desenvolvimento de uma linguagem e conceitos específicos desconhecidos da comunidade jurídica em geral, criação de uma *elite de juízes*, maior vulnerabilidade à pressão das partes ou interesses de determinados grupos.

Na presente data, a sede do TCRS, em Santarém, inicialmente criticada por alguns sectores, é uma questão lateral, tendo em atenção as plataformas tecnológicas existentes e a tramitação electrónica obrigatória dos processos judiciais.

Não obstante o anseio das entidades de supervisão e regulação, por um lado, e das empresas visadas e seus responsáveis, por outro, de uma elevada previsibilidade do teor das decisões judiciais tomadas no TCRS, é fulcral ter em atenção que a Justiça não é uma mera equação matemática ou operação silogística, sendo o Direito, por natureza, de carácter evolutivo, porquanto as normas legais têm de ser adaptadas a casos concretos, assentando a justiça no difícil e permanente equilíbrio entre a certeza e a necessidade de adaptação.

A melhoria do modo de funcionamento do TCRS, para o futuro, pressupõe medidas simples e unívocas, das quais se destacam, fundamentalmente, as seguintes: a necessidade de digitalização integral dos processos desde a fase administrativa; a simplificação dos articulados e a redução da prolixidade das peças processuais; e, por fim, avançar, sem quaisquer receios, para a limitação do tempo dos depoimentos testemunhais.

²² Gouveia, Garoupa & Magalhães, 2012: 87/88.

Com o acolhimento legal destas propostas a actividade do TCRS, à semelhança de todo o sistema judicial, teria seguramente maiores ganhos de eficácia, produzindo decisões ainda mais justas, temporalmente adequadas e com custos mais comedidos. Pede-se coragem ao legislador para não procrastinar estas e outras soluções.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro

1990 “Direito Português da Concorrência (Em torno do Decreto-Lei n.º 422/83)”, in Boletim da Ordem dos Advogados, ano 50, Dezembro 1990, Volume III, pp. 577-622

ANASTÁCIO, Gonçalo

2011 “Aspectos Normativos Decisivos para a Modernização do Direito da Concorrência em Portugal”, in *Revista da Concorrência & Regulação*, n.º 5, pp. 43-55

FERRO, Miguel Sousa

2017 “Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: Uma Análise Jurídico-Económica no seu 5.º Aniversário”, in *Revista da Concorrência & Regulação*, n.º 30, pp. 143-238

GIABARDO, Carlo Vittorio

2021 *The Judge and the Algorithm (In Defense of the Human Nature of Judging)*, Junho de 2021, pp. 1-15, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3859922

GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno & MAGALHÃES, Pedro (coords.)

2012 *Justiça Económica em Portugal: Produção de Prova*, in Fundação Francisco Manuel dos Santos, Caderno 3/6, pp. 1-92, disponível em <https://www.ffms.pt/FileDownload/4e81fae5-0ebc-40bc-a1fc-d87409c1a5b9/justica-economica-em-portugal-prova-caderno>

HAFT, Fritjof

2009 “Direito e Linguagem”, in A. Kaufmann e W. Hassemer (org.), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, 2.ª edição, pp. 303-326

HENRIQUE, Luís

2020 “A Transposição da Diretiva ECN+ e o seu impacto no ordenamento jurídico nacional”, in *Revista da Concorrência & Regulação*, n.ºs 42/43, pp. 117-125

VICENTE, Marta

2012 “Comentário à Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, que cria o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão”, in Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, CEDIPRE Online, n.º 11, Coimbra, disponível em <https://www.fd.uc.pt/cedipre/cedipre-online>

Vídeo da comunicação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2i6jthwgt5/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Direito das Contraordenações nos tempos actuais

Painel I

Regimes diferenciados para as grandes contraordenações: Incidências substantivas e processuais



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

COMARCA DE SANTARÉM



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



PAINEL I

REGIMES DIFERENCIADOS PARA AS GRANDES CONTRAORDENAÇÕES: INCIDÊNCIAS SUBSTANTIVAS E PROCESSUAIS

Breve Apresentação do Tema

Ana Pessoa*

Vídeo da comunicação

1. Foi com enorme honra e alegria que aceitei o convite para participar nas III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (de ora em diante TCRS) subordinadas ao tema “O Direito das Contra-Ordenações nos tempos atuais”, que se realizam na data em que se comemora o 10.º Aniversário da instalação deste Tribunal de competência territorial alargada.

Como é sabido, a criação do TCRS foi um compromisso assumido pelo Estado Português no âmbito do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica celebrado entre Portugal e a União Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, de 17 de maio de 2011, no qual ficou consagrada a necessidade de “(...) torn[ar] completamente operacionais os tribunais especializados em matéria de concorrência e de direitos de propriedade intelectual (...)”.

Foi criado pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, instituído pelo Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março e instalado a 30 de março de 2012, na decorrência da Portaria n.º 84/2012.

A decisão de criação deste Tribunal resultou da constatação da relevância social, económica e jurídica das matérias e dos processos que constituem o objecto da sua actividade, da especial e crescente complexidade do direito que é chamado a aplicar, a maior parte das vezes fruto de transposição de normas da União Europeia, que impõem um estudo aprofundado não só das que estiveram na sua origem, mas também da jurisprudência, nacional e europeia, específica e extensa, que as vem interpretando, “fazendo luz” sobre muitos dos conceitos criados pela referida legislação aplicável, o que interpela os que aqui exercem funções a um esforço cada vez maior, de estudo e actualização, apenas possível com a especialização em função da matéria.

No impacto supranacional dos bens jurídicos em causa e na gravidade das sanções aplicáveis às infracções da competência da Autoridade da Concorrência, da Autoridade Nacional de Comunicações, do Banco de Portugal, da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, para mencionar apenas algumas das autoridades em matéria de Concorrência, Regulação e Supervisão, radica a percentagem invulgarmente elevada de processos complexos, que reclamam actividade investigatória morosa, muito técnica e interdisciplinar e determinam, muitas das vezes, que os processos apenas cheguem a Juízo anos depois da prática dos factos, tudo a reclamar uma resposta muito especializada e célere por parte desta jurisdição.

* Juiz Desembargadora do Tribunal da Relação de Lisboa – Presidente da Seção de Propriedade Intelectual e de Concorrência, Regulação e Supervisão.

Neste seu décimo aniversário, pode afirmar-se com segurança que, fruto do extraordinário empenho e da imensa dedicação de todos os que aqui têm exercido as suas funções, os quatro objectivos subjacentes à criação do TCRS:

- (i) uma justiça melhor;
- (ii) uma justiça mais célere;
- (iii) uma justiça mais uniforme; e
- (iv) uma justiça mais próxima dos cidadãos – obtêm concretização todos os dias, em face do elevado nível técnico-jurídico das decisões aqui proferidas e da cada vez maior capacidade de resposta em tempo útil, o que se traduz em melhores e mais rápidas decisões, numa clarificação das normas e regimes aplicáveis, num serviço cada vez melhor, quotidianamente prestado ao cidadão/contribuente/consumidor.

2. De que falamos quando fazemos referência à expressão “GRANDES CONTRA-ORDENAÇÕES?”

Trata-se, na sua maioria de contra-ordenações de natureza económico-financeira, que se diferenciam das demais contra-ordenações que podem designar-se de “bagatelares” essencialmente em duas perspectivas, uma quantitativa, outra qualitativa.

A sua origem confunde-se com a emergência do Estado Regulador, surgido no quadro das profundas transformações estruturais da organização e regulação económicas, fruto da privatização e liberalização da economia, do conseqüente incremento das actividades económico-financeiras, que criaram a percepção de que as infracções nestes domínios são cada vez mais susceptíveis de gerar prejuízos de larga escala, para os cidadãos em geral, mas em particular para os contribuintes e para os consumidores, em face quer da integração europeia, quer da cada vez maior globalização da economia.

Para ilustrar a crescente percepção da importância das actividades de regulação no sector económico-financeiro basta pensar que a partir da crise de 2007/2008, a identificação, como causa específica dessa mesma crise, da violação de regras de funcionamento interno das instituições de crédito, ou de práticas insuficientes nesta matéria, que ficaram associadas à própria crise, e o nível de sacrifícios que os contribuintes foram chamados a suportar, determinou que o «compliance» deixasse de ser apenas um instrumento dirigido à prossecução do interesse social, para constituir uma salvaguarda ou garantia de que a sociedade respeita um conjunto de ditames, legais e regulatórios, que visam proteger os interesses de terceiros e o interesse público, de feição, por isso mesmo, imperativa e hétero-determinada.

Tal percepção determinou a criação de numerosas entidades reguladoras, com poderes normativos sectoriais, mas também sancionatórios, tendo o direito contra-ordenacional sido instituído como o respectivo sistema sancionatório por excelência.

O direito contra-ordenacional entrou, assim, em novos domínios, de âmbito sectorial por se referir a específicas áreas de actividade e regulação económica e social, concorrendo com o direito penal económico na medida em que foi chamado a desempenhar um papel de tutela de

alguns dos mais importantes bens jurídicos da Constituição Económica, em relação às mais severas ofensas que lhes podem ser dirigidas, designadamente no âmbito do sancionamento dos comportamentos anti concorrenciais previstos nos artigos 101º e 102º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, e no artigo 9º do Regime Jurídico da Concorrência, das infracções Bancárias e Financeiras, cuja investigação se encontra a cargo do Banco de Portugal e da Comissão do Mercado de Valores Imobiliários, ou das infracções relativas ao Branqueamento de Capitais e ao Combate à Corrupção.

Em consequência, o montante das coimas cominadas para tais infracções foi fixado em valores muitíssimo elevados, que em muitos ordenamentos ultrapassa largamente a gravidade máxima admitida para a pena "principal" de multa aplicável aos crimes, o que é reflexo dos potenciais prejuízos que lhes estão associados, prevendo-se ainda, em regra, sanções acessórias severamente restritivas de direitos profissionais ou de actividade económica.

A elevação do valor das coimas e a severidade das sanções acessórias cominadas, foram os instrumentos utilizados pelo Estado para obter a eficácia preventiva, geral e especial, das sanções, dirigidas a agentes económicos com actividades económicas de grande dimensão e que movimentam gigantescos fluxos financeiros

Assim, numa perspectiva **quantitativa**, a especificidade de tais grandes contra-ordenações revela-se na enorme severidade das coimas cominadas, por contraposição às sanções em geral aplicáveis às contra-ordenações bagatelares; do ponto de vista **qualitativo**, elas distinguem-se por visarem a tutela dos bens jurídico-económicos que na atualidade são valorados como os de maior relevo para a organização e ordenação económico-social¹.

Neste contexto, não falta quem entenda que os comportamentos sancionados, no plano substancial, constituem um crime económico, assumindo a diferença entre direito de mera ordenação social e direito penal uma natureza meramente formal e que “este atual paradigma obriga a uma recompreensão do conteúdo do facto punível contraordenacional e das finalidades das sanções contraordenacionais, abandonando-se ou reformulando-se aquelas conceções distintivas entre direito penal e direito contra-ordenacional baseadas numa suposta neutralidade ética da contraordenação”².

Consequentemente, quer na doutrina, quer na jurisprudência, surge cada vez mais questionada a possibilidade de resposta do Regime Geral das Contra-Ordenações para as questões jurídicas relativas este tipo de infracções, existindo quem entenda que devem as exigências e conclusões aproximar-se antes das que se propugnam no direito penal, sendo estes ilícitos remetidos para o âmbito dos crimes, com as sanções aos mesmos aplicáveis, ou até quem defenda um modelo tripartido (crimes / grandes contra-ordenações / simples contra-ordenações).

¹ Cf. Jorge de Figueiredo Dias, “Sobre as «Grandes Contraordenações»”, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, Vol. I., pg. 471.

² Cf. Nuno Brandão, “Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material”, Coimbra, 2016, p. 482 e “Acordos sobre a decisão administrativa e sobre a sentença no processo contra-ordenacional”, Revista Portuguesa de Ciências Criminais, Ano 21, N.º 4, 2011, p. 594.

As preocupações que a este nível vêm sendo partilhadas pela doutrina e pela jurisprudência relacionam-se, para além do mais, com a legalidade/tipicidade das normas que prevêm as infracções e as sanções, que muitas vezes são apelidadas de “normas em branco”, com a perda de vantagens com o ilícito, com a imputação objetiva e a conexão dos agentes com a criação do risco não permitido, com a problemática da autoria/cumplicidade, da culpa, com os direitos de defesa e o direito a um processo equitativo, designadamente com os princípios da não auto-incriminação e do “ne bis in idem”, com a prescrição e a retroactividade, com a punição do concurso, com a responsabilidade das pessoas colectivas e a problemática da “parent liability”³

4.

Deverá, entender-se com o Professor Figueredo Dias que “na medida em que o tempo se vá encarregando — nomeadamente através de progressiva sedimentação na consciência jurídica coletiva - de tornar um bem jurídico conformador de uma grande contraordenação económico-financeira em bem jurídico-penal, as condutas que o tiverem por objeto transmudar-se-ão em crimes, sujeitos à legislação penal; se, pelo contrário, a evolução lhes furtar a sua específica ilicitude ou a menorizar, as condutas abrangidas ou serão pura e simplesmente lícitas ou transmudar-se-ão em contraordenações simples?”⁵.

Estes alguns dos temas sobre os quais os Exmos. Senhores Professores Frederico de Lacerda da Costa Pinto⁶ e Nuno Brandão⁷, que integram este primeiro painel, que se encontram

³ Cf. entre muitos outros, os Acórdãos do TJUE de 16 de junho de 2016 proferido no âmbito do processo C-155/14 P (Acórdão Degussa), de 18 de Outubro de 1989 (Acórdão Orkem) e o recente Acórdão proferido no processo C-481/19 em 02.02.2021 Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 500/21, proferido em 09.06.2021, n.º 660/2021, de 29.07.2021, n.º 128/2010, de 13 de Abril de 2010,

⁴ Cf. Frederico de Lacerda da Costa Pinto, in “Supervisão do Mercado, Legalidade da Prova e Direito de Defesa em Processo de Contra-ordenação, Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade de Prova”, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 84/85.

⁵ Obra e local citados.

⁶ - Licenciou-se em 1986, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (menção de Ciências Jurídicas, 15 valores), onde obteve também o grau de Mestre em Direito, em 1991, com uma dissertação em Direito Penal, “A relevância da desistência em situações de comparticipação” (Muito Bom, 18 Valores);

- Obteve o grau de Doutor em Direito com a dissertação “A categoria da Punibilidade na Teoria do Crime”, sob orientação da Senhora Professora Doutora Teresa Pizarro Beleza, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em 11 de Fevereiro de 2013, tendo sido Aprovado com Distinção e Louvor, por unanimidade;

- É Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Presidente do seu Conselho Pedagógico. É também Assessor do Conselho de Administração da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (onde trabalha há cerca de 30 anos) e coordenador do grupo de investigação Criminalia, da FDUNL, juntamente com a Senhora Professora Teresa Pizarro Beleza. Tem realizado trabalhos académicos, publicado e leccionado na área do Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Económico, Direito das Contraordenações, História do Direito Penal e Supervisão do Sistema Financeiro;

- Escreveu mais de uma centena de Livros, monografias e textos de estudo para alunos e participou em inúmeras conferências.

- É colaborador assíduo nos cursos de formação de magistrados.

⁷ -Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 1999;

- Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 2005;

- Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 2015;

- Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde é docente de disciplinas de Direito Penal e Processo Penal desde o ano de 2000;

seguramente entre aqueles que mais têm estudado estes temas, que mais sobre os mesmos têm escrito, e que melhor têm iluminado o caminho de quem sobre os mesmos trabalha no foro, nos vão falar.

Vídeo da comunicação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2dw7mikhvg/streaming.html?locale=pt>

- Inscrito na Ordem dos Advogados Portuguesa desde 2001;
- Autor de três livros dedicados a temas penais e de dezenas de artigos publicados em revistas científicas e livros colectivos, portugueses e estrangeiros;
- Membro do Conselho Nacional de Avaliação (CNA) e do Conselho Nacional de Estágio e Formação (CNEF) da Ordem dos Advogados (triénio 2017-2019);
- Membro da Société Internationale de D fense Sociale;
- Membro da Association Internationale de Droit P nal;
- Colaborador permanente da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, da qual é Secretário de Redação;
- Publica regularmente artigos em revistas especializadas, possui capítulos de livros e 3 livros publicados;
- Orientou 16 dissertações de mestrado na área de Direito. Actua na área de Ciências Sociais com ênfase em Direito. Nas suas actividades profissionais interagiu com 6 colaboradores em co-autorias de trabalhos científicos.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



PAINEL I

REGIMES DIFERENCIADOS PARA AS GRANDES CONTRAORDENAÇÕES: INCIDÊNCIAS SUBSTANTIVAS E PROCESSUAIS

As grandes contra-ordenações e os seus desafios actuais

Nuno Brandão*

- I. Introdução
 - II. Aproximação à figura das grandes contra-ordenações
 - III. A adopção de meios de investigação agressivos para os direitos fundamentais
 - IV. A perda do benefício económico
 - V. O princípio *ne bis in idem*
- Vídeo da comunicação

I. Introdução

O tema para o qual somos convocados – *Regimes diferenciados para as grandes contra-ordenações: incidências substantivas e processuais* – gerou-me uma inquietação: valerá verdadeiramente a pena fazer a apologia – ou melhor, voltar a fazer a apologia, juntando-me a um coro que já conta com muitas vozes – de uma verdadeira reforma do direito contra-ordenacional que leve em devida linha de conta a realidade normativa das chamadas grandes contra-ordenações quando os reptos repetidamente lançados pela doutrina e pelos práticos vêm sendo olímpicamente ignorados pelo legislador?

Não valendo a pena, como provavelmente não valerá, será talvez preferível partilhar algumas reflexões críticas sobre rumos que têm marcado o direito contra-ordenacional económico e alguns desafios que este enfrenta e que, a meu ver, reclamam já uma particular atenção do legislador e da jurisprudência. Designadamente, nos planos dos poderes de investigação confiados às autoridades administrativas, das consequências jurídicas das infracções e da observância do princípio *ne bis in idem*.

Tomarei como ponto de partida uma posição de fundo acerca do direito contra-ordenacional actual e do seu relacionamento com o direito penal de convicta *defesa da figura das grandes contra-ordenações*¹. Posição que assenta na ideia de que a intervenção sancionatória assegurada pelo direito contra-ordenacional no domínio económico tem um carácter estrutural, constituindo o ramo sancionatório por excelência do chamado direito regulatório. Não significa isto que o direito penal não possa também actuar nesse domínio, mas essa actuação deve, por variadas ordens de razões, ter um carácter contido e fragmentário, como é próprio de uma concepção de direito penal de *ultima ratio* com natureza subsidiária.

Visando as grandes infracções contra-ordenacionais tutelar interesses económicos vitais da sociedade contemporânea, a acção contra-ordenacional neste contexto deve pautar-se pela

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ De forma desenvolvida, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra Editora, 2016, p. 467 e ss.

efectividade. Para esse efeito, devem as autoridades administrativas poder contar com *meios de investigação eficazes*, se necessário comprimindo direitos, liberdades e garantias fundamentais, com respeito, obviamente, pelo princípio da proibição do excesso e pelas demais condições de que depende a admissibilidade da sua restrição. Mas mais, devem as *sanções aplicáveis* poder ter um efeito realmente dissuasório, sobre o infractor e sobre os outros potenciais infractores, da prática futura de novas infracções da mesma espécie. E deve ainda haver meios que *privem o infractor das vantagens indevidamente obtidas* através da prática da contra-ordenação, de forma a mostrar que a contra-ordenação não compensa.

Esta efectividade, que frequentemente é sinónimo de severidade, do direito das contra-ordenações deve evidentemente ser compensada pela previsão de garantias e de meios de defesa que permitam às pessoas visadas defender cabalmente os seus interesses no processo contra-ordenacional. Desta perspectiva, será de convir que o asseguramento de uma defesa cabal reclama a previsão de regimes normativos especificamente vocacionados para o efeito.

Esta concepção implica ainda, pela negativa, o repúdio dos frequentes reptos no sentido de um recuo do direito contra-ordenacional em favor de um avanço do direito penal ou, pelo menos, da adopção de soluções para-penais.

II. Aproximação à figura das grandes contra-ordenações

Como se sabe, o termo “grandes contra-ordenações” foi cunhado na Alemanha. Já em 1956, falava Richard Lange nas “grandes contra-ordenações”, a propósito do § 3 da Lei de Direito Penal Económico que contemplava precisamente as denominadas infracções mistas² – infracções que ora poderiam ser crime ora contra-ordenação, de acordo com a famosa fórmula de Schmidt³. Mais recentemente, o termo voltou a ser empregue por Tiedemann e por Achenbach, para se referirem às infracções no âmbito do direito da concorrência, do sector financeiro e de outros sectores da área da regulação que reúnam duas características fundamentais: sejam puníveis com coimas acima de um milhão de euros, não lhes podendo por isso ser adscrita uma mera finalidade admonitória, de firme exortação ao cumprimento do dever violado; e integrem factos socialmente danosos, por atentarem contra autênticos bens jurídicos⁴.

Na Alemanha, porém, a matéria está longe de concitar a atenção e a preocupação que suscitam entre nós. São escassíssimos os estudos que se referem especificamente a essa categoria das grandes contra-ordenações e aos problemas que lhe são inerentes⁵. Como é óbvio, não faltam comentários e artigos doutriniais sobre as infracções que se usa reconduzir à categoria das

² RICHARD LANGE, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre”, *Juristenzeitung*, 1956, p. 77.

³ EBERHARD SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1950, p. 32.

⁴ Cf. KLAUS TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3.ª ed., Carl Heymanns Verlag, 2010, n.º m. 51; e HANS ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten – ein Phänomen im Dunkelfeld der kritischen Strafrechtstheorie”, in: Beulke *et al.* (orgs.), *Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Berlin, BWV, 2009, p. 101 e ss.

⁵ Para se ter uma ideia, contam-se pelos dedos das mãos os resultados devolvidos pelo *google* a uma pesquisa pela expressão “große Ordnungswidrigkeiten”.

grandes contra-ordenações. Porém, via de regra não é sob esse prisma problemático que tais infracções são abordadas. Esse contraste com o que por cá sucede talvez se deva à bem menor importância que na Alemanha é conferida ao tema da distinção material entre crimes e contra-ordenações e à maior adequação do critério dominante – o critério qualitativo-quantitativo⁶ – ao paradigma formado pelas grandes contra-ordenações.

Já no panorama português, grande parte da discussão contra-ordenacional continua a girar em torno da natureza da contra-ordenação e sua contraposição com o crime. E a posição dominante, de pendor qualitativo, tem enorme dificuldade em quadrar-se com as grandes contra-ordenações, daí resultando todo um pensamento em prol da erradicação de tais tipos de infracções da esfera contra-ordenacional⁷ ou de uma transformação descaracterizadora do processo contra-ordenacional no sentido da sua judicialização⁸.

Compreendendo-se, porém, que as grandes contra-ordenações são expressão de um novo paradigma contra-ordenacional instituído a partir da década de 1990 e que a sua erradicação implicaria uma ruptura sistémica, com efeitos tanto sobre o direito das contra-ordenações como sobre o direito penal, levando a uma brusca hipertrofia penal, tornar-se-á então também mais compreensível a nossa referida posição de princípio favorável à existência destas grandes contra-ordenações. Associamos à figura as infracções que visam a protecção de bens jurídicos de relevo no sistema económico e social perante ofensas graves que lhes possam ser dirigidas e que, sobretudo por isso, por serem portadoras de uma danosidade social qualificada, são puníveis com coimas de valores na ordem dos milhões de euros⁹. Para esta magnitude das coimas pode contribuir não só a gravidade da infracção propriamente dita, mas também o poderio económico do infractor.

É este, com efeito, um dado também ele estrutural a ter em conta neste contexto: os infractores tipo desta contra-ordenações são frequentemente empresas de grande porte, incluindo multinacionais com volumes de negócios capazes de rivalizar com o PIB de muitos Estados. O princípio da igualdade e a necessidade de garantir a eficácia preventiva das coimas aplicáveis exige um tratamento diferenciado, eventualmente em função do volume de negócios¹⁰. Isto,

⁶ Por todos e por último, CLAUS ROXIN / LUÍS GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen; Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª ed., C. H. Beck, 2020, § 2, nm. 130 e ss.

⁷ JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, “Questões hermenêuticas e de sucessão de leis nas sanções do Regime Geral das Instituições de Crédito – em especial a inibição de direitos de voto por violação de deveres de revelar participações qualificadas”, *Revista da Banca*, n.º 48, 1999, p. 49 e ss., e n.º 49, 2000, p. 68 e ss.

⁸ SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “Estrutura processual, competência decisória e garantias no direito contraordenacional – propostas de *iure condendo* no domínio das «grandes contraordenações»”, *RMP*, n.º 161, 2020, p. 171 e ss. Pela sujeição das grandes contra-ordenações a um “verdadeiro e próprio processo penal”, embora parecendo admitir a manutenção na Administração de poderes de processamento (inicial), RAUL SOARES DA VEIGA, “As grandes contraordenações – em vésperas da continuação de uma reforma iniciada auspiciosamente pelo novo Regime Jurídico das Contraordenações económicas”, in: *Prof. Doutor Augusto Silva Dias in Memoriam*, II, AAFDL, 2022, p. 641 e s.

⁹ Em termos similares, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre as «grandes contraordenações»”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, I, Instituto Jurídico, 2017, p. 475 e s.

¹⁰ Contra, opondo-lhe objecções de índole constitucional, PEDRO CAEIRO, “Punível com coima de até 10% de um montante qualquer: a inconstitucionalidade das normas sancionatórias do Regime Jurídico da Concorrência, na parte em que (não) fixam um limite máximo para as coimas aplicáveis ao Abuso de

para evitar situações como as que de seguida se descrevem, reveladoras de que as infracções podem, de facto, compensar.

Em Julho de 2019, no âmbito de um processo por violação de normas dirigidas à protecção da privacidade dos utilizadores, a FTC (Federal Trade Commission) e a Facebook firmaram um acordo de condenação da empresa numa coima de 5 mil milhões de dólares. Apesar de nunca antes se ter imposto nesse sector uma sanção de tal magnitude, a decisão foi generalizadamente tida como uma benesse (e por alguns, uma piada embaraçosa¹¹), ao ponto de o valor em bolsa da Facebook ter beneficiado da maior subida num ano. Temos, pois, que a inflicção da coima aumentou o património dos accionistas, incluindo do seu principal accionista e administrador, Mark Zuckerberg.

E só para que se não diga que se trata de realidade que nos é alheia, veja-se o caso que actualmente corre nos Países Baixos e poderia perfeitamente ter lugar em Portugal: em Agosto de 2021, a Autoridade da Concorrência holandesa ordenou à Apple que passasse a prever formas de pagamento externas à App Store em compras feitas em aplicações de encontros amorosos, sob pena de sofrer uma coima de 5 M € por semana de atraso, até um limite de 50 M€¹². Até à data, a Apple não cumpriu o ordenado, tendo-lhe sido aplicado um total de 50 M € coimas. Fazer aquilo que a Autoridade da Concorrência holandesa manda significa para a Apple abrir um precedente que poderá colocar em xeque fontes de receitas de milhares de milhões de Euros em todo o mundo, pelo que na relação custo/benefício a balança continuará a pesar decisivamente a favor da perpetuação da infracção.

III. A adopção de meios de investigação agressivos para os direitos fundamentais

1. Como é sabido, o RGCO estabeleceu uma proibição de princípio, que ainda hoje perdura, de recurso a meios de prova e de obtenção de prova de carácter coactivo ofensivos da esfera da privacidade das pessoas. Não se admite a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional; tal como se proíbem provas que colidam com a reserva da vida privada (art. 42.º).

A instituição destas limitações ligou-se em boa medida à ideia seminal de que o direito das contra-ordenações se encontraria ao serviço da protecção de interesses de pura ordenação social. Dessa perspectiva, tendo em conta o princípio da proporcionalidade, não fazia sentido sacrificar direitos fundamentais das pessoas, como os enunciados, para perseguir infracções dirigidas à tutela de interesses dessa natureza, de carácter eminentemente administrativo e tendencialmente bagatelar.

A partir do momento, porém, em que o direito das contra-ordenações abrange factos com verdadeira dignidade penal, respeitantes a ofensas qualificadas a interesses com um referente

posição dominante", in: *Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*, IV, Univ. Católica Editora, 2020, p. 2448 e ss.

¹¹ <https://www.theverge.com/2019/7/12/20692524/facebook-five-billion-ftc-fine-embarrassing-joke>

¹² <https://www.acm.nl/en/publications/acm-obliges-apple-adjust-unreasonable-conditions-its-app-store>

constitucional, já não se vê razão, do ponto de vista do princípio da proporcionalidade, para tais proibições de princípio. E daí que, no âmbito das grandes contra-ordenações, ao contrário do que tenderá a acontecer em relação às demais contra-ordenações, se possa justificar o emprego de meios de investigação agressivos para direitos fundamentais das pessoas. Avultam, neste contexto, as buscas, incluindo as buscas domiciliárias, e o acesso a dados e conversações armazenados em formato digital, eventualmente remetidos ou recebidos através de meios de telecomunicação.

O desenvolvimento normal e quotidiano das actividades económicas, no âmbito das quais se poderá justificar a realização de diligências investigatórias para o apuramento de práticas contra-ordenacionais, faz-se hoje essencialmente através do recurso a meios informáticos e de comunicação à distância. Sem prejuízo da óbvia importância de outros meios de prova, *maxime* da prova testemunhal, neste tipo de processos sem prova documental dificilmente se consegue provar o que quer que seja, tanto no sentido de uma condenação como no de uma ilibação de um suspeito. A obtenção dessa prova documental pode implicar a limitação de direitos fundamentais como o direito à não auto-inculpação e o direito à inviolabilidade do domicílio e a tomada de conhecimento e a valoração do seu conteúdo podem significar uma devassa da vida privada e de segredos comerciais.

Ao contrário do que sucede noutros sistemas processuais, como o norte-americano, onde o princípio da proibição da auto-incriminação não abrange a disponibilização de documentos¹³, no ordenamento português os suspeitos da prática de infracções beneficiam em geral da prerrogativa de não colaboração com as entidades de investigação¹⁴. Claro que em boa parte destes domínios as pessoas objecto de suspeita estão sujeitas a deveres de colaboração com a autoridade reguladora, no âmbito da supervisão por esta exercida, o que mitiga a necessidade de recurso a meios coercitivos de obtenção de prova como são as buscas¹⁵. Não obstante, não se concebe que face a uma recusa de colaboração ou a uma suspeita de colaboração incompleta e desleal as entidades administrativas devessem ficar de pés e mãos atados, sem meios para, por sua própria iniciativa, irem buscar e apreender a documentação física e/ou electrónica útil para a descoberta da verdade.

A esta luz, justifica-se, no seio das grandes contra-ordenações, a tendência para a previsão de normas que habilitam as autoridades administrativas a promover a realização de buscas, incluindo buscas domiciliárias (art. 215.º do RGICSF e art. 19.º da Lei da Concorrência). A abertura do direito contra-ordenacional a um meio de investigação como é a busca não transforma a sua natureza: como se disse, a causa para esta “deriva” está a montante, correspondendo à atribuição de relevo contra-ordenacional (e não penal) a ofensas graves a bens jurídicos com um referente constitucional. É a necessidade de protecção de tais interesses

¹³ Cf. JOEL SAMAHA, *Criminal Procedure*, 10.ª ed., Cengage, 2021, p. 328 e s., e Acs. do Supremo Tribunal Federal nos casos *Fisher v. United States* (425 U.S. 391; 1976) e *United States v. Hubbell* (530 U.S. 27; 2000).

¹⁴ Cf., v. g., os Acs. do TC n.ºs 461/2011 e 298/2019.

¹⁵ NUNO BRANDÃO, "Colaboração com as autoridades reguladoras e dignidade penal", *RPCC*, 2014, n.º 1, p. 29 e ss.

que justifica e legitima as buscas, não me parecendo que faça sentido objectar a elas simplesmente porque os factos em questão têm natureza contra-ordenacional e não penal¹⁶.

2. Por mais ingentes, porém, que sejam as necessidades de tutela de um dado interesse objecto de cobertura contra-ordenacional, não são elas suficientes para ultrapassar o limite intransponível estabelecido pelo art. 34.º/4 da CRP: “É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, *salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”. Ali onde uma certa comunicação ou um registo dela (ou sobre ela) sejam de qualificar como correspondência ou telecomunicação à luz desta proibição constitucional, o acesso estará vedado ao processo contra-ordenacional.

Por esta razão, pode questionar-se se existe ou não obstáculo constitucional, fundado no disposto no art. 34.º/4 da Constituição, a que, no âmbito de um processo contra-ordenacional, para investigação da prática de uma contra-ordenação, a lei autorize a busca e apreensão de correio electrónico ou de registos de comunicações à distância de natureza similar, já expedidos ou recebidos, que se encontrem armazenados em máquinas (v. g., computador, telemóvel, tablet, etc.) ou outros suportes (v. g., uma *pen drive* ou CD) de pessoa visada pela investigação contra-ordenacional ou através deles acessíveis.

2.1. Para tal, tudo estará em saber que comunicações de carácter privado trocadas entre pessoas¹⁷, à distância, através de meios electrónicos, entrarão no âmbito de aplicação daquela disposição constitucional. Considerando o seu efeito altamente restritivo, de pura e simples barragem à utilização fora do processo penal de provas obtidas através de ingerências na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação¹⁸, uma compreensão lata desses conceitos volver-se-á necessariamente numa lata compressão da admissibilidade noutros processos sancionatórios de provas obtidas através de meios de investigação que sejam tidos como intrusivos nessas formas de comunicação entre pessoas. Vale aqui, com efeito, uma “reserva absoluta de processo criminal”¹⁹.

Não é esse, contudo, o desfecho que inapelavelmente resultará da recondução de uma certa comunicação, por exemplo, ao conceito de correspondência constante do art. 8.º da CEDH: ainda que se entenda que um dado registo de uma comunicação entre no âmbito de protecção

¹⁶ Nessa direção, todavia, FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, “Os poderes de investigação nas contraordenações concorrenciais – ou a ‘criminalização’ do direito administrativo sancionatório”, *Scientia Iuridica*, 2017, tomo LXVI, n.º 344, p. 239 e ss.

¹⁷ Acentuando a intersubjectividade como marca identitária do acto comunicacional, o Ac. do TC n.º 464/2019: “a área de tutela constitucional das telecomunicações comporta, ao lado de uma dimensão objetiva, uma indispensável dimensão subjetiva, na medida em que o ato comunicativo pressupõe sempre a existência de uma relação intersubjetiva, um contacto ou, pelo menos, uma tentativa de contacto entre pessoas” (9.1, *DR I*, de 21.10.2019, p. 30).

¹⁸ Como é reconhecido pelo próprio Tribunal Constitucional, “o Tribunal Constitucional tem considerado que, para além da permissão de restrições expressamente previstas no n.º 4 [do art. 34.º da CRP], referente ao processo criminal, vigora uma proibição absoluta de ingerência das autoridades públicas nos meios de comunicação” (Ac. do TC n.º 403/2015, 18., *DR I*, de 17.09.2015, p. 8260).

¹⁹ Ac. do TC n.º 464/2019, 9.2, *cit.*, p. 32.

do seu n.º 1, nem por isso ficará sem mais fechada a possibilidade de uma limitação ao direito à inviolabilidade da correspondência nele previsto no quadro de um processo sancionatório não penal (para o direito nacional), por força do que se prevê no n.º 2. Exemplo este, entre muitos outros possíveis no mesmo sentido, que aconselha cautela na transposição para a interpretação do art. 34.º/4 da Constituição de referentes normativos estrangeiros que não associem aos conceitos de correspondência e de telecomunicação o drástico efeito de fechamento ao processo penal que ocorre entre nós e em relação aos quais, por isso mesmo, na ausência de uma tal consequência, não haverá pruridos para neles englobar registos de comunicações feita às distâncias mas já concluídas. Pois sendo o efeito da qualificação do registo de uma certa comunicação como correspondência ou telecomunicação não a mera limitação da possibilidade de recurso a tal prova fora do processo penal, mas uma sua proibição pura e simples justificar-se-á uma intensificação das exigências postas sobre um tal registo para que lhe possa ser atribuída essa natureza.

2.2. Vistas as coisas sob este prisma, só será de levar à conta de uma telecomunicação na acepção prevista no art. 34.º/4 da Constituição a comunicação *à distância* e de natureza privada que seja realizada ou tentada *de uma pessoa para outra* mediante recurso a tecnologia que realize a transmissão dos sinais que formam o conteúdo dessa comunicação. Enquanto os sinais fazem o seu percurso até ao destino não se encontram nem sob domínio do emitente, que deles já abriu mão, nem do destinatário, que sobre eles ainda não tem mão, estando antes sob controlo da entidade (normalmente, privada) que assumiu o encargo de os transmitir. E é precisamente nesse período em que o domínio sobre a comunicação pertence não aos interlocutores mas a um terceiro que se mostra mais necessária a protecção contra devassas externas, *maxime* do Estado, e mais se justifica por isso a entrada em cena do direito à autodeterminação comunicativa²⁰. Vale isto por dizer que existe telecomunicação enquanto persistir o fluxo de dados impulsionado por uma acção humana. Chegando os dados ao destino e passando portanto o conteúdo da comunicação a *estar acessível ao destinatário* e sujeito ao seu poder de autotutela contra intromissões alheias não há mais por que falar em telecomunicação, independentemente de ter sido lida²¹, aberta ou transferida para um suporte que a retire do domínio do *provider* que a transmitiu: tendo o destinatário recebido os dados que lhe foram dirigidos, entrando eles na sua disponibilidade, cessa a telecomunicação.

Desde modo, quando os dados de conteúdo sejam capturados (isto é, copiados) num momento em que se encontrem em trânsito e assim sob *exclusivo domínio* do portador da comunicação estaremos claramente perante uma telecomunicação no sentido previsto no art. 34.º/4 da Constituição, fora do alcance do processo contra-ordenacional. Já não assim, porém, quando a transmissão de tais dados se encontre concluída, tendo chegado ao destino e passado a estar

²⁰ Cf., na esteira do pensamento constitucional alemão (especialmente, do Ac. do *Bundesverfassungsgericht* de 02.03.2006, *BVerfGE*, n.º 115, p. 166 e ss.), MANUEL DA COSTA ANDRADE, *in: Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012, Art. 194.º, § 24, e Ac. do TC n.º 403/2015, 13. (*cit.*, p. 8254 e s.).

²¹ Nesta direcção, pela generalidade da doutrina e jurisprudência alemãs, Durner, *in: Dürig / Herzog / Scholz, Grundgesetz Kommentar*, Werkstand: 97. EL, Janeiro de 2022, nm. 124 e s. Em sentido próximo, COSTA ANDRADE, *in: Comentário Conimbricense do CP*², I, Art. 194.º, § 26 e s., que, todavia, alude à leitura da mensagem electrónica como condição necessária à consideração de que a telecomunicação se encontra concluída.

na disponibilidade do receptor. O registo dessas comunicações – de *e-mail* ou de outras mensagens electrónicas – já não constituirá uma telecomunicação nem do ponto de vista do emissor nem do receptor, não caindo, por isso, sob a alçada proibitiva do art. 34.º/4 da Lei Fundamental.

E não o será nem mesmo quando se trate de *webmail* ou de registo de comunicação similar que se encontre guardado ou disponível não só numa máquina da pessoa visada como também em servidores sob domínio da empresa que providencie o serviço de *e-mail* ou de mensagens²². Ainda que esse armazenamento implique a troca de sinais electrónicos, por ativação automática das máquinas ou sob impulso da pessoa que tem o domínio da conta respectiva (dirigido às máquinas do *provider*), faltar-lhe-á aí a nota de intersubjectividade que caracteriza o acto de comunicação. Não haverá aí um (novo) fluxo de dados do emissor para o destinatário, pelo que não se justifica continuar a reconduzir as mensagens assim guardadas num servidor remoto ao conceito de telecomunicação. Ao que acresce a aquisição pelo destinatário de domínio sobre a mensagem a partir do momento em que ela passe a estar na sua disponibilidade. Ao contrário do que sucede quando ainda está a caminho, período durante o qual o controlo sobre ela é exclusivamente detido pela entidade sua emissária, chegando a mensagem ao destino o seu receptor passa a ter controlo sobre ela. Ainda que se trate de um domínio partilhado com o *provider*, já é um domínio suficiente para garantir uma autotutela que torne dispensável a protecção reforçada do direito à autodeterminação comunicativa assegurada pelo art. 34.º/4 da Constituição. Uma protecção que me parece mesmo destituída de sentido quando a ingerência incida sobre uma máquina do próprio visado, não supondo uma qualquer colaboração activa do *provider*, para que disponibilize as comunicações ou dê acesso aos seus servidores para neles se proceder à sua pesquisa. Se as mensagens são obtidas pela investigação a partir de uma máquina da pessoa alvo da pesquisa informática, ainda que com acesso remoto a máquinas do *provider*, é a esfera de domínio daquela pessoa que sofre a intrusão, e não a do intermediário originariamente portador da comunicação, escapando por isso a situação à teleologia que anima o direito à autodeterminação comunicativa previsto no art. 34.º/4 da Constituição.

Não significa isto, naturalmente, que, apesar afastada a aplicabilidade do direito à inviolabilidade das telecomunicações ao correio electrónico já remetido ou recebido, não haja outros direitos fundamentais em jogo²³, por si só suficientes para representar uma barreira a eventuais pretensões de ingerência do Estado através de pesquisa e apreensão dessas mensagens. Limitação (e não terminante proibição) que poderá, em todo o caso, ser levantada se reunidas as exigências constitucionalmente definidas para a restrição de direitos fundamentais. Essas provas não serão, enfim, absolutamente inalcançáveis no processo contra-ordenacional: mediante previsão legal suficientemente densa e respeitado o princípio da proibição do excesso, poderá nele realizar-se a busca e apreensão de registos de comunicações electrónicas já concluídas.

²² Assim, todavia, COSTA ANDRADE, *in: Comentário Conimbricense do CP*², I, Art. 194.º, § 28, na linha do Ac. do TC Federal alemão de 16.06.2009 (Proc. 2 BvR 902/06), 46. e ss. e *passim*.

²³ Na síntese do Ac. do TC n.º 687/2021 (36.), a apreensão de mensagens de correio electrónico e similares armazenadas num sistema informático é susceptível de afectar os direitos à inviolabilidade da correspondência e das comunicações (art. 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP) e à protecção dos dados pessoais no âmbito da utilização da informática (art. 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), enquanto refracções específicas do direito à reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º 1, da CRP) (*DR*, I Série, de 22.09.2021, p. 33)..

2.3. Já se, todavia, se enveredar por uma linha interpretativa do art. 34.º/4 da Constituição que faça ingressar esse tipo de registos na esfera do direito fundamental ao sigilo das comunicações privadas, com base na sua qualificação como telecomunicação, não vejo como possam eles manter-se ao alcance do processo contra-ordenacional. Mesmo que se trate de uma contra-ordenação respeitante a facto portador de dignidade penal e que, por isso, poderia tipificada como crime, o certo é que, para todos os efeitos, *maxime* de processamento, essa infracção se *apresenta* como uma contra-ordenação e não como um crime. E como tal *não é matéria de processo criminal*, para usar a expressão que consta da ressalva do art. 34.º/4 da Constituição.

Apelar aqui à convergência material de factos criminais e contra-ordenacionais²⁴ significa passar por alto da contraposição de carácter formal que o ordenamento positivo erigiu para separar as matérias criminal e contra-ordenacional e tornar claras as suas fronteiras. Tal separação, uma vez instituída, releva para inúmeros efeitos, de cariz substantivo e processual, não sendo de admitir uma sua derrogação, mesmo que pontual, quando se projecte numa *limitação de direitos fundamentais* das pessoas. Uma coisa é apelar a uma ideia de convergência substancial entre os domínios penal e contra-ordenacional para alargar à esfera das contra-ordenações a aplicabilidade de princípios constitucionais penais, assim reforçando a protecção jusfundamental de quem se vê a contas com a justiça contra-ordenacional²⁵; outra, diametralmente oposta, é fazer apelo a esse sentido de convergência para ampliar e reforçar a compressão de direitos fundamentais.

Se a Constituição refere que a ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações não pode ter lugar senão em matéria de processo criminal não está o intérprete autorizado a alargar esse segmento normativo de forma a nele incluir todo um outro mundo de direito sancionatório que se distingue formal e materialmente do direito penal²⁶. Com efeito, como quer que se conceba a relação entre o direito penal e o direito de mera ordenação social – seja a diferenciação assente na base de uma contraposição entre crimes e contra-ordenações fundada na (ir)relevância axiológico-social das condutas objecto de criminalização e de tipificação contra-ordenacional e na correspondente densidade ética das sanções que lhes devem caber; ou entenda-se, como me parece claramente preferível, que a natureza materialmente autónoma do direito de mera ordenação social radica na sua concepção constitucional e legal como ordem sancionatória não privativa da liberdade –, uma conclusão sobra como segura: o direito contra-ordenacional não se identifica, nem formal nem materialmente, com o direito penal²⁷. E daí que onde a Constituição se refere à “matéria de processo criminal” será ilegítimo ler “à matéria de processo criminal e de processo contra-ordenacional”.

²⁴ Sobre essa convergência, de forma desenvolvida, no plano da contraposição entre o direito penal e o direito contra-ordenacional, o nosso *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, § 34 e § 35.

²⁵ NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, p. 880 e ss.

²⁶ Numa direcção similar, a propósito do acesso a dados de telecomunicações pelos Serviços de Informações (SIS e SIED), os Acs. do TC n.ºs 403/2015 e 464/2019.

²⁷ Assim, já, nestes exactos termos, MARIA JOSÉ CAPELO / NUNO BRANDÃO, “A eficácia probatória das sentenças penais e das decisões finais contra-ordenacionais no âmbito do processo civil”, *RLJ*, n.º 4006, 2017, p. 33 (<https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/2308>).

3. A concessão às autoridades administrativas de poderes de investigação compressores de direitos fundamentais deve ser contrabalançada pela concessão às pessoas afectadas de *meios de defesa efectivos*. Concretamente, deve-lhes ser disponibilizada a decisão com base na qual tais ingerências foram realizadas e, mais do que isso, evidentemente, devem dispor da oportunidade de suscitar e ver conhecidas judicialmente, *de imediato*, as possíveis desconformidades do acto realizado em relação ao regime normativo aplicável.

Podendo estar em causa uma ofensa de direitos fundamentais, com o significado de violação de uma proibição de obtenção e/ou de valoração de prova, trata-se de questão de carácter materialmente jurisdicional. Nesse sentido, mesmo que o acto não deva ser previamente autorizado por um juiz, o princípio da tutela judicial efectiva reclama, pelo menos, uma intervenção judicial *ex post*. E essa intervenção deve ser imediata, dado o risco de persistência de afectação de direitos fundamentais inerente ao próprio acto de valoração da prova eventualmente proibida. Por força do art. 20.º/5 da CRP, o princípio da tutela judicial efectiva impõe uma revisão judicial em tempo útil. De modo que, por razões similares àquelas que me levam a entender, no âmbito do processo penal, que o juiz de instrução deve intervir logo no decurso do inquérito quando ocorram invalidades ou violações de proibições de prova ofensivas de direitos fundamentais²⁸, também se exigirá aqui, no domínio contra-ordenacional, uma pronta intervenção judicial quando o visado por uma diligência investigatória suscite a sua invalidade ligada a uma ingerência na sua esfera jusfundamental.

Aliás, o argumento que, no processo penal, se usa para defender o adiamento do controlo judicial para as fases judiciais, posteriores ao inquérito – o de que se trata de uma fase de que é titular o MP, o qual se limita a averiguar se há razões para submeter o caso julgamento – não é transponível para o contexto contra-ordenacional, já que aqui a proibição de prova poderá ser imediatamente relevante para a própria *decisão final* a tomar no processo.

IV. A perda do benefício económico

1. Uma debilidade do nosso sistema contra-ordenacional é a forma como reage, ou melhor, não reage às vantagens obtidas através da prática de uma contra-ordenação.

Se há domínio sancionatório que deveria ter em conta a lógica custo / benefício é o das contra-ordenações, atenta a sua forte incidência sobre a actividade empresarial. As práticas contra-ordenacionais são frequentemente determinadas por um intuito de obtenção de benefícios económicos ilegítimos, quer sob a forma de ganhos ou proveitos indevidos, quer de poupanças ilicitamente conseguidas através da inobservância de regras legais aplicáveis ao circuito económico em questão.

É certo que na generalidade dos casos será difícil fazer o cômputo da vantagem patrimonial adquirida com a prática da contra-ordenação. Em regra, as infracções são cometidas no contexto de actividades de natureza lícita, tornando-se necessário discernir que parte dos proventos

²⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, "O controlo pelo juiz de instrução das invalidades e proibições de prova durante a fase de inquérito", in: *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, II, Univ. Católica Editora, 2020, p. 1155 e ss. (<https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/2111>).

através delas alcançados se encontram efectivamente afectados por uma mácula contraordenacional e que parte deve ser tida como legítima, devendo por isso ficar à margem de qualquer pretensão confiscatória. Deparamos aqui com os delicados e difíceis problemas de identificação dos réditos delituosos que a jurisprudência italiana leva à conta de “reato in contratto”²⁹.

Independentemente disso, que já não é pouco, uma coisa temos como segura: concluindo-se que a contra-ordenação propiciou ao respectivo agente a aquisição de um ganho patrimonial, essa vantagem deve ser confiscada. Tal perda justifica-se pelas mesmíssimas razões que são aduzidas para fundamentar o confisco de vantagens criminosas: para mostrar ao agente e aos demais potenciais infractores que a contra-ordenação não compensa e para assegurar uma ordenação patrimonial conforme com o prescrito pelo sistema jurídico³⁰.

O modo como o nosso ordenamento contra-ordenacional vem enfrentando esta questão é merecedor de um juízo negativo.

No essencial, o interesse no confisco das vantagens ilícitas é prosseguido por diversas vias: a que consta do RGCO (art. 18.º) e que procura eliminar esse benefício através da coima, admitindo a elevação do limite máximo da respectiva moldura, mas de forma limitada (assim, também o Regime Sancionatório do Sector Energético); a que consta do CVM, que estabelece uma elevação do limite máximo da coima, mas sem limitações (art. 388.º/2/a)); e a que consta do RGICSF (art. 212.º/1/a)) e do Regime Quadro das Contra-Ordenações do Sector das Comunicações (art. 11.º/1/a)), em que se institui como sanção acessória a perda do benefício económico retirado da infracção.

2. Nenhum dos modelos me parece adequado.

Pode aceitar-se, à maneira alemã e agora à maneira do CVM, que a coima desempenhe funções confiscatórias, caso em que não poderá deixar de se admitir, do mesmo passo, a elevação do valor da coima até onde for necessário para retirar do infractor a vantagem ilícita por ele adquirida³¹. A limitação do confisco é absurda. Se o património adquirido tem origem ilícita, sendo resultante da prática da contra-ordenação, e se o seu confisco é imprescindível para que fique claro que o ilícito não compensa, a limitação do confisco através de uma limitação do alcance confiscatório da coima representaria, literalmente, um benefício do infractor.

Sem embargo, a coima está longe de ser o meio preferível de efectivar o confisco de vantagens. As finalidades deste não são as mesmas que a coima visa em geral prosseguir e a sua incorporação na coima gera um ruído escusado: sujeita-se a críticas quando implique uma elevação não limitada do limite máximo da moldura na medida do necessário para cobrir a vantagem ilícita; pode tornar difícil a distinção entre aquilo que é verdadeiramente punição e

²⁹ Cf. TOMMASO TRINCHERA, in: Dolcini / Gatta, *Codice Penale Commentato*, I, 5.ª ed., Wolters Kluwer, 2021, Art. 240, nm. 117.

³⁰ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, Æquitas / Editorial Notícias, § 1014.

³¹ NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, p. 483 e s., e PEDRO CAEIRO, “Punível com coima de até 10% de um montante qualquer...”, pp. 2454 e 2464.

aquilo que é uma recuperação de um activo ilícito; e coloca o confisco da vantagem dependente da culpa e de uma condenação.

Esta última objecção vale igualmente para o modelo alternativo que tem sido seguido entre nós, de tratamento do confisco da vantagem ilícita como uma sanção acessória. Embora preferível ao modelo da sua incorporação na coima, esta solução parece colocar a perda da vantagem ilícita na dependência do apuramento de culpa e de uma condenação do agente, condições que, no âmbito penal, há muito se têm por materialmente injustificadas neste domínio do confisco de vantagens e levaram ao generalizado abandono de uma sua compreensão como pena acessória³².

Há enfim boas razões para reformar substancialmente o regime da perda de vantagens provenientes de ilícitos contra-ordenacionais, sobretudo no âmbito das grandes contra-ordenações, aquelas onde, por norma, se farão sentir com mais intensidade as finalidades próprias do confisco. Uma reforma que deveria seguir as pisadas que o direito penal tem trilhado nesta matéria, de forma a que o confisco de vantagens patrimoniais fundadas no cometimento de contra-ordenações seja regulado como um instituto sancionatório autónomo, sujeito a regras e condições específicas.

V. O princípio *ne bis in idem*

1. Não raro, os factos qualificados como grandes contra-ordenações integram-se em realidades extensas e complexas que ora desencadeiam diferentes processos contra-ordenacionais abertos por distintas entidades administrativas ora relevam também no plano criminal e podem justificar a abertura de diversos processos penais.

Este é um dos campos em que o legislador nacional tem adoptado regimes diferenciados para as grandes contra-ordenações.

Estando em causa um *concurso entre crimes e contra-ordenações*, para a generalidade das contra-ordenações continua a valer a disciplina do RGCO, orientada para uma observância do princípio *ne bis in idem*, de acordo com a qual os factos com esse duplo significado sancionatório devem ser todos eles conhecidos simultaneamente no mesmo processo (arts. 38.º a 40.º do RGCO), sendo-lhes aplicada uma única sanção, de natureza penal, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação (art. 20.º do RGCO)³³. Mais se determina que se o processo contra-ordenacional relativo a factos que constituem crime avançar autonomamente, culminando numa decisão administrativa sobre a prática da contra-ordenação a que se siga uma sua apreciação judicial, a sentença ou decisão judicial final que sobre a questão for dada, uma vez transitada em julgado, impedirá um novo conhecimento desses mesmos factos, agora no âmbito de um processo criminal: “O trânsito em julgado da sentença ou

³² Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral, II*, § 1001 e ss.

³³ Cf. AUGUSTO SILVA DIAS / RUI SOARES PEREIRA, *Direito das Contra-Ordenações*, 2.ª ed., Almedina, 2022, p. 190 e ss.

despacho judicial que aprecie o facto como contra-ordenação preclude igualmente o seu novo conhecimento como crime” (art. 79.º/2 do RGCO).

Tem sido outra, de sentido diametralmente oposto, a linha que alguma legislação sectorial tem seguido, como é o caso, sem pretensões de exaustividade, dos arts. art. 208.º/1 do RGICSF, 420.º do CVM, 12.º do Regime Aplicável às Contra-Ordenações Aeronáuticas Civis e 96.º-K do Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora). Basicamente, tais disposições prevêm que se certo facto implicar uma responsabilização do mesmo agente a título penal e contra-ordenacional, deverão ser abertos dois processos, um penal e outro contra-ordenacional, ficando o processamento da contra-ordenação a cargo da autoridade administrativa, de forma autónoma em relação ao processo penal. E é isso que vem sucedendo na prática, por exemplo nos grandes casos do sector da Banca. Tem acontecido, em relação à mesma matéria de facto, a abertura paralela de processos contra-ordenacionais e penais, cada um deles fazendo o seu caminho de forma autónoma. É igualmente frequente, tratando-se de factos com relevo em diferentes domínios contra-ordenacionais, haver a abertura de diferentes processos por várias entidades administrativas, que, culminando numa pluralidade de condenações, não são objecto de cúmulo jurídico.

2. O duplo processamento, penal e contra-ordenacional ou só contra-ordenacional, e a dupla condenação, penal e contra-ordenacional ou só contra-ordenacional, em que poderá culminar é por demais questionável à luz do princípio *ne bis in idem*, do qual decorrem proibições de variada ordem quando em causa estejam os mesmos factos, nomeadamente uma proibição de duplo processamento e uma proibição de duplo sancionamento.

É fundamentalmente no âmbito das grandes contra-ordenações que se tem assistido ao afastamento do princípio *ne bis in idem*, tanto no concurso entre crimes e contra-ordenações, como no concurso entre contra-ordenações. Infracções cuja previsão legal deriva, as mais das vezes, de forma mais ou menos directa, do direito da União Europeia, como sucede amiúde no sector bancário, no sector do mercado de capitais, nas indústrias de rede e no direito da concorrência. Ora, estando em causa a aplicação de norma penal e/ou contra-ordenacional filiada no direito da União Europeia, não vemos como possa continuar a ignorar-se, entre nós, o disposto no art. 50.º da CDFUE e a importante jurisprudência do TJUE que sobre ela tem incidido, a qual por seu turno segue de perto a do TEDH³⁴.

Tratando-se de matérias que recebam a incidência da CDFUE, a admissibilidade da pluralidade de procedimentos – repito, seja em concurso de crimes e contra-ordenações, seja em concurso de contra-ordenações – está dependente da não oposição das normas nacionais ao prescrito pelo art. 50.º da CDFUE, que consagra o princípio *ne bis in idem*: “Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei”.

Neste contexto, assume especial importância a *jurisprudência Luca Menci* do TJUE, iniciada em Março de 2018. No dia 20.03.2018, a Grande Secção do TJUE proferiu três acórdãos, todos

³⁴ Em especial as decisões tomadas nos casos *Sergey Zolotukhin vs. Rússia* (Ac. de 10.02.2009, queixa n.º 14939/03) e *A e B vs. Noruega* (Ac. de 15.11.2016, queixas n.ºs 24130/11 e 29758/11).

relativos ao *concurso entre crimes e contra-ordenações*, com origem em pedidos de decisões prejudiciais provindos de Itália: o *Ac. Luca Menci* (infracções relacionadas com o não pagamento atempado de IVA)³⁵; o *Ac. Di Puma* (infracções de abuso de informação privilegiada)³⁶; e o *Ac. Garlsson Real Estate* (infracções de manipulação de mercado)³⁷. Decisões que dão corpo à chamada jurisprudência *Menci*. Mais recentemente, o TJUE voltou ao tema, agora quanto ao *concurso entre contra-ordenações*, transpondo a doutrina de *Menci* também para esta esfera. Fê-lo, designadamente no *Ac. bpost* (infracções do sector postal e abuso de posição dominante)³⁸ e no *Ac. Nordzucker* (acordo anticoncorrencial objecto de processos na Alemanha e na Áustria)³⁹, ambos tirados no dia 22.03.2022.

3. À semelhança do TEDH, o TJUE tem uma visão muito mais ampla que a da nossa jurisprudência constitucional e comum acerca do alcance do princípio *ne bis in idem*⁴⁰, dela podendo por isso resultar uma oposição à cumulação de processos e de sanções que é admitida pela legislação nacional e é tida pelo nosso TC como não desconforme ao art. 29.º/5 da Constituição.

3.1. Essa concepção ampla do *ne bis in idem* plasmado no art. 50.º da CDFUE começa por assentar numa consideração do que deve qualificar-se como *delito ou matéria penal* para efeito dessa disposição. Seguindo os famosos critérios Engel do TEDH, o TJUE toma como delito não só os factos formalmente qualificados pela lei nacional como crime como também aqueles que correspondem a infracções com um carácter repressivo⁴¹. Aí entram claramente as contra-ordenações, *maxime* as grandes contra-ordenações. Por essa razão, o art. 50.º da CDFUE cobre o concurso de crimes, o concurso de contra-ordenações⁴² e o concurso de crimes e contra-ordenações⁴³.

3.2. Dada a necessidade de assegurar um critério uniforme a nível europeu, que se abstraia das idiossincrasias dos direitos nacionais, o conceito de *idem* é preenchido a partir de um conceito de *idem factum*, e não de *idem crimen*. Ou seja, o que importa é saber se os factos propriamente ditos, na sua materialidade naturalística, são os mesmos ou não, tendo em conta as suas características e circunstâncias temporais. Não relevam, portanto, para esse efeito, nem o tipo de infracção a que possam corresponder nem os distintos interesses jurídicos protegidos pelos diversos tipos legais de crime e/ou de contra-ordenação em que se possam consubstanciar⁴⁴.

³⁵ Processo C-524/15.

³⁶ Processos C-596/16 e C-597/16.

³⁷ Processo C-537/16.

³⁸ Processo C-117/20.

³⁹ Processo C-151/20.

⁴⁰ Cf., *v. g.*, o Ac. do TC n.º 298/2021.

⁴¹ Cf. as decisões nos casos *Bonda* (Ac. de 05.06.2012, Proc. C-489/10) e *Åkerberg Fransson* (Ac. de 26.02.2013, Proc. C-617/10).

⁴² *Ac. bpost* (25. e ss.) e *Ac. Nordzucker* (30. e ss.).

⁴³ *Ac. Luca Menci* (26. e ss.) e *Ac. Garlsson Real Estate* (28. e ss.).

⁴⁴ Por todos, o *Ac. Luca Menci*: “35. Segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, o critério relevante para apreciar a existência de uma mesma infracção é o da identidade dos factos materiais, entendidos no sentido da existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si e que levaram à absolvição ou à condenação definitiva da pessoa em causa (...). 36. Além disso, a qualificação jurídica, no direito nacional, dos factos e o interesse jurídico protegido não são relevantes para efeitos da verificação da existência de uma mesma infracção, na medida em que o alcance da protecção

Esta desconsideração do interesse jurídico tutelado pelas infracções em apreço foi severamente criticada pelo Advogado-Geral Michal Bobek nas conclusões que apresentou nos casos *bpost* e *Nordzucker*⁴⁵. Não obstante, o Tribunal de Justiça manteve a sua jurisprudência anterior que remonta já ao caso *van Esbroeck* de 2006: para o princípio *ne bis in idem*, o critério relevante para efeitos da aplicação do referido artigo é o da identidade dos factos materiais, entendido como a existência de um conjunto de factos indissociavelmente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica desses factos ou do bem jurídico protegido.

3.3. E haverá, por fim, um *bis* se depois de ter sido alvo de um processo sancionatório e nele tiver sido condenado ou absolvido o mesmo agente vier a ser visado por um novo processo sancionatório que resulte na imposição de sanções de natureza penal *hoc sensu*.

3.4. Sendo este o caso, este duplo processamento e sancionamento do agente será, via de regra, proibido pelo princípio *ne bis in idem*. No entanto, mais uma vez na esteira da jurisprudência do TEDH⁴⁶, o TJUE manifesta abertura a uma limitação desta lata amplitude do *ne bis in idem*, mediante aplicação do disposto no art. 52.º/1 da CDFUE, relativa às restrições de direitos fundamentais⁴⁷. A ideia de fundo aqui presente é a de que o duplo processamento será admissível se, em substância, estivermos diante de procedimentos paralelos, estreitamente conexos entre si em termos temporais e materiais, de um modo tal que se possa entender que constituem partes comunicáveis de *um mesmo único processo*.

Essa admissibilidade encontra-se subordinada a um amplo conjunto de exigências, entre as quais, por exemplo, a previsão legal do processamento paralelo, a previsibilidade do decurso dos procedimentos e a proporcionalidade da restrição do *ne bis in idem*. Do ponto de vista da proporcionalidade importa saber se as infracções prosseguem objectivos diferenciados e se os respectivos processos visam cobrir diferentes aspectos do mesmo problema de facto.

Assim, por exemplo, foi tido como incompatível com o crivo da proporcionalidade: uma condenação administrativa subsequente a uma absolvição penal transitada em julgado por abuso de informação privilegiada (*Ac. Di Puma*); a abertura num país (Áustria) de um processo por infracção às regras da concorrência depois de num outro país (Alemanha) se ter já punido essa conduta anticoncorrencial também tendo em conta os efeitos produzidos sobre o mercado daquele (*Ac. Nordzucker*). Já nos casos *bpost* e *Luca Menci* o TJUE não divisou ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Em rectas contas, aquilo que parece ser determinante nesta sede é a questão de saber se as diversas infracções que concorrem no sentido da punição do agente prosseguem finalidades distintas, ou seja, se visam a protecção de bens jurídicos substancialmente diversos e que por isso reclamem uma intervenção sancionatória plúrima. É por esta via, portanto, que o critério

conferida pelo artigo 50.o da Carta não pode variar de um Estado-Membro para outro”. Na mesma direcção, na jurisprudência do TEDH, o *Ac. Sergey Zolotukhin vs. Rússia* (70. e ss., esp. 82. e 84.).

⁴⁵ Cf. as conclusões apresentadas no caso *bpost* em 02.09.2021, 64. e ss.

⁴⁶ *Ac. A e B vs. Noruega* (112 e ss., esp. 121 e ss.), tendo em conta o *Ac. de 13.12.2005* no caso *Nilsson vs. Suécia* (queixa n.º 73661/01).

⁴⁷ *Ac. do TJUE (Grande Secção)*, de 27.05.2014 no caso *Spasic* (processo C-129/14), 55 e s.; e *Ac. Luca Menci*, 40. e ss.

do interesse jurídico acaba por entrar no cálculo da admissibilidade de um *bis in idem*. Afastado do plano da identificação do *idem*, o interesse jurídico é resgatado neste plano, da *avaliação da legitimidade da restrição do ne bis in idem*. Esta deslocação não é porém despicienda: relevando logo ao nível da dilucidação do *idem*, como preconiza a nossa jurisprudência constitucional, o interesse jurídico poderá determinar sem mais e por si só a inaplicabilidade do princípio *ne bis idem* ao caso; mas se só for chamado para aquilatar a admissibilidade da restrição já não terá um efeito tão determinante, pois, mesmo que se entenda que, em virtude de as diversas infracções atenderem a interesses jurídicos distintos, fica aberto o caminho para um *bis in idem*, haverá ainda outras exigências a ter em conta.

Entre elas avulta a estreita conexão temporal e material entre os processos paralelos que se hajam aberto e a sua condução de forma coordenada. Para este efeito, vista a jurisprudência do TEDH em que o TJUE se inspira, importará sobretudo verificar se as provas produzidas no primeiro processo se poderão comunicar ao segundo, nele podendo valer sem mais, e se na sanção que no segundo processo for aplicada será imputada e descontada a sanção já aplicada no primeiro.

4. Parece-me que o sistema sancionatório nacional não poderá continuar indiferente a estas directrizes que provêm do TJUE. Será natural que as pessoas visadas por uma multiplicidade de processos pelos mesmos factos reclamem para si uma protecção do princípio *ne bis in idem* com a extensão que o TJUE lhe vem conferindo. Mas, como é óbvio, o próprio legislador e as autoridades competentes para o processamento penal e contra-ordenacional devem tirar as devidas consequências desta jurisprudência europeia, de forma a adequar a lei e as práticas sancionatórias ao estatuído pelo art. 50.º da CDFUE na leitura que dele faz o TJUE.

Isto, não só pela ideia de princípio de que o Estado deverá respeitar os direitos fundamentais das pessoas, observando as normas que os instituem e salvaguardam; mas também para que a efectiva realização da justiça penal e contra-ordenacional não se venha a frustrar em virtude de um processamento impróprio. O recentíssimo caso dos metadados decidido pelo nosso Tribunal Constitucional no Ac. n.º 268/2022 ilustra bem este risco: a persistente desconsideração da jurisprudência do Tribunal de Justiça não poderá durar para sempre, mas a consciencialização da sua existência e efectividade poderá vir a ter lugar de uma forma traumática, através, por exemplo, de uma decisão prejudicial que dite a inviabilidade de um processamento criminal num dos grandes casos com que o nosso sistema penal se vê a braços pela razão de os factos em questão terem anteriormente sido objecto de uma decisão contra-ordenacional já definitiva.

Vídeo da comunicação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/7k0s94vsy/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



PAINEL I

REGIMES DIFERENCIADOS PARA AS GRANDES CONTRAORDENAÇÕES: INCIDÊNCIAS SUBSTANTIVAS E PROCESSUAIS

As «grandes contraordenações» e a organização do sistema sancionatório: Expansão, continuidade e autonomia dos sistemas sancionatórios sectoriais

Frederico de Lacerda da Costa Pinto^{1 2}

Introdução

- I. As «grandes contraordenações» e a evolução do sistema sancionatório contraordenacional
- II. Será necessário criar um regime geral das «grandes contra-ordenações»?
- III. Os temas controversos e a evolução do sistema contraordenacional
 - (a) Imputação e responsabilidade dos entes colectivos
 - (b) Acusação, decisão e impugnação judicial: concentração de competências e imparcialidade decisória
 - (c) Impugnação judicial, efeito suspensivo e julgamento pleno em confronto com a proibição de *reformatio in peius*
 - (d) Gravidade das sanções e novas modalidades de sanções
 - (e) Pluralidade de processos, autonomia dos sectores regulados e o princípio *ne bis in idem*

Introdução

1. Nos tempos que correm convergem múltiplos discursos sobre o estado do Direito das contraordenações. Discursos que nem sempre comunicam entre si, mas que, também por isso, motivam entropias, irritações sistémicas ou juízos equívocos sobre o funcionamento do sistema sancionatório nacional.

De um lado, assistimos a uma narrativa de catástrofe centrada nos supostos atropelos a direitos fundamentais concretizados através de leis severas, autoridades administrativas abusadoras e dominadas por um estigma inquisitorial, sanções brutais e tribunais coniventes ou indiferentes à severidade de uns e de outros³. É um retrato ensaiado repetidamente nos últimos anos, embora em minha opinião não corresponda à realidade, com todo o respeito pelos meus Colegas que assumem essa forma de ver as coisas.

¹ Doutor em Direito. Professor Associado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa/*Nova School of Law*. Assessor do Conselho de Administração da CMVM. Co-coordenador do grupo de Investigação *Criminalia* (CEDIS, FDUNL).

² O presente texto serviu de base à comunicação apresentada às III Jornadas do Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão, que teve lugar no dia 13 de Maio no Convento de S. Francisco, em Santarém. O mesmo expressa perspectivas e opiniões pessoais que, em caso algum, podem ser atribuídas às entidades a que me encontro ligado profissionalmente. Agradeço o amável convite que me foi dirigido e o afectuoso acolhimento recebido na pessoa do Senhor Presidente da Comarca Judicial de Santarém, Senhor Dr. Luis Miguel Caldas.

³ Em algumas passagens, numa formulação jurídica depurada, RAUL SOARES DA VEIGA, «As grandes contraordenações – em vésperas da continuação de uma reforma iniciada auspiciosamente pelo novo regime jurídico das contraordenações económicas», *Prof. Doutor Augusto Silva Dias. In Memoriam, Catarina Abegão Alves et al. (orgs)*, Vol. II, Lisboa: AAFDL, 2022, p. 627 e ss, com um extenso mapa de assuntos relevantes.

De outra parte, sucedem-se os discursos legislativos assentes em passos que oscilam entre a repetição e a ousadia. Não raras vezes com iniciativas assumidas de forma isolada, ao sabor do momento e com inovações por vezes difíceis de integrar nos quadros jurídicos nacionais: sem grande perspectiva sistémica, com transposições acríicas, regimes permeáveis a influências jurídicas muito diversas e soluções ocasionalmente antagónicas ou difíceis de compatibilizar com os referentes nacionais. Algumas importações acríicas de figuras de outros ordenamentos jurídicos, de geografias com diferentes sistemas jurídicos e outras escalas económicas e sociais, têm sido propostas ou concretizadas, quer no domínio do Direito Penal, quer no espaço das contraordenações⁴.

Finalmente, identificamos também um discurso sobre a complexidade do sistema, em parte pelas razões anteriormente invocadas, sentido ao nível judicial e repartido por múltiplos intervenientes, incluindo alguns sectores da doutrina. Designadamente, pela multiplicidade crescente de regimes, de prazos e de soluções que têm de ser aplicadas em diferentes processos com origem em diferentes sectores. O que corresponde a uma realidade documentada, designadamente num valioso estudo de Marta Campos, publicado em 2017⁵.

Em todas estas perspectivas, apesar de alguns exageros ocasionais, se encontra também algum ponto com alguma razão. Mas a evolução equilibrada do Direito das Contraordenações exige a identificação e resolução de algumas questões, cujo peso e importância real deve ser esclarecida.

2. Para avaliar correctamente a situação, é importante perceber o sistema contraordenacional tal como ele está hoje configurado.

A classificação das infracções que herdámos, primeiro do modelo napoleónico tripartido do início do século XIX (crimes, delitos e contravenções) e, depois, do modelo germânico bipartido (crimes e contraordenações), a seguir à segunda guerra no século XX, revelam pouca capacidade explicativa sobre o universo de infracções de Direito Público nos tempos actuais⁶. O sistema

⁴ Penso, por exemplo, no debate que ocorreu sobre o regime de «delação premiada» e o acolhimento entre nós do regime alargado de denúncias, com a Lei n.º 93/2021, de 20 de Dezembro. Sobre o tema veja-se FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, «O tempo e o modo» na evolução do sistema sancionatório do sector financeiro, *Estudos sobre os 20 anos do Código dos Valores Mobiliários*, Coord. CMVM, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, Número Especial, Coimbra: Almedina, 2021, p. 595-620, *maxime* p. 610 e ss, e, depois, «Comportamento reparador e colaboração processual à luz dos valores do Estado de Direito», *Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Propostas de reforma*, coordenação de Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Cardoso e Sónia Moura, Lisboa: UCE, 2021, p. 243-257.

⁵ Cfr. MARTA CAMPOS, «O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e o Direito das Contraordenações. Um excesso de complexidade desestruturante», in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (coord.), *Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 81 e ss, *maxime* p. 90 e ss.

⁶ Fundamental, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre as “grandes contraordenações”», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, org. José de Faria Costa *et al.*, Vol. I, Coimbra: Universidade de Coimbra e Instituto Jurídico, 2017, p. 469-487, onde ensaia uma revisão organizativa e classificatória das infracções à luz, designadamente, da sua história, do seu conteúdo material e das garantias constitucionais na matéria. Desenvolvimentos importantes sobre estas matrizes históricas, em JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 3.ª edição, Coimbra: Gestleg, 2019, p. 178 e ss.

tripartido francês acaba por ter uma dupla limitação: aglutina realidades muito diversas e remete as demais para o Direito Administrativo, criando com isso novos e graves problemas. O modelo germânico bipartido revela-se algo limitado perante a evolução do Direito sancionatório público não penal que ocorreu desde os anos noventa do século passado.

A dicotomia classificatória «crimes e contraordenações» (dicotomia essencial do sistema) e, dentro destas, o escalonamento em infracções simples, graves ou muito graves tem mais adesão à realidade e respeita a autonomia material das figuras⁷. Neste contexto, a existência de «grandes contraordenações» a par de «meras contraordenações», como se dizia nos anos oitenta do século passado, é um dado completamente adquirido e consolidado. Não se trata, contudo, de uma realidade criada nos dias de hoje (duas décadas vividas no século XXI), mas antes de uma opção desenvolvida a partir dos anos noventa do século passado⁸. Ou seja, desde o início dos anos noventa que existiam «meras contraordenações» e «grandes contraordenações». A reforma de 1995 do RGCords foi, aliás, a expressão assumida dessa realidade, embora assente em parte numa equiparação facilitista e artificial de soluções e de regimes penais transpostos acriticamente para o Direito das Contraordenações.

Na presente comunicação procurarei responder a três interrogações essenciais, a saber:

- 1) As chamadas «grandes contraordenações» são ainda contraordenações? Ou, num salto qualitativo, devem ser equiparadas aos crimes?
- 2) Será necessário e adequado criar um novo «regime geral» para as «grandes contraordenações»? Qual a razão de ser dessa suposta necessidade?
- 3) Quais são os temas controversos, com vocação geral, que devem ser equacionados antes de se debater a necessidade (ou sua ausência) de um novo «regime geral»?

I. As «grandes contraordenações» e a evolução do sistema sancionatório contraordenacional

3. As grandes contraordenações ganharam essa designação – não só mas principalmente – em função da gravidade das sanções. No enquadramento de Hans Achenbach, que cunhou a expressão, corresponderia a contraordenações ameaçadas com coimas na casa dos milhões de euros⁹.

Acontece que, entre nós, desde 1991, pelo menos, o padrão de coimas no sistema financeiro nacional era já de dois milhões e meio de euros e, por outro lado, desde 1982 o RGCords previa sanções acessórias severas para o agente em concreto (como a privação do direito de participar

⁷ Em sentido diferente, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre as “grandes contraordenações”» (cit. nota 6), p. 484 e ss, apontando para um possível novo modelo tripartido assente na distinção entre crimes, grandes contraordenações e simples contraordenações.

⁸ Veja-se, para o efeito, por exemplo, as várias reservas críticas de JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, «Boas intenções, maus resultados: notas soltas sobre investigação e processo na supervisão bancária», *ROA* 60 (2000), p. 73 e ss.

⁹ HANS ACHENBACH, «Die “grossen” Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten – ein Phänomen im Dunkelfeld der kritischen Strafrechtstheorie», in Beulke/Lüderssen/Popp/Wittig, *Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Berlin: BWV, 2009, p. 101 e, de forma mais ampla, p. 109, onde em termos mais simples identifica a figura em função das coimas até um milhão de euros.

em feiras ou mercados) ou, desde 1989, contemplava como sanção acessória o encerramento do estabelecimento ou cancelamento de serviços, licenças e alvarás (álínea f) do artigo 21.º, RGCords), cuja severidade para o agente (e para os seus trabalhadores e credores) é igualmente inquestionável. Mal se percebe, aliás, que para uma grande instituição financeira uma contraordenação com coima até cinco milhões de euros seja levada à conta de uma «grande contraordenação» e que para um pequeno empresário o encerramento do estabelecimento, a suspensão de actividade ou o cancelamento da licença não o seja ou, pelo menos, não tenha a mesma visibilidade nos vários discursos que se cruzam sobre o tema.

Por isso, tudo ponderado, temos «grandes contraordenações» no sistema sancionatório nacional desde o final dos anos oitenta princípios dos anos noventa, seja por via do Regime Geral das Contraordenações, seja pela adopção do Direito das contraordenações como instrumento sancionatório dos reguladores nacionais. Significa isto que, no plano legislativo, estamos perante uma realidade duradoura e há muito conhecida da doutrina, da jurisprudência e dos sectores em que tais soluções vigoram.

Na minha modesta opinião é, também por isso, relativamente equívoco falar de «grandes contraordenações» em função apenas da dimensão de severidade das sanções¹⁰. Mas, para simplificar a comunicação, vamos partir do princípio de que a expressão pode ser usada para todas as contraordenações que tenham coimas no valor igual ou superior a um milhão de euros ou sanções acessórias de interdição do exercício da actividade profissional. Ou seja, um conceito delimitado em função da gravidade abstracta da coima ou da incidência pessoal e profissional da sanção acessória. Como é que essas contraordenações se distinguem dos crimes, se é que tal separação se deve traçar?

Estou de acordo com sectores da doutrina, como Figueiredo Dias, Nuno Brandão ou Helena Bolina, entre outros, quando referem que actualmente não se pode considerar que nos crimes está em causa a tutela de um bem jurídico e nas contraordenações tal não acontece¹¹. Essa distinção foi ensaiada entre nós, designadamente nos anos sessenta, mas a realidade social e legislativa dos tempos modernos não lhe fornece apoio seguro. A ideia de um bem jurídico tutelado está presente em muitas contraordenações e conserva, em relação às mesmas, um valor de legitimação material, de referente hermenêutico e uma metodologia crítica na apreciação da solução – funções todas elas relevantes.

O que se pode, no entanto, questionar é se será possível existirem contraordenações sem que se identifique um bem jurídico. A resposta para mim é claramente afirmativa, pois as contraordenações podem assentar na tutela do cumprimento de um dever cujo acatamento é

¹⁰ Desenvolvimentos no meu estudo «As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social», *Scientia Iuridica* LXVI (2017), n.º 344, p. 249-253.

¹¹ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre as “grandes contraordenações”» (cit. nota 6), p. 471 e ss e p. 473, recentrando o debate sobre os aspectos fundamentais. Ainda, com muita informação e um debate profundo, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 630 e ss e p. 855 e ss; Depois, HELENA MAGALHÃES BOLINA, *Dever de promoção e oportunidade na intervenção sancionatória contraordenacional*, Dissertação de Doutoramento entregue à FDUNL, em Novembro de 2020, em curso de publicação, p. 253 e ss.

exigido racionalmente em função do bom funcionamento do sector em causa, sem que seja necessário recorrer ao conceito de bem jurídico para legitimar essa tutela. Seria, aliás, algo equívoco exigir para a legitimação material das contraordenações exactamente o mesmo referente que se exige para criminalizar uma conduta. Por outro lado, a função básica das contraordenações (disciplinar o bom funcionamento de sectores de actividade, sem recorrer à intervenção penal) sugere uma *organização comportamental do sistema* e não o respeito genérico por um conjunto de interesses a tutelar por via da ameaça contida na norma de sanção.

Tão pouco parece decisivo afirmar nos dias de hoje que a diferença entre as figuras residirá no desvalor ético social dos crimes e na sua inexistência nas contraordenações (ou na generalidade das contraordenações)¹², já que, claramente, em muitos ilícitos contraordenacionais se pode encontrar um desvalor ético profissional ou um desvalor ético social relevante: um auditor que viole regras essenciais da profissão ou, noutro exemplo, um motorista que conduza sob o efeito do álcool (com uma taxa inferior ao limite do crime), na faixa de rodagem contrária ou a 190 km/h na autoestrada não escapam a esse juízo de censura¹³.

De igual modo, julgo que a questão não pode ser decidida em termos de saber se a contraordenação em causa tutela ou não um bem jurídico pessoal, cuja agressão ponha em causa a identidade social da comunidade pela negação do reconhecimento recíproco dos seus membros¹⁴. A separação dos ilícitos consoante tutelem ou não bens jurídicos pessoais é algo artificial, quer porque a intervenção penal é igualmente legítima em relação a bens jurídicos sem uma evidente conexão pessoal (bens colectivos e bens *supra* individuais), quer porque a própria intervenção contraordenacional não está à partida excluída em certos sectores consoante a natureza do bem jurídico.

Esta perspectiva pode, contudo, constituir um ponto de partida para uma análise material das infracções: nos crimes tem de estar em causa uma agressão intolerável a um bem jurídico e nas contraordenações pode estar em causa a mera perturbação funcional de sectores de actividade. Não significa isto, contudo, que o legislador não possa proteger bens jurídicos, inclusivamente bens com dignidade penal, através das contraordenações, se esse for o meio mais adequado para o efeito¹⁵. A própria racionalidade e os objectivos do princípio da intervenção mínima em

¹² Neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral*, 3.ª Edição, Porto: UCE, 2016, p. 138 e ss. Atribui, contudo, alguma relevância a este critério, também para classificar as próprias contraordenações entre si, ALEXANDRA VILELA, *Direito de Mera Ordenação Social*, Entre a ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 354 e ss e p. 533 e ss, com informação histórica sobre o critério. Desenvolvimentos em JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, 2019 (cit. nota 6), p. 186 e ss,

¹³ Em termos substancialmente equivalentes, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre as “grandes contraordenações”» (cit. nota 6), p. 478.

¹⁴ Assim, AUGUSTO SILVA DIAS e RUI SOARES PEREIRA, *Direito das Contra-ordenações*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 67.

¹⁵ A título de exemplo, a tutela do património dos investidores perante actuações não autorizadas no sistema financeiro constitui um crime no sector bancário e no sector segurador (artigo 200.º do RGIC e artigo 356.º da LAS) e uma contraordenação no domínio dos mercados de valores mobiliários (artigo 387.º, n.º 1, do CdVM), apesar da semelhança dos ilícitos. A afirmação pode ainda ser documentada com o regime das infracções fiscais (RGIT), em que o montante da agressão ao erário público decide se a (mesma) infracção é um crime ou uma contraordenação, ou o regime sancionatório da procriação medicamente assistida (artigos 45.º e 46.º da Lei n.º 32/2006).

Direito Penal conduz naturalmente a esse resultado. Decisivo é, em suma, acolhendo a perspectiva de Faria Costa, identificar um grau de conflitualidade social intolerável subjacente à decisão criminalizadora, já que as contraordenações podem, por seu turno, estar inclusivamente associadas apenas a comportamentos úteis ao desenvolvimento comunitário¹⁶.

Significa isto que o *princípio da ofensividade*, essencial na delimitação material do sistema penal, não tem o mesmo peso e a mesma grelha de leitura no domínio das contraordenações¹⁷, pois estas infracções podem existir em situações de perturbação menor ou ligeira (incumprimento de um prazo, de entrega de uma informação ou de não apresentação imediata de um livro de reclamações) que nunca legitimariam a intervenção penal¹⁸. Essencial é começar por identificar a necessidade e adequação do dever imposto legalmente em relação aos padrões de funcionamento do sector em causa.

Relevante, por isso mesmo, não é apenas a sanção legalmente cominada¹⁹. É a ponderação, articulada, do facto ilícito, da sanção e do processo a adoptar para imputar o ilícito e aplicar a norma de sanção. Pode existir um ilícito equivalente a um ilícito penal que seja convertido em contraordenação não por motivos relacionados com o bem jurídico, mas sim pela inadequação da pena ou do processo criminal enquanto opções usadas para efectivar a tutela jurídica exigida. O facto ganha com isso uma natureza diferente, uma sanção distinta e motiva uma intervenção processual própria, que não corresponde ao processo penal. Ou seja, não é por as coimas serem muito elevadas (até 1, 5 ou 10 milhões de euros) e as sanções acessórias serem graves que tais factos devem ser convertidos em crimes ou devem passar a ser tratados como crimes. Uma contraordenação não muda de natureza por a sanção ser de 300 euros ou de 3 milhões de euros. Será sempre uma contraordenação e a gravidade de uma ou de outra sanção sobre o arguido podem aliás ser invertida: uma contraordenação rodoviária de 300 euros para uma pessoa que tem um salário de 900 euros por mês corresponde a um terço do seu salário; uma coima de 3 milhões de euros para uma empresa que tem lucros anuais de 30 milhões de euros corresponde a um sacrifício incomparavelmente menor. Relevante não é, portanto, apenas a dimensão quantitativa da sanção, mas o seu peso efectivo sobre o agente a quem a infracção é imputada.

¹⁶ Cfr. JOSÉ DE FÁRIA COSTA, *Direito Penal*, Lisboa: INCM, 2017, p. 48-49, em ligação com o que escreve a p. 35 e ss.

¹⁷ Em termos semelhantes quanto ao princípio da ofensividade, HELENA BOLINA, *Dever de promoção* (cit. nota 11), p. 264: «Entendemos, assim, que os deveres que estão na base do enquadramento contraordenacional não podem ter qualquer conteúdo que o legislador entenda definir. Embora não tenha aplicação no direito das contraordenações o princípio da ofensividade do bem jurídico, a previsão de contraordenações está constitucionalmente limitada pela necessidade da tutela sancionatória para o desenvolvimento regular da atividade abrangida por aquela tutela».

¹⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre as “grandes contraordenações”» (cit. nota 6), p. 478, ensaia uma distinção de figuras em função da dimensão da perturbação causada pelo facto em causa.

¹⁹ Assim, também, José Lobo Moutinho, *Direito das Contra-ordenações. Ensinar e investigar*, Lisboa: UCE, 2008, p. 45-46. Noutra sentido, contudo, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-ordenações* (cit. nota 11), p. 373 e ss, atribuindo relevância à natureza não privativa da liberdade pessoal no DMOS, por não comportarem sanções de natureza detentiva (distinção quantitativa-qualitativa).

4. O espaço das contraordenações é reflexamente delimitado pela legitimidade do poder punitivo estatal²⁰. Uma concepção séria e consequente do princípio da intervenção mínima aumenta (e fundamenta) a necessidade de o Estado ter um instrumento alternativo de disciplina pública dos sectores sociais, económicos e tecnológicos. E o Direito das contraordenações constitui o meio mais adequado para o efeito, com um processo específico e um acervo de garantias próprias do direito sancionatório público não penal²¹.

Os crivos essenciais de controlo dogmático da legitimidade material da intervenção penal são essencialmente três:

- (i) a *dignidade penal do facto* (designadamente, o bem jurídico a proteger, os contornos do facto e a gravidade da agressão, a intolerabilidade do conflito social subjacente ao facto, a perigosidade ou culpabilidade do agente, entre outros aspectos);
- (ii) a *necessidade de tutela penal* (incluindo a possibilidade de através da pena se cumprirem as finalidades preventivas do sistema, sem meios alternativos menos graves) e
- (iii) a *adequação do processo* para se cumprirem as finalidades retributivas e preventivas do sistema²².

A debilidade ou inadequação de algum destes aspectos pode conduzir à ponderação da intervenção contraordenacional. Mas tal não significa que esteja, por si só e automaticamente, legitimado o recurso às contraordenações. Estas, em especial as «grandes contraordenações», estão sujeitas a uma lógica de «penúltima *ratio*», para usar uma expressão feliz de Helena Bolina²³. Ou seja, uma contraordenação pode e deve ser sujeita aos filtros de legitimação do artigo 18.º da Constituição. E, por isso mesmo, com este fundamento, tem existido um controlo efectivo da constitucionalidade das sanções contraordenacionais, quer ao nível das «mera contraordenações» (por exemplo, quanto à coima de 30 mil euros aplicada por não apresentação imediata do livro de reclamações num estabelecimento), quer na contraordenação muito grave por divulgação de informação falsa (cominada com uma coima até 5 milhões de euros) ou práticas comerciais concertadas violadoras das regras da concorrência, cominada com uma coima determinada por referência ao volume dos negócios da empresa.

²⁰ Fundamental, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre as “grandes contraordenações”» (cit. nota 6), p. 471, onde se encontra historicamente documentada esta linha de articulação do DMOS com a intervenção penal, e MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal* (cit. nota 12), p. 120-123.

²¹ Neste sentido, NUNO BRANDÃO, «O Direito Contraordenacional Económico na Era da Regulação», in *A protecção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada: Atas da Conferência Internacional*, Braga: Universidade do Minho, 2017, p. 87-118, concretamente p. 115-116, em ligação com o que escreve a p. 91 e ss

²² Sobre o conteúdo e alcance destes diversos crivos, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 897 e ss, p. 935 e ss. Desenvolvimentos e literatura relevante em JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, 2019 (cit. nota 6), p. 129 e ss, e p. 146 e ss.

²³ HELENA BOLINA, *Dever de promoção*, 2020 (cit. nota 11), p. 372 e ss.

5. O problema essencial não pode, assim, ser reconduzido à qualificação das «grandes contraordenações» como crimes ou a sua equiparação aos mesmos, como pretendem algumas perspectivas actuais²⁴. A criminalização de uma conduta exige uma densificação da ofensividade do facto, da sua dignidade punitiva e da necessidade de tutela penal, que não se verificam nas contraordenações. Nestas, essencial é, em primeira linha, a racionalidade dos deveres impostos em função dos destinatários e do bom funcionamento do sector a disciplinar. A questão fundamental consiste em saber qual é o acervo de garantias que delimita o sistema sancionatório contraordenacional e se as «grandes contraordenações» exigem ou não um sistema reforçado de garantias em alguns aspectos (e quais serão exactamente esses temas).

Neste plano, julgo que a «fórmula minimalista» usada no artigo 32.º, n.º 10 da Constituição, na adequada caracterização de Nuno Brandão²⁵, se encontra já ultrapassada pela lei, pela prática administrativa, pelas decisões dos tribunais e pela própria jurisprudência do Tribunal Constitucional. Ou seja, há muito tempo que é possível afirmar com segurança que no Direito das contra-ordenações são efectivamente aplicáveis vários princípios constitucionais e não apenas as garantias de audiência e de defesa, designadamente: o contraditório em alguns momentos essenciais, a presunção de inocência, com exigência de prova da culpa e efectividade da regra decisória *in dubio pro reo*, a reserva de lei e os conteúdos essenciais do princípio da legalidade, o controlo de proporcionalidade das sanções, a exigência de imputação subjectiva e o respeito pelo regime da pessoalidade da responsabilidade, por exemplo²⁶.

Tudo isto concretizado em três décadas de acordo com um critério de *aproximação sem identificação* às garantias penais, no quadro dos valores do Estado de Direito²⁷, contrariamente ao programa assumido pelo TEDH que ensaia uma equiparação (forçada) das contraordenações aos crimes (arts 6.º e 7 da Convenção) criando, com isso, alargamentos do Direito internacional convencional não assumidos (nem previstos) pelas partes contratantes, colocando igualmente em causa distinções internas sobre as figuras infraccionais assumidas em cada Estado²⁸.

²⁴ AUGUSTO SILVA DIAS e RUI SOARES PEREIRA, *Direito das Contra-ordenações*, 2022 (cit. nota 14), p. 43, exigindo algumas «ilacções normativas» em função da aproximação das modernas contraordenações aos crimes à luz da sua «estrutura e peso». Aparentemente de forma mais radical quanto à equiparação material das grandes contraordenações a crime, RAUL SOARES DA VEIGA, «As grandes contraordenações» (cit. nota 3), p. 639-641. De forma muito mais prudente, com uma leitura e propostas distintas, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre as “grandes contraordenações”» (cit. nota 6), p. 478 e ss.

²⁵ NUNO BRANDÃO, *Crimes e contraordenações* (cit. nota 11), p. 872 a 880.

²⁶ Neste sentido, também, JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Direito das Contra-ordenações* (cit. nota 19), p. 41. Uma boa síntese da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre as garantias aplicáveis às contraordenações encontra-se, na doutrina, em NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contraordenações* (cit. nota 11), p. 871 e ss, AUGUSTO SILVA DIAS/RUI SOARES PEREIRA, *Direito das Contra-ordenações*, 2022 (cit. nota 14), p. 237-249, e na jurisprudência do Tribunal Constitucional no Ac. 201/2014 (Maria Lúcia Amaral).

²⁷ Seguindo a metodologia adoptada no Ac. TC n.º 201/2014 (Maria Lúcia Amaral), p. 9 e p. 22, onde o Tribunal procede à densificação dos princípios constitucionais através de processos gradativos de optimização, que realizam os valores do Estado de Direito, designadamente confiança, previsibilidade e segurança das soluções para o cidadão.

²⁸ Sobre os critérios usados pelo TEDH para este efeito veja-se NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contraordenações* (cit. nota 11), p. 234 e ss. Criticamente, quanto às equiparações forçadas desenvolvidas pelo TEDH, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, «As garantias do Direito das Contraordenações e a CEDH: método e critérios usados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos», Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume II, Lisboa: UCE, 2019, p. 1220 e ss, por tal metodologia significar, em síntese, (i) a criação de direito sem base legal,

Em apertada síntese: *aproximação sem identificação*, entre os dois quadros axiológicos (crimes e contraordenações), com uma configuração distinta das garantias penais em algumas matérias e um horizonte necessariamente mais extenso do que aquilo que resulta do sentido literal do artigo 32.º, n.º 10, da Constituição. O que bem se compreende pelo facto, designadamente, de o Direito das contraordenações - enquanto direito sancionatório público não penal - se conformar necessariamente pelas matrizes e valores fundamentais do Estado de Direito.

6. À luz deste entendimento, as garantias constitucionais no domínio das contraordenações são, afinal, todas aquelas que constituem a concretização de valores fundamentais do Estado de Direito em sentido material. Com a aproximação possível, mas sem versões debilitadas das garantias²⁹, contrariamente ao que tem entendido o Tribunal Constitucional em alguns acórdãos. Não me parece, desde logo, que a aproximação hermenêutica se deva fazer no pressuposto de que os princípios ou garantias se devem estabelecer com “menos rigor” ou “menor exigência” no campo do Direito das contraordenações - como por vezes se afirma³⁰, por exemplo, em relação ao princípio da legalidade ou às garantias de defesa. O problema é de adequação dos princípios e das garantias e não de menor rigor ou exigência na sua aplicação ao Direito das Contraordenações.

O que significa que o sistema contraordenacional actual está muito longe de corresponder ao cenário de catástrofe referido no início. Trata-se de um sistema em evolução há três décadas, com diferentes áreas de intervenção especializada, sujeito aos crivos racionalizadores do contraditório, dinamizado na fase administrativa e intensificado na fase judicial, sujeito ao crivo decisivo dos tribunais e delimitado pelo controlo de constitucionalidade, com jurisprudência fundamental dos tribunais superiores e do Tribunal Constitucional³¹.

(ii) por desrespeitar o conteúdo do que foi aceite pelos Estados ao subscrever a Convenção e (iii) por derrogar as opções classificatórias dos Estados membros na organização do seu sistema sancionatório, construídas antes da adopção destes critérios pelo TEDH. Por isso mesmo, me parece importante lembrar a *declaração de reserva assumida pelo Estado Português quando ratificou o Protocolo n.º 7 à CEDH*, no sentido de infracção penal significar, para Portugal, uma classificação específica feita de acordo com o Direito interno (Aviso do MNE n.º 264/2005, de 12 de Maio, in *DR I-A*, n.º 117, de 21 Junho de 2005, p. 3887). Em suma, o desenvolvimento das garantias constitucionais aplicáveis ao Direito das Contraordenações tem de ser prosseguido num quadro de autonomia e de diferenciação entre o ilícito penal e o ilícito contraordenacional. Uma diferenciação consequente ao nível da configuração dos tipos, das sanções e da organização do processo. No fundo, uma aproximação sem identificação, como se referiu, entre as garantias do Direito das Contraordenações e as garantias penais, dando corpo aos valores fundamentais do Estado de Direito.

²⁹ Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre as “grandes contraordenações”» (cit. nota 6), p. 479, sobre a integral aplicação do princípio da legalidade e tipicidade em matéria de contraordenações, de forma a preservar o núcleo essencial desta garantia: a determinabilidade da conduta.

³⁰ Desenvolvimentos em FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, «As garantias constitucionais no Direito das Contraordenações. Imputação, legalidade e sanções», texto da conferência proferida na Faculdade de Direito da UNL, em 7 de Maio de 2019, em curso de publicação.

³¹ É, ademais, relativamente fácil comprovar esta leitura: basta atentar nas páginas finais da tese de doutoramento de Nuno Brandão, *Crimes e contra-ordenações* (cit. nota 11), p. 871-935, ou na recolha de jurisprudência constitucional (de 2001 a 2018) realizada no grupo *Criminalia*, em TERESA PIZARRO BELEZA E FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO (coord.), com colaboração de MARIA BEATRIZ SEABRA DE BRITO, *A jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria contraordenacional (2001-2018)*, FDUNL, 2019, documento electrónico, acessível na página do CEDIS. Numa palavra: a modelação do sistema contraordenacional nos últimos 30 anos foi desenhada com o controlo efectivo do Tribunal Constitucional em mais de 250 acórdãos publicados.

II. Será necessário criar um regime geral das «grandes contra-ordenações»?

7. Em função do que referiu, já se pode antever a resposta ao problema de saber se faz ou não sentido criar um regime geral das «grandes contraordenações» ou, noutra solução equivalente, rever o RGCords com esse propósito, passando a incluir soluções específicas para as ditas «grandes contraordenações»³². Sem prejuízo de respeitáveis opiniões que apontam em sentido diferente³³, julgo que tal não é necessário e poderia mesmo ser contraproducente, por duas razões fundamentais:

Primeiro, porque a evolução das chamadas «grandes contraordenações» nos últimos trinta anos não correspondeu ao desenvolvimento de uma matriz comum, aceitável nos mesmos termos em todas as áreas relevantes. A evolução tem sido, diversamente, de natureza *sectorial* e, por isso, podemos encontrar matrizes de evolução distintas em diversos sectores: no sistema financeiro tem umas características, na concorrência e na regulação da energia tem outras, no ambiente assume algumas especialidades, as contraordenações laborais têm igualmente um regime próprio, no domínio tributário e no direito rodoviário tem uma lógica própria e soluções específicas, etc.³⁴. Existe, portanto, uma história própria de figuras e de soluções nos diversos sectores que tem um lastro de mais de três décadas, com uma legitimação singular e um equilíbrio traçado dentro de cada subsistema que importa preservar, de forma a não provocar rupturas e cortes artificiais. Manter esta diferenciação sectorial em qualquer análise do sistema sancionatório parece-me importante e vital.

Segundo, porque a forma como o direito das contraordenações evoluiu sectorialmente significa na prática que o regime geral das contraordenações tem uma vocação realmente subsidiária (um referente para todos os domínios que não tenham soluções especiais) e que os regimes sectoriais acabaram por desenvolver o seu próprio enquadramento geral. Deste ponto de vista, o sistema sancionatório contraordenacional funciona desde os anos noventa *a duas velocidades*, para usar uma expressão de Nuno Brandão³⁵. A crença no valor correctivo de uma reforma é, neste contexto, algo ilusória ou mesmo inadequada. A desorganização das soluções sectoriais constituiria um retrocesso jurídico no funcionamento do sistema, uma imposição de soluções

³² Sobre as linhas e opções subjacentes a este debate, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre as “grandes contraordenações”» (cit. nota 6), p. 486, sublinhando o facto de, se bem entendo, uma boa parte das possíveis opções estar já realizada entre nós.

³³ Por exemplo, AUGUSTO SILVA SIAS E RUI SOARES PEREIRA, *Direito das Contra-ordenações 2022* (cit. nota 14), p. 40 e ss, e RAUL SOARES DA VEIGA, «As grandes contraordenações» (cit. nota 3), p. 632 e ss.

³⁴ Esta leitura sobre a evolução do DMOS por áreas ou sectores já a assumi por escrito, mas encontra-se igualmente, nos elementos reunidos no valioso estudo de NUNO BRANDÃO, «O Direito Contraordenacional Económico na Era da Regulação» (cit. nota 21) 2017, p. 87 e ss, que no oferece um pormenorizado retrato da evolução do DMOS entre nós, com muita informação de apoio. Para a compreensão do significado das contraordenações na década de oitenta, veja-se TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 1.º volume, 2.ª edição, Lisboa: AAFDL, reimpressão sem data da edição de 1984, p. 108 e ss. Com linhas interpretativas diferentes em alguns pontos, JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Direito das Contra-ordenações. Ensinar e investigar*, Lisboa: UCE, 2008, p. 17 e ss.

³⁵ NUNO BRANDÃO, «Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades», *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, n.º 344 (2019), p. 277 e ss.

de umas áreas a outras áreas de actividade, o que acabaria, no final, por constituir uma nova fonte de conflitualidade³⁶.

Por isso, mais do que pensar na revisão do regime geral ou na criação de um regime transversal para as «grandes contraordenações», importante é identificar o mapa dos temas controvertidos e verificar como e em que termos algumas soluções podem subsistir ou sofrer alterações. Sem isso qualquer empreendimento com uma vocação geral acabará por sacrificar soluções sem fundamentação convincente e criar mais problemas do que aqueles que resolve.

III. Os temas controversos e a evolução do sistema contraordenacional

Quando se confrontam os vários momentos da evolução do Direito das contraordenações nas últimas três décadas percebe-se que alguns temas são razoavelmente neutros, não revelando especial complexidade, enquanto outros geram fortes tensões, sentidas quer nas defesas dos arguidos, quer em alguns debates doutrinários. Apresentam-se de seguida cinco desses temas que têm suscitado mais divergências entre a doutrina e uma especial litigância nos processos administrativos e judiciais.

(a) Imputação e responsabilidade dos entes colectivos

8. Um dos temas que desde o início caracteriza o DMOS entre nós é o facto de a responsabilidade das pessoas colectivas (ou entidades equiparadas) ser a regra e não a excepção³⁷.

O sistema de responsabilidade contraordenacional foi intencionalmente desenhado com base nos seguintes pressupostos:

- (i) as pessoas colectivas são destinatárias imediatas dos deveres criados pelo legislador, surgindo em alguns casos como únicos destinatários desses deveres;

³⁶ Em sentido diverso, NUNO BRANDÃO, «Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades», *Scientia Iuridica*, n.º 344 (2017), p. 280 e ss, defendendo a valorização do Regime Geral através da reforma de algumas soluções, embora articulada com os regimes sectoriais, quando dotados de uma coerência interna e unidade de sentido (p. 283).

³⁷ A literatura sobre o tema é quase inabarcável. Citam-se, por isso, apenas algumas obras onde se encontram mais referências sobre o assunto: AUGUSTO SILVA DIAS e RUI SOARES PEREIRA, *Direito das Contraordenações*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 107 e ss; TERESA SERRA, «Contraordenações: responsabilidade de entes colectivos (...)», *RPCC* 9 (1999), p. 187 e ss; FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, «A tutela dos mercados de valores mobiliários e o regime do ilícito de mera ordenação social» in IVM (org.), *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 285-321, concretamente p. 312 e ss, defendendo o modelo da imputação autónoma ao ente colectivo; TERESA QUINTELA DE BRITO, «Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contraordenacional e penal de entes colectivos», in *Direito Penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Manuel da Costa Andrade et al. (orgs), Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 1209 e ss; ALEXANDRA VILELA, «Responsabilidade contraordenacional da pessoa colectiva», *Novos Estudos sobre Law enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coord. Maria Fernanda Palma et al., Coimbra: Almedina, 2020, p. 395 e ss. Agora, por todos, com informação muito rica e abrangente, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/GABRIEL MATEUS DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, 2.ª edição, Lisboa: UCE, 2022, p. 53 e ss.

- (ii) as pessoas colectivas podem cumprir ou infringir esse dever, sendo responsabilizáveis em função disso pela prática da contraordenação, respeitadas as regras adicionais de imputação subjectiva e as demais condições da atribuição de responsabilidade;
- (iii) as coimas e as sanções acessórias previstas na lei estão *ab initio* adaptadas aos entes colectivos, sem necessitarem de adaptações doutrinárias ou judiciais e
- (iv) os entes colectivos adquirem o estatuto de arguido no processo, sendo por isso directamente visados pela imputação do facto ilícito e culposo, podendo exercer no processo a sua defesa (pessoal e técnica) independentemente das defesas das pessoas individuais que sejam igualmente arguidas nos processos.

Esta simplicidade organizativa incluía igualmente o reconhecimento de que, por via do artigo 7.º, n.º 1, do RGCords, ou de norma equivalente nos diversos sectores (v. artigo 401.º, n.º 1, do CdVM, ou artigo 202.º do RGCIC, por exemplo), norma (a do n.º 1, do artigo 7.º) que com essa formulação não existe no § 30 da *OWiG*, as pessoas colectivas respondiam directamente pela prática de contraordenações, sem necessidade de mediação de um facto de conexão praticado por uma pessoa singular. Mas quando tal acontecesse, isto é, quando se partisse do facto de uma pessoa singular que actuasse no quadro de uma pessoa colectiva então, por via de uma regra diferente (a do n.º 2), poderia haver imputação da infracção ao ente colectivo em função de uma conexão legal entre o agente e o ente colectivo (titular de órgão, trabalhador, etc.).

9. Este modelo de responsabilização dos entes colectivos no DMOS é, portanto, distinto daquele que foi adoptado em 2007 no Código Penal (art. 11.º, n.º 2 e ss), em que a responsabilidade do ente colectivo nunca é directa, está sempre dependente da existência de um facto de conexão de uma pessoa singular com certas qualidades típicas (pessoa numa posição de liderança ou alguém que actue sob a autoridade de uma pessoa numa posição de liderança).

Os dois modelos de solução não podem ser cruzados. Constitui uma subversão do regime do DMOS (quer das soluções legais, quer da história das mesmas no nosso ordenamento jurídico) condicionar a imputação da responsabilidade do ente colectivo à identificação de um facto por uma pessoa singular, quando a lei admite explicitamente que *a prática de uma contraordenação* por acção ou omissão) pode ser realizada pelo ente colectivo. Isso implicará ler as normas de imputação do DMOS com as regras de imputação supervenientes criadas para a imputação de alguns crimes do Código Penal. O que, a acontecer, constituirá uma verdadeira abrogação da lei até aí em vigor.

Desse ponto de vista, o n.º 1 do artigo 7.º do RGCords e normas como as dos artigos 401.º, 1 do CdVM, ou 202.º do RGCIC, por exemplo, são normas autónomas de imputação, a que acrescem regras de imputação decorrentes dos factos praticados por certas pessoas individuais (artigos 7.º, n.º 2, do RGCords, 401.º, n.º 2, CdVM, ou 203.º do RGCIC) que, respeitadas os pressupostos exigidos pelo tipo de infracção, também podem responsabilizar o ente colectivo. Mas as normas são autónomas e não podem umas ser usadas para inutilizar o critério de imputação acolhido noutras.

(b) Acusação, decisão e impugnação judicial: concentração de competências e imparcialidade decisória

10. Outro problema recorrente consiste em questionar a bondade da solução de concentrar as competências na mesma autoridade administrativa para investigar, acusar e decidir os casos, passando-se depois para a fase judicial se o arguido impugnar a decisão.

A concentração de competências na fase organicamente administrativa corresponderia, se bem sintetizo as objecções, a:

- (i) uma solução própria de um modelo inquisitório,
- (ii) incompatível com a exigência de uma estrutura acusatória e
- (iii) inadequada a salvaguardar a imparcialidade de quem decide. Preferível seria, por isso, separar a competência para instrução do processo da competência decisória, designadamente criando um órgão autónomo específico para esse efeito ou, pelo menos, com competência para decidir as sanções aplicáveis³⁸.

Nenhum destes aspectos me parece aceitável: nem a crítica ao regime de concentração de competências, nem as propostas de cisão de competências (instrutórias e sancionatórias). Isto por três razões fundamentais:

Primeiro, porque só impropriamente se pode designar a fase organicamente administrativa como uma fase inquisitória, já que, por um lado, existe contraditório extenso e intenso com a participação do arguido e do seu mandatário antes da decisão final (o que não acontece no processo inquisitório) e esta, por outro lado, uma vez impugnada, dá origem a um julgamento com jurisdição plena perante um tribunal independente, valendo a apresentação dos autos em juízo pelo MP como mera acusação (artigo 62.º, n.º 1, RGCords).

Segundo, porque a exigência constitucional da estrutura acusatória é formulada para o processo penal (artigo 32.º, n.º 5, CRP) e não para outras formas de processo³⁹, sendo a imparcialidade do julgamento assegurada de forma reforçada no processo de contraordenação pela possibilidade de o arguido impugnar judicialmente a decisão da autoridade administrativa perante um tribunal autónomo.

Terceiro, porque a solução da concentração de competências é aquela que permite uma melhor clarificação da responsabilidade da entidade administrativa sobre o processo. A separação entre a instrução do processo e a decisão do mesmo criaria uma diluição de responsabilidade, problemática e intolerável: quem decidia não conduzia o processo e quem conduzia o processo não decidia. Ou seja, no final seria tudo menos claro saber

³⁸ Com diferentes fundamentos, NUNO BRANDÃO, *Scientia Iuridica* n.º 344 (2017), p. 285 e ss (cit. nota 35).

³⁹ Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/GABRIEL MATEUS DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-ordenações*, 2022 (cit. nota 37), p. 179-181, com muita informação relevante sobre as divergências na doutrina nacional.

quem se responsabilizaria pelo processo, pelas soluções e pela fundamentação das mesmas.

Assim, com o regime de concentração de competências, a solução é inequívoca: a autoridade administrativa com competência processual é responsável pelo processo em todas as fases organicamente administrativas e se não for imparcial na decisão o arguido demonstrará tal facto na impugnação e o Tribunal de julgamento controlará a materialidade dessa alegação.

Tudo ponderado, só pode merecer aplauso a posição claramente assumida por Jorge Figueiredo Dias neste sentido, quando escreve:

«... numa minha convicção funda e mantida há muito tempo já – opino que (no seu desenho essencial, insisto) o regime processual que cabe já hoje às contraordenações deve por conseguinte ser mantido nos seus traços essenciais para as grandes contraordenações: o caso deve por conseguinte ser investigado pela autoridade administrativa competente (*rationes materiae*) e ser por ela decidido, sem prejuízo, como é evidente, da eventual impugnação da decisão junto da entidade judicial, para aí prosseguir»⁴⁰.

(c) Impugnação judicial, efeito suspensivo e julgamento pleno em confronto com a proibição de *reformatio in peius*

11. No sistema jurídico nacional convivem soluções diferentes em que a impugnação judicial da decisão condenatória proferida pela autoridade administrativa ora tem efeito suspensivo (de acordo com a regra geral dos recursos⁴¹), ora assume efeito meramente devolutivo (por exemplo, artigo 93.º, n.º 2, LdC, sendo uma faculdade da AdC fixar esse efeito, art. 67.º, n.º 5, dos Estatutos da ERSaúde, ou art. 228.º-A, do RGIC, se o arguido não prestar caução equivalente a metade da coima)⁴².

⁴⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre as “grandes contraordenações”» (cit. nota 6), p. 487.

⁴¹ Na síntese do Ac. do Tribunal Constitucional n.º 74/2019: «Conservam o modelo geral de atribuição de efeito suspensivo à impugnação das sanções por elas aplicadas, os recursos de decisões da Autoridade Nacional de Comunicações que imponham coimas (artigo 51.º, n.º 3, dos Estatutos, aprovados pelo Decreto -Lei n.º 39/2015, de 16 de março); os recursos de decisões da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (artigo 416.º do Código de Valores Mobiliários); da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (artigo 52.º dos Estatutos, aprovados pela Lei n.º 10/2014, de 6 de março); da Autoridade Nacional da Aviação Civil (artigo 41.º, n.º 2, dos Estatutos, aprovados pelo Decreto -Lei n.º 40/2015, de 16 de março); e da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (artigo 209.º da Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro)». Criticamente quanto ao efeito meramente devolutivo da impugnação, JOSÉ LOBO MOUTINHO, «O “efeito meramente devolutivo” da impugnação da decisão condenatória por contraordenação», *Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. II, Lisboa: UCE, 2020, p. 1493 e ss. Em sentido diferente, com muita informação relevante, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/GABRIEL MATEUS DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, 2022 (cit. nota 37), p. 306-308, mais permissivos quanto à admissibilidade de tal solução em função da natureza cautelar da mesma.

⁴² Sobre o tema, veja-se, entre outros, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 470/2018, com os respectivos votos de vencido.

O Tribunal Constitucional tem assumido diferentes tendências sobre o problema em causa. Assim, por exemplo, os Acórdãos n.º 41/2004, 123/2018, 470/2018 e 776/2019 não consideraram inconstitucional o efeito meramente devolutivo em função da natureza preventiva das sanções. O Ac. TC n.º 74/2019 considerou inconstitucional com força obrigatória geral o artigo 67.º, 5 da ERS, por violação da reserva de lei do Parlamento; mas no texto e nos votos de vencido invoca-se também a ilegítima compressão da presunção de inocência e a derrogação da garantia da tutela jurisdicional efectiva. Mais recentemente, o Ac. n.º 485/2021 afirmou a inconstitucionalidade do efeito meramente devolutivo quando o mesmo não seja acompanhado de um mecanismo de salvaguarda (por exemplo, limitação desse regime em caso de prejuízo considerável para o arguido). A questão continua, por isso, a ser materialmente controvertida.

Tudo ponderado, considero que a consagração do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial não é necessariamente inconstitucional, em função da sua possível finalidade cautelar, mas não me parece de todo desejável que seja acolhida como solução geral, quanto mais não seja pelas dúvidas e reservas que suscita sobre a sua compatibilidade com o princípio da presunção de inocência. Julgo preferível a conjugação do efeito suspensivo da decisão administrativa com a possibilidade de aplicação de medidas cautelares, se existir fundamento e necessidade para tal, sendo as mesmas sujeitas a controlo judicial de forma autónoma.

12. A articulação desta matéria com a *proibição de reformatio in peius* é particularmente interessante e um dos pontos mais delicados na actualidade.

A consagração de um efeito suspensivo da impugnação judicial, seguida da realização de um julgamento do caso, pareceria logicamente postular que o Tribunal decidiria com jurisdição plena, em função da prova e da gravidade dos factos demonstrados em audiência de julgamento. Era este o regime vigente em 1982. Acontece que, em 1995, o legislador criou para todos os casos a proibição de *reformatio in peius* (artigo 72.º-A RGCords), formulando uma limitação ainda mais forte do que aquela que existia (e existe) no processo penal (artigo 408.º do CPP). A solução mereceu aplausos e críticas da doutrina que, por razões de tempo, não posso aqui reproduzir, mas oscilavam entre a afirmação da inadequação da figura ao processo de contraordenação, o receio de a solução criar riscos de aumento da severidade da decisão na fase administrativa ou o aplauso em nome das garantias de defesa⁴³.

Em minha opinião, a consagração da proibição da *reformatio in peius* em processo de contraordenação no Regime Geral das Contraordenações em 1995 é inaceitável, por três razões:

Em primeiro lugar, a solução é incongruente com o efeito suspensivo da impugnação judicial e contrária ao princípio da separação de poderes (artigo 111.º, n.º 1, da Constituição). Se a impugnação tem um efeito suspensivo da decisão sancionatória da autoridade administrativa para que, a pedido do arguido, seja realizado um julgamento pleno sobre os factos, aceitar a proibição de *reformatio in peius* é no fundo excepcionar o efeito suspensivo e, ao mesmo tempo, pretender que o tribunal faça o julgamento pleno com poderes de decisão condicionados. Mas

⁴³ Por todos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/GABRIEL MATEUS DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, 2022 (cit. nota 37), p. 354 e ss

a segunda pretensão supõe a eficácia da decisão sancionatória da autoridade administrativa que está suspensa. Pretender as duas coisas simultaneamente é assim profundamente contraditório e um anacronismo legal quando se articulam decisões de entidades diferentes.

Em segundo lugar, e por isso mesmo, a solução viola o princípio da autonomia dos tribunais (artigo 203.º da Constituição), criando inclusivamente um regime mais limitador do que aquele que vigora no processo penal. No processo penal apenas existe proibição de *reformatio in peius* se o recurso for interposto apenas pelo arguido ou no interesse deste – o que supõe que a questão não é controvertida para outros sujeitos processuais. No caso das contraordenações, o facto de não ter sido revogada a decisão pela autoridade administrativa e de ter, em alguns casos, sido junto a resposta à impugnação pela autoridade administrativa evidencia que a questão é controvertida. E é com essa dicotomia de oposições que será realizado o julgamento. Que, perante isto, o Tribunal vá realizar o julgamento, com a possibilidade de produzir nova prova e reformular os factos provados e não provados, tendo poderes de decisão condicionados (por uma decisão administrativa ineficaz) é, no mínimo, pôr em causa a autonomia do Tribunal de julgamento.

Em terceiro lugar, o regime do artigo 72.º-A do RGCords subverte o princípio da prevalência das decisões dos Tribunais sobre as decisões das demais entidades (artigo 205.º, n.º 2, da Constituição), pois - por força do regime que acolheu - o poder jurisdicional de um órgão de soberania é limitado por uma decisão de uma autoridade administrativa (o oposto do que está no artigo 205.º da CRP) que, ao ser impugnada, não se torna definitiva e não pode produzir efeitos: nem em matéria de facto, nem em matéria de direito, e muito menos quanto às sanções aplicadas. Excepto, nesta peculiar solução, para limitar o poder decisório do tribunal de julgamento!

Um resultado desta natureza não é admissível: a solução traduz-se em identificar na prática um efeito forte numa decisão de uma autoridade administrativa que, ao ser impugnada, não produz efeitos, entenda-se, não pode produzir nenhuns efeitos porque a sua função processual passou a ser apenas a de delimitar os factos e as imputações que serão analisadas e debatidas no julgamento. Em caso algum, poderia prevalecer ou condicionar uma decisão de um Tribunal, a ser proferida depois de um julgamento pleno, autónomo e que pode ter nova produção de prova⁴⁴. A solução apenas poderia ser admitida na decisão por despacho⁴⁵ e no recurso da decisão da primeira instância para a Relação, mas nunca na impugnação judicial da decisão da autoridade administrativa.

⁴⁴ Antecipei uma parte destes argumentos no meu estudo «A proibição de *reformatio in peius* e o processo de contraordenação», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, Número Especial – Agosto de 2015, Ensaios de Homenagem a Amadeu Ferreira, Volume II, 2015, p. 137-157*. Em sentido oposto, JOSÉ LOBO MOUTINHO, «A *reformatio in peius* no processo de contraordenações», *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva, Vol. I, Lisboa: UCE, 2013, p. 421 e ss*, e NUNO BRANDÃO, *Scientia Iuridica* n.º 344 (2017), p. 287-288.

⁴⁵ Neste sentido, também, ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social* (cit. nota 12), p. 485.

(d) Gravidade das sanções e novas modalidades de sanções

13. É inegável que, numa perspectiva global, as sanções actualmente acolhidas no Direito de Mera Ordenação Social são, em alguns casos, muito elevadas, com padrões de 5 e 10 milhões de euros de coima máxima. Em alguns diplomas, as sanções chegam a 10 e 20 milhões de euros, como acontece no Reg. EU 2016/679 (Regulamento de Protecção de Dados Pessoais, artigo 83.º). A que acrescem sanções acessórias igualmente graves, designadamente de interdição (temporária ou definitiva) de actividades profissionais.

Mas uma coima legal elevada não é necessariamente inconstitucional, nem deve ser comparada com a multa criminal para justificar a qualificação das infracções como sendo materialmente criminais.

Fundamental para garantir o cumprimento do princípio da legalidade neste domínio são três aspectos:

- (i) por um lado, a clareza da conduta proibida e, por outro,
- (ii) a previsibilidade da sanção abstracta e
- (iii) a controlabilidade da sanção concreta, à luz da fundamentação da sanção aplicada, através da impugnação judicial e do recurso. Esta tem sido a linha de entendimento que tem prevalecido no Tribunal Constitucional⁴⁶.

Para esse efeito é necessário que a legislação sectorial contemple normas específicas sobre a determinação concreta da sanção (como, por exemplo, o artigo 405.º CdVM) e que a autoridade administrativa fundamente a sanção de forma clara, convincente e articulada com a factualidade provada.

14. A inexistência de um limite quantitativo explícito das coimas, limitado, contudo, a uma certa *percentagem do volume de negócios*, começou por ser o modelo característico das infrações às regras da concorrência, mas hoje surge noutra legislação sectorial, tendo sido acolhida no sistema financeiro, por exemplo, por via das obrigações de transposição do Direito da EU.

Num caso e noutro, o significado desta forma de determinar as sanções tem uma natureza histórico-jurídica distinta e uma intencionalidade diferenciada, como bem aponta Pedro Caeiro⁴⁷ num excelente estudo sobre o tema: o volume de negócios começou por ser entendido como uma cláusula de bloqueio (limite externo) de uma coima sem limite quantitativo inicial (visando

⁴⁶ Cfr. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 41/2004 e, depois, no mesmo sentido, Acs n.º 85/2012, 353/2011, 78/2013, 612/2014, 400/2016. Na doutrina, fundamentando a necessidade de existirem coimas elevadas, NUNO BRANDÃO, «O Direito Contra-ordenacional Económico na Era da Regulação», 2017 (cit. nota 21), p. 113-115.

⁴⁷ Cfr. PEDRO CAEIRO, «Punível com coima de até 10% de um montante qualquer: a inconstitucionalidade das normas sancionatórias do Regime Jurídico da Concorrência, na parte em que (não) fixam um limite máximo para as coimas aplicáveis ao *Abuso de posição dominante*» in *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, coord. José Lobo Moutinho *et al.*, Vol. IV, Lisboa: UCE, 2020, p. 2429 e ss, associado a solução à violação do princípio da legalidade, da proibição de sanções indefinidas e à violação do princípio da igualdade (por gerar tratamentos sancionatórios diferentes para o mesmo facto, sem que se possa comparar os elementos relevantes para a determinação da sanção).

preservar a capacidade económica da arguida, usando para tal como referente o último exercício antes da decisão); contudo, a partir de 2013, o *BGH* passou a conceber a percentagem de volume de negócio como limite máximo da coima (em substituição de um quantitativo legal). E tem sido esta segunda linha de entendimento que se tem generalizado na legislação nacional, por força do Direito da União Europeia, designadamente no sector financeiro.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem esclarecido alguns aspectos e deixado outros em aberto⁴⁸. É inequívoco que a legitimidade histórica material do critério de determinação da coima em função do volume de negócios do ano transacto não pode ser transposta sem mais para outros sectores diferentes do Direito da concorrência. A necessidade de adequar a sanção à gravidade do facto e ao princípio da proporcionalidade não é a mesma em todos os sectores de actividade, carecendo ademais de algumas limitações específicas por razões de legalidade, igualdade e proporcionalidade.

15. Tem sido igualmente controversa a adopção pelo legislador nacional de critérios de elevação da coima legal máxima, em função do benefício económico obtido. Em tais casos o valor da coima é elevado ao dobro ou ao triplo do benefício económico obtido.

A questão que se suscita é a de saber se esta agravação ocorre independentemente de o benefício obtido com a infracção ter sido apreendido e declarado perdido no processo. Neste ponto, parece-me assistir razão a Raul Soares da Veiga quando afirma que não é possível realizar as duas coisas cumulativamente: apreender o benefício e elevar a coima em função do mesmo⁴⁹. O princípio da proporcionalidade das sanções (proibição do excesso) impede a aplicação cumulativa da apreensão do benefício e da agravação do máximo legal da coima: se o benefício for apreendido não deve ser agravada a coima, se o benefício não for apreendido pode ser agravada a coima. Esta solução corresponde aliás à lógica do artigo 18.º, n.º 2, do RGCords, que só admite a agravação da coima se não for possível eliminar de outra forma o benefício em causa.

⁴⁸ Veja-se, para o efeito, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 353/2011 e, depois, a Decisão sumária n.º 216/2016, com análise crítica em PEDRO CAEIRO, «Punível com coima de até 10% de um montante qualquer» (cit. nota 47), p. 2452 e ss, maxime p. 2468.

⁴⁹ RAUL SOARES DA VEIGA, «As grandes contraordenações» (cit. nota 3), p. 628 e ss.

(e) Pluralidade de processos, autonomia dos sectores regulados e o princípio *ne bis in idem*

16. Um dos maiores equívocos que se tem gerado – quer em alguma prática judicial, quer em algumas análises doutrinárias - é a confusão sistemática entre a *pluralidade de processos de entidades diferentes* e o alcance da proibição do duplo julgamento decorrente do princípio *ne bis in idem*. Assim, por exemplo, os factos tratados por um regulador não poderiam ser imputados no processo de outro regulador, à luz de infracções legais distintas, ou num processo criminal autónomo, por tal hipótese violar o princípio *ne bis in idem*⁵⁰. Tenho para mim que não existe apoio nem legal, nem constitucional para tal afirmação, pelo contrário⁵¹.

O princípio *ne bis in idem* está formulado constitucionalmente para, por um lado, proibir o duplo julgamento pelo mesmo crime (artigo 29.º, n.º 5, da Constituição) e, por outro, enquadrar o problema em função da qualificação jurídica dos factos. Pressupõe, por isso, uma repetição de julgados em unidade de jurisdição ou uma realidade legalmente equiparada (por exemplo, uma jurisdição penal estrangeira ou, noutra situação, materialmente equiparável, a repetição de factos dentro do mesmo sistema sectorial). À luz da formulação constitucional, por outro lado, não parece possível que a repetição de julgados seja aferida apenas em função dos factos empíricos, pois os factos não têm relevância sancionatória autónoma sem o enquadramento legal típico que lhes seja aplicável. A própria Constituição não proíbe o duplo julgamento pelo *mesmo facto*, mas sim pelo *mesmo crime*, ou seja, um facto juridicamente enquadrado na lei penal.

17. O problema será substancialmente distinto do que está previsto no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição quando esteja em causa o concurso de crimes e contraordenações (concurso de infracções) ou o concurso de contraordenações de áreas distintas de actividade (concurso de contraordenações de diferentes sectores). Estas duas situações não estão cobertas pela proibição constitucional de duplo julgamento pelo mesmo crime: nem na letra, nem na história, nem na *ratio* da garantia, que foi formulada num contexto em que a jurisdição criminal nem sequer convivía com a regulação autónoma dos sectores regulados.

Por isso, o princípio *ne bis in idem* na sua formulação constitucional não pode ser invocado para, de forma simples, resolver problemas de pluralidade de processos de natureza distinta, pois nessa situação estão em causa realidades e problemas diferentes, designadamente: as competências administrativas de protecção de cada sector de actividade, que são legalmente distintas, claramente autónomas e destinadas a tutelar valores diferentes. E, por isso mesmo,

⁵⁰ Veja-se PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/GABRIEL MATEUS DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, 2022 (cit. nota 37), p. 126-127, com uma boa síntese das posições doutrinárias e referências jurisprudenciais.

⁵¹ Para um bom enquadramento dos problemas, siga-se TIAGO ESTEVÃO MARQUES, «A revisão do regime sancionatório do Direito dos Valores Mobiliários. Algumas considerações a propósito da Lei n.º 28/2017, de 30 de maio», CMVM (coord.), *20 Anos do Código dos Valores Mobiliários (número especial dos Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários)*, Coimbra: Almedina, CMVM, 2021, p. 563-574, com muita informação relevante.

não podem umas consumir ou preterir as outras, como acontece no concurso aparente de infracções criminais⁵².

Noutros termos, usando as palavras de Tiago Estevão Marques, não há violação da proibição de *bis in idem* se à unidade de facto corresponder uma *autonomia de fundamento* das infracções praticadas⁵³. É isto que acontece quando o agente com o mesmo facto viola regras de diferentes sectores de actividade com tutela contraordenacional. A pluralidade de processos nestes casos é perfeitamente legítima, legal e adequada, sem estar limitada pelo princípio da proibição do duplo julgamento pelo mesmo crime, por o facto do agente materializar diferentes infracções. Com essas diferentes infracções o facto assume uma danosidade concreta nos vários sectores em causa. Com autonomia de fundamento não se podem unificar infracções diferentes, porque isso contraria a opção do legislador ao regular sectorialmente a matéria e ao atribuir competências sancionatórias a diferentes autoridades administrativas.

O oposto significa criar Direito à margem da lei e da Constituição, impondo por essa via normas de conduta e juízos de valor a entidades pública e privadas, reconstruindo doutrinariamente uma garantia criada pelo legislador constitucional (noutro contexto) para o julgamento de matérias criminais. Noutros termos, o intérprete não pode forçar uma norma constitucional do passado nela incluindo (à margem do poder constituinte) as realidades futuras não previstas naquela. E muito menos o pode fazer impondo opções que não são consensuais entre a doutrina e a jurisprudência. Essa é uma tarefa exclusiva do legislador (seguindo o processo legislativo democraticamente legitimado) que pode, se assim o entender, reconfigurar as garantias constitucionais do Direito de Mera Ordenação Social, como fez nos anos oitenta com o acolhimento do (actual) n.º 10 do artigo 32.º da CRP. Com debate, fundamentação e consensualização da solução a acolher e não por via de uma criação impositiva de Direito inventado à margem da opção constitucional.

A solução que me parece mais adequada consiste em ver o problema não à luz da proibição de repetição de julgados, mas antes no quadro do princípio da proporcionalidade das sanções⁵⁴. Por isso me parece substancialmente correcta a solução acolhida no CdVM em 2017: autonomia dos processos com correcção da sanção final pelo princípio da proporcionalidade e pela adequação e finalidade das sanções. Os vários processos mantêm a sua autonomia, mas nos processos ulteriores o Tribunal pode alterar a sanção a aplicar em função das sanções já cumpridas, adequando a sanção final às exigências do caso concreto, podendo proceder ao desconto das mesmas se as sanções tiverem a mesma natureza (artigo 420.º, n.º 3, do CdVM)⁵⁵.

⁵² Em sentido contrário, mas sem razão, AUGUSTO SILVA DIAS e RUI SOARES PEREIRA, *Direito das Contraordenações*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 194 e ss e nota 500, sustentando a aplicação do princípio fora do mesmo direito sancionatório. Trata-se, contudo, de uma reconstrução significativa da garantia constitucional sem base legal para o efeito.

⁵³ TIAGO ESTEVÃO MARQUES, «A revisão do regime sancionatório do Direito dos Valores Mobiliários» (cit. nota 51), p. 569 e ss e p. 572 e ss.

⁵⁴ Cfr. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, «As garantias do Estado de Direito e a evolução do Direito de mera ordenação social», *Scientia Iuridica*, n.º 344 (2017), p. 256-259.

⁵⁵ Desenvolvimentos em TIAGO ESTEVÃO MARQUES, «A revisão do regime sancionatório do Direito dos Valores Mobiliários» (cit. nota 51), p. 565 e ss, e em FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, «As garantias do Estado de Direito e a evolução do Direito de mera ordenação social», *Scientia Iuridica*, n.º 344 (2017), p. 256-259.



PAINEL I

REGIMES DIFERENCIADOS PARA AS GRANDES CONTRAORDENAÇÕES: INCIDÊNCIAS SUBSTANTIVAS E PROCESSUAIS

Apresentação do Sistema Integrado de Informação Processual – SIIP

António Costa Gomes*

Vídeo da comunicação

Proposta de uma nova abordagem em matéria de organização, pesquisa e apresentação da prova em julgamento

Olhando para a realidade portuguesa ficamos com a percepção que os denominados «megaprocessos» vieram para ficar. Processos direccionados para um número muito elevado de sujeitos processuais, abarcando múltiplas actividades delituosas, com uma duração “excessiva” dos procedimentos, em particular na fase da investigação.

Não cabe neste texto discutir a bondade da opção pela criação destes megaprocessos ou, ainda, se se trata verdadeiramente de uma opção ou de uma imposição decorrente do quadro legal vigente.

Interessa mais perceber o que pode ser feito para minorar os problemas causados por esta nova realidade.

Quando analisamos alguns processos publicitados e percebemos que os dados reunidos se medem em TB questionamos como podem investigadores, Procuradores, Juizes e Advogados navegar naquele mar de informação de modo a apreenderem a prova relevante. Este é um problema particularmente grave para os sujeitos processuais cuja actividade processual está enformada por prazos peremptórios relativamente curtos.

Contrariamente ao que muitos – com bons argumentos – defendem parece-me que a solução não passa necessariamente pelo fim dos megaprocessos, mas antes por uma organização mais eficiente dos mesmos.

A organização do processo é matéria que não tem merecido qualquer atenção especial ficando ao critério do titular de cada processo. Assim, vemos processos em que os elementos de prova estão dispersos pelos autos principais sem qualquer critério, e outros em que são criados anexos temáticos.

Encontramos processos com uma numeração sequencial e outros em que cada volume possui uma numeração própria e, em alguns casos, nem numeração possuem.

Finalmente, quanto à indicação da prova, a realidade abarca processos em que a prova é indicada em bloco e outros em que o esforço de organização vai ao ponto de a prova ser referenciada ao facto.

* Juiz de Direito – Juízo de Instrução Criminal do Tribunal Judicial da Comarca de Aveiro.

Pelo que, quando confrontado com um megaprocessos, a primeira preocupação do jurista é perceber como está o mesmo organizado e, depois, encontrar uma estratégia que lhe permita apreender toda a prova. E isto é válido para todos os sujeitos processuais.

Foi a pensar nos desafios criados pelos megaprocessos que criamos o SIIP.

Mas, antes de apresentarmos esta ferramenta, não podemos deixar de reforçar que a eficiência começa, como já deixamos antever, na organização do processo.

Em primeiro lugar, seria importante termos um modelo de organização tendencialmente único que permitisse que um Advogado, um Procurador ou um Juiz soubesse, antes mesmo de o consultar, como está organizado o processo.

Depois, é essencial criar anexos temáticos (para escutas, vigilâncias, buscas, documentos bancários, inquirições), reservando os autos principais apenas para a tramitação processual.

Seria também importante que as peças processuais indicassem para cada facto o respectivo meio de prova. Numa acusação com 15000 artigos e centenas de capítulos, a indicação da prova por capítulo é manifestamente insuficiente.

Finalmente, no plano do direito a constituir, talvez fosse útil ponderar uma verdadeira separação entre a fase de investigação e as fases subsequentes impondo-se a organização de um “processo” contendo a acusação/decisão administrativa e – apenas – os elementos de prova considerados relevantes.

Tomando como exemplo o processo conhecido como «Caso Marquês», de um volume de dados recolhidos no inquérito que se mede em TB resultaram aproximadamente 9000 itens de prova.

Se apenas os elementos relevantes fossem organizados num dossier destinado a acompanhar a acusação – naturalmente sem prejuízo de as defesas terem acesso aos dados integrais – seguramente que o trabalho de todos os sujeitos processuais nas fases subsequentes do processo ficaria mais facilitado.

Voltando ao SIIP...

Todos os processos se desenvolvem em torno de três elementos: factos, sujeitos e prova.

Para cada facto com relevância criminal/contra-ordenacional tentamos perceber quem são os sujeitos envolvidos – como arguidos, ofendidos, peritos, testemunhas – e quais as provas que os sustentam.

E cada item de prova pode ser associado não apenas ao facto respectivos, mas também a um sujeito processual.

Tomando como exemplo um cheque, o mesmo pode ser relevante para prova de um facto e, por isso, será associado a esse facto. Mas também pode ser associado ao titular da conta sacada e ao sujeito beneficiário do cheque.

De tal forma que quando pesquisarmos pelo facto o cheque irá ser elencado nos respectivos meios de prova. E quando pesquisarmos pelo titular da conta será listado o facto e, em destaque, aquele meio de prova – o cheque – directamente relacionado com aquela pessoa.

Tendo presente que em qualquer processo – criminal ou contra-ordenacional – à alegação de um facto corresponde necessariamente um meio de prova, o que o SIIP faz é permitir, ao longo do processo, organizar toda a prova em ambiente digital facilitando todo o posterior trabalho de pesquisa e análise.

A ferramenta está organizada em dois módulos essenciais: o de investigação e o de julgamento. O módulo de investigação permite:

- Replicar em ambiente digital o processo físico com todos os apensos e anexos;
- Gerir todos os intervenientes – suspeitos, arguidos, testemunhas, ofendidos, polícias, peritos, defensores, permitindo associar a cada um deles os elementos fundamentais – moradas, contactos, redes sociais, veículos e outras informações de relevo para o inquérito;
- Tratar os factos e adicionar novos que venham a ser apurados durante a fase de investigação – um crime, um negócio, etc.;
- Tramitar de forma quase automática todo o procedimento relativo a escutas – pedido interceptões, autos de início e fim, tratamento das interceptões culminando nos relatórios quinzenais;
- Associar as transcrições das interceptões validadas ou o áudio das inquirições;
- Criar associações entre meios de prova, intervenientes e factos;
- Fazer a verificação acerca dos elementos de prova carregados para cada facto e/ou suspeito/arguido.

Por seu turno, o módulo de julgamento permite:

- Consultar a *timeline* do processo, ou seja, aceder a uma representação gráfica do processo e respectivos factos e, para cada um deles, ler o título, a descrição e consultar os meios de prova associando com visualização do respectivo conteúdo;
- Consultar a timeline do processo tendo por referência uma data, interveniente ou facto – aparecendo apenas os factos associados à data escolhida, ou os factos relacionados com aquele interveniente ou com o facto;
- Fazer pesquisa por número da página, intervalo de páginas, volume, apensos ou anexos específicos;
- Pesquisar escutas por alvo, sessão, data ou intervalo de data ou interveniente;
- Pesquisa por palavras chave no texto dos SMS ou transcrição, bem como no texto dos links criados;
- Pesquisar por tipo de prova – ex. escutas, buscas, vigilâncias, depoimentos... e refinar a busca adicionando um interveniente, um facto, uma data ou um intervalo de datas;
- Criar um relatório em PDF com indicação de todos os factos do processo e, para cada um deles, com indicação dos respectivos meios de prova;
- Criar, para cada interveniente, um relatório em word com indicação dos factos a que está associado e das respectivas provas.

Com a organização do processo em ambiente digital qualquer sujeito processual consegue, de forma eficiente, perceber que provas existem para cada facto, que provas estão associadas a cada sujeito processual e, ainda, aceder e analisar o respectivo conteúdo.

Vídeo da comunicação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2lotspsy9o/streaming.html?locale=pt>



PAINEL I

REGIMES DIFERENCIADOS PARA AS GRANDES CONTRAORDENAÇÕES: INCIDÊNCIAS SUBSTANTIVAS E PROCESSUAIS

Debate

Vídeo do debate



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/25pkc6l8li/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

III Jornadas do Tribunal da Concorrência,
Regulação e Supervisão

Direito das Contraordenações nos tempos actuais

Painel II

**Da influência do direito da União Europeia no direito das
contraordenações**



**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

COMARCA DE SANTARÉM



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



PAINEL II

DA INFLUÊNCIA DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA NO DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES

Introdução ao tema/moderação

Luís Silva Pereira*

Vídeo da comunicação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/25pkc6l8v7/streaming.html?locale=pt>

* Procurador-Geral Adjunto, Director Adjunto do Centro de Estudos Judiciários (à data das Jornadas).

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



PAINEL II

DA INFLUÊNCIA DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA NO DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES

A influência do Direito da União Europeia no Direito das Contraordenações, em especial no domínio do sancionamento das práticas restritivas da concorrência

Paulo de Sousa Mendes*

Resumo

Palavras-chave

1. Introdução

2. A responsabilidade empresarial e os grupos económicos

- 2.1. O conceito económico de empresa e o seu duplo propósito jurídico
- 2.2. O conceito de unidade económica e a imputação da infração à empresa
- 2.3. O conceito de empresa e a imputação da sanção à pessoa jurídica
- 2.4. O conceito de empresa e a imputação da sanção à sociedade-mãe
- 2.5. A imputação da infração à sociedade-mãe na ordem jurídica interna
- 2.6. As grandes questões da responsabilidade empresarial

3. A relevância do cumprimento das regras de concorrência

- 3.1. É importante cumprir
- 3.2. O que diz a Autoridade da Concorrência
- 3.3. O que diz a jurisprudência nacional
- 3.4. As grandes questões dos programas de conformidade

4. A fórmula de cálculo da coima

- 4.1. O artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003
- 4.2. As Orientações da Comissão para o cálculo das coimas
- 4.3. Balanço e perspetivas da aplicação do Regulamento (CE) n.º 1/2003
- 4.4. Processo de avaliação do Regulamento (CE) n.º 1/2003
- 4.5. Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho
- 4.6. As grandes questões do cálculo da coima
- 4.7. A necessidade de fundamentação da coima aplicada
- 4.8. O cálculo da coima na ordem jurídica interna
- 4.9. O Regime Jurídico da Concorrência de 2012
- 4.10. As Linhas de Orientação da Autoridade da Concorrência de 2012

5. A regra dos 10% do volume total de negócios

- 5.1. A regra dos 10% como limite superior ou como travão?
- 5.2. O Acórdão do BGH de 26 de fevereiro de 2013
- 5.3. O valor da coima à luz do § 81c da Lei contra as Restrições da Concorrência alemã
- 5.4. As novas Linhas de Orientação sobre a Aplicação de Coimas do BKartA
- 5.5. O efeito dissuasor e as ações de indemnização privadas
- 5.6. A determinação do limite máximo de 10% no caso concreto
- 5.7. As grandes questões do limite máximo da coima aplicável

6. A duração da prática e o efeito multiplicador da coima

- 6.1. O efeito multiplicador
- 6.2. O efeito multiplicador na prática decisória da Autoridade da Concorrência

7. Conclusões

Bibliografia

Vídeo da comunicação

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Guião da conferência proferida pelo autor nas III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, subordinadas ao tema geral “O Direito das Contraordenações nos tempos atuais” e realizadas no Convento de São Francisco – Santarém, em 13 de maio de 2022. Agradeço ao Juiz Presidente do Tribunal Judicial da Comarca de Santarém e do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, Dr. Luís Miguel Caldas, o amável e honroso convite. Agradeço ao Prof. Doutor Rui Soares Pereira todos os comentários e sugestões a uma versão preliminar deste texto.

Resumo: O presente artigo versa sobre a influência do Direito da União Europeia no Direito Nacional da Concorrência, com especial destaque para a sua componente contraordenacional. São analisados aspetos de responsabilidade empresarial, cumprimento normativo e aplicação da coima em que se verifica um menor alinhamento entre as leis, orientações, prática decisória e jurisprudência da União Europeia, de um lado, e os equivalentes nacionais, do outro. Em especial, é apresentada uma reflexão crítica sobre a imputação da responsabilidade empresarial e a imputação da coima. Quanto à imputação da coima, a fórmula de cálculo da coima é analisada em pormenor.

Palavras-chave: empresa, fórmula de cálculo da coima, pessoa coletiva, sociedade-mãe, unidade económica, volume de negócios.

1. Introdução

O tema que nos sugeriram foi a influência do Direito da União Europeia (UE) no Direito das Contraordenações português. Logo nos demos conta de que o tema proposto seria dificilmente abarcável no curto espaço de tempo de uma conferência, desde logo porque o Regime Geral das Contraordenações (RGCO)¹ deixou, desde há muito, de constituir uma referência unificadora para todas as espécies de contraordenações que proliferam na ordem jurídica interna, em especial nos diversos domínios da atividade económica e financeira, onde existem regimes especiais muito diversos entre si, alguns dos quais são já tão esgotantes que quase dispensam a aplicação subsidiária do RGCO².

Para evitar uma comparação constante de regimes especiais impunha-se, pois, uma redução temática, em benefício de uma análise aprofundada daquele regime contraordenacional que apresenta vínculos mais fortes com o Direito da União Europeia, a saber: o Direito da Concorrência Nacional, com especial destaque para a sua componente contraordenacional.

¹ Cf. Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, cuja versão mais recente consta da Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

² Sobre a fragmentação e o casuísmo dos regimes especiais, cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, 2011, pp. 10-11 (Nota prévia ao Artigo 1.º, n.ºs ms. 13-14). Sobre a crescente diversidade de regimes jurídicos especiais ou setoriais que excecionam o RGCO, cf. SILVA DIAS/SOARES PEREIRA, 2022, pp. 36-50, que chamam a atenção para a expansão do Direito da Regulação, para a perda da função central do RGCO, para a contraposição entre as grandes e as pequenas contraordenações e para a necessidade de revisão urgente do Direito das Contraordenações, embora pareçam aceitar que tal revisão tenha de passar por um regime punitivo e processual a duas velocidades com sede no RGCO e com ajustamentos nos diplomas setoriais para tornar a sua autonomia menos absoluta, atendendo à diferente natureza das contraordenações com base em critérios ligados à relevância social do interesse de ordenação, ao grau de perturbação à promoção desse interesse provocado pela conduta e à desnecessidade ou inconveniência de sujeição da conduta a um regime mais próximo do Direito Penal e Processual Penal. Tentando uma aproximação de soluções entre os regimes especiais e o RGCO, cf. VILELA, 2013, p. 528 ss., e BRANDÃO, 2016, pp. 467-469. Seja como for, a aproximação não é possível, a nosso ver, desde logo porque o RGCO é um diploma exclusivamente de Direito Sancionatório, ao passo que os regimes especiais se integram numa estrutura legal de regulação antitruste, económica ou financeira, entre outras, convocando dimensões muito amplas, tais como poderes normativos, executivos e parajudiciais, em domínios transversais de Direito Administrativo, Direito das Contraordenações e até Direito Penal. Neste sentido, cf. SOUSA MENDES, 2022, pp. 407-408.

Analisaremos alguns tópicos de direito substantivo, juntando aspetos de responsabilidade empresarial, cumprimento normativo e aplicação da coima em que se verifique um menor alinhamento entre as leis, orientações, prática decisória e jurisprudência da UE, de um lado, e os equivalentes nacionais, do outro.

A intenção não é transmitir posições fechadas, mas destacar questões que deveriam suscitar maior debate entre nós.

2. A responsabilidade empresarial e os grupos económicos

2.1. O conceito económico de empresa e o seu duplo propósito jurídico

A palavra empresa (*undertaking*) aparece nos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), mas o conceito de empresa não é definido pelo Direito primário ou secundário da UE³.

A Comissão estabeleceu uma definição de empresa de cariz económico, como segue: “[p]ara efeitos do Direito da Concorrência da UE, é considerada uma empresa qualquer entidade que exerça uma atividade económica, ou seja, uma atividade que consiste na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e da forma como é financiada”⁴.

A mesma definição consta da jurisprudência europeia, designadamente nos seguintes casos, entre outros: Case C-521/09P *Elf Aquitaine v Commission* [2011] EU:C:2011:620, para 53; Case C-440/11P *Commission v Stichting Administratiekantoor Prtielje and Gosselin Group* [2013] EU:C:2013:514, para 36 e Case C-516/15P *Akzo Nobel v Commission* [2017] EU:C:2017:314, para 47⁵.

Esta definição – vale a pena repeti-lo – é de cariz económico, mas serve um duplo propósito jurídico, a saber:

- (i) serve para determinar quem está sujeito aos artigos 101.º e 102.º TFUE e, por consequência, quem pode ser considerado como autor dessas infrações anticoncorrenciais;
- (ii) serve para determinar quem está exposto às consequências jurídicas da prática dessas infrações anticoncorrenciais⁶. Em suma, o conceito de empresa é imprescindível para um duplo e sucessivo juízo de imputação, ou seja: a imputação da autoria da infração e a imputação da respetiva sanção.

³ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, pp. 88-9, n.º m. 2.003-2 e HEINICHEN, 2011, p. 365.

⁴ Cf. *Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas* (2008/C 95/01).

⁵ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, p. 1293, n.º m. 14.089.

⁶ Cf. HEINICHEN, 2011, p. 365.

2.2. O conceito de unidade económica e a imputação da infração à empresa

Qualquer pessoa singular ou coletiva será uma empresa se e na medida em que exercer uma atividade económica⁷. O estatuto ou forma jurídica de uma pessoa singular ou coletiva no Direito nacional não é relevante para avaliarmos se atua como empresa para efeitos dos artigos 101.º e 102.º TFUE. O facto de essa pessoa exercer atividade económica é que é determinante⁸.

Assim, as empresas são unidades economicamente ativas, independentemente da sua forma jurídica e do tipo de financiamento. Consistem num conjunto de fatores pessoais, materiais e imateriais com os quais as empresas quais prosseguem um objetivo económico comum e que podem estar envolvidos numa violação dos artigos 101.º e 102.º TFUE. Este conceito económico de empresa não pressupõe que a mesma seja reconhecida como ente dotado de personalidade jurídica fora do Direito da Concorrência da UE, nomeadamente pelo Direito das Sociedades dos Estados-Membros da UE⁹.

A aplicação mais importante do conceito de empresa económica é o conceito de unidade económica (*single economic unit*) desenvolvido pelas instituições da União. Em conformidade, várias entidades podem ser combinadas numa única unidade económica e, portanto, numa única empresa na aceção dos artigos 101.º e 102.º TFUE se forem consideradas globalmente as relações organizacionais, económicas e jurídicas que existem entre elas e não aparecerem no mercado de forma independente umas das outras. Nesse caso, a unidade económica – e não as entidades que a integram – é autora da violação dos artigos 101.º e 102.º TFUE e as entidades que a integram podem vir a ser responsabilizadas, quer de forma independente ou solidária¹⁰.

O conceito de unidade económica é o resultado de uma aplicação consistente do conceito de empresa económica através da prática decisória da Comissão e da jurisprudência europeia. Uma empresa pode, assim, compreender várias pessoas singulares ou coletivas, desde que constituam uma única unidade económica, como se pode constatar nos seguintes casos, entre outros: Case C-97/08 P *Akzo Nobel NV and Others v Commission* [2009] EU:C:2009:536, para 58; Case C-90/09P *General Química v Commission* [2011] EU:C:2011:21, paras 34-36; Case C-516/15P *Akzo Nobel v Commission* [2017] EU:C:2017:314, paras 70-74 e Case C-595/18 P *The Goldman Sachs Group Inc. v European Commission* [2021] EU:C:2021:73, paras 81-85. E quando uma empresa infringe as regras da concorrência, então cabe a essa unidade económica responder pela infração¹¹.

No caso C-97/08 P *Akzo Nobel NV and Others v Commission* [2009], o Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), de 10 de setembro de 2009, estabeleceu o seguinte: “[parágrafo 58:] De acordo com a jurisprudência constante do Tribunal, o comportamento ilícito de uma subsidiária pode ser imputado à sociedade-mãe, nomeadamente quando, embora tenha personalidade jurídica distinta, essa subsidiária não determina de forma autónoma o seu próprio comportamento no mercado, mas essencialmente executa as instruções que lhe são

⁷ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, pp. 88-9, n.º m. 2.003-2.

⁸ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, p. 90, n.º m. 2.008.

⁹ Cf. HEINICHEN, 2011, p. 365.

¹⁰ Cf. HEINICHEN, 2011, pp. 365-366.

¹¹ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, p. 1293, n.º m. 14.089.

dadas pela sociedade-mãe (veja-se, a propósito, *Imperial Chemical Industries v Commission*, paras 132 e 133; *Geigy v Commission*, para 44; *Europemballage and Continental Can v Commission*, para 15; *Stora*, para 26), tendo especialmente em conta os vínculos económicos, organizacionais e jurídicos entre essas duas pessoas coletivas (veja-se, por analogia, *Dansk Rørindustri and Others v Commission*, para 117; *ETI and Others*, para 49)¹².

2.3. O conceito de empresa e a imputação da sanção à pessoa jurídica

Uma vez que nenhuma atribuição vinculativa a uma pessoa jurídica específica pode ser inferida a partir do próprio conceito de empresa, a questão de quem deve pagar (*i.e.*, ser sancionado) por uma violação das regras de concorrência carece de aprofundamento¹³. Embora as empresas, enquanto destinatárias das normas de conduta, não tenham necessariamente de possuir personalidade jurídica, já os destinatários das notas de ilicitude (*statements of objections*) e das demais decisões tomadas no processo administrativo em que a Comissão averigua a violação dos artigos 101.º e 102.º TFUE devem ter personalidade e capacidade jurídicas, uma vez que podem ser condenados no pagamento das coimas. Acresce que os atos da Comissão que imponham uma obrigação pecuniária a pessoas que não sejam Estados constituem título executivo, sendo a execução regulada pelas normas de processo civil em vigor no Estado em cujo território se efetuar, conforme disposto no artigo 299.º TFUE. No entanto, não é tarefa dos Estados-Membros saber quem é o devedor junto de quem a Comissão pode cobrar a sua dívida. Em vez disso, os atos da Comissão são executáveis como títulos de pagamento apenas se, desde o início, o respetivo conteúdo for suficientemente claro e na medida em que esteja nomeado um devedor específico. É, pois, habitual na prática da Comissão separar a determinação do autor da infração da posterior determinação do verdadeiro destinatário da coima, em função do apuramento da personalidade e capacidade jurídicas do autor¹⁴. Para a sequência, importa a seguinte distinção: se a empresa que atuou em violação da concorrência tiver personalidade e capacidade jurídicas, então pode ser assumida a correspondência entre o autor dos factos e o destinatário da coima; se, porém, existirem peculiaridades na estrutura da empresa, então surge a questão da determinação da(s) pessoa(s) jurídica(s) por trás da empresa responsável para efeitos de aplicação da coima, ou seja, a determinação do(s) titular(es) da empresa. Certamente são concebíveis casos em que uma pessoa singular, enquanto proprietária de uma empresa de âmbito comunitário, esteja sujeita a coimas por práticas de cartel, mas serão situações altamente improváveis, por razões óbvias. Normalmente, o titular da empresa responsável será uma pessoa coletiva ou mesmo várias pessoas coletivas¹⁵.

¹² Online:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=4FD0AC0FDBCBCDE177A1FDBC1860F3B7D?text=&docid=195063&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4843704> (consultado em 22/08/2022).

¹³ Cf. BAUDISCH, 2009, p. 274.

¹⁴ Cf. BAUDISCH, 2009, pp. 274-275 e HEINICHEN, 2011, pp. 367-368.

¹⁵ Cf. BAUDISCH, 2009, pp. 274-275.

2.4. O conceito de empresa e a imputação da sanção à sociedade-mãe

A Comissão, sempre que pode fazê-lo, prefere sancionar a sociedade-mãe em vez da subsidiária¹⁶. A nota de ilicitude pode ser dirigida à sociedade-mãe, mesmo que sem demonstrar o envolvimento desta na infração. A sociedade-mãe pode ser visada sem ser autora da infração ou até sem estar pessoalmente envolvida na infração.

No já citado caso C-97/08 P *Akzo Nobel NV and Others v Commission* [2009], o Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), de 10 de setembro de 2009, estabeleceu o seguinte: “[Parágrafo 59:] Assim, o facto de uma sociedade-mãe e a sua subsidiária constituírem uma única empresa na aceção do artigo 81.º TCE [atual artigo 101.º TFUE] permite à Comissão dirigir uma nota de ilicitude à sociedade-mãe sem ter de demonstrar o envolvimento pessoal desta última na infração. [Parágrafo 60:] No caso específico de uma sociedade-mãe deter uma participação de 100% numa subsidiária que violou as regras comunitárias da concorrência, em primeiro lugar, a sociedade-mãe pode exercer uma influência decisiva no comportamento da subsidiária (v., neste sentido, *Imperial Chemical Industries v Commission*, paras 136-137) e, em segundo lugar, existe uma presunção ilidível de que a sociedade-mãe exerce efetivamente uma influência decisiva no comportamento da sua subsidiária (v., neste sentido, *AEG-Telefunken v Commission*, para 50, e *Stora*, para 29). [Parágrafo 61:] Nestas circunstâncias, basta que a Comissão prove que a subsidiária é integralmente detida pela sociedade-mãe para se presumir que esta exerce uma influência decisiva na política comercial da subsidiária. A Comissão poderá considerar a sociedade-mãe solidariamente responsável pelo pagamento da coima aplicada à sua subsidiária, a menos que a sociedade-mãe, que tem o ónus de ilidir essa presunção, apresente elementos de prova suficientes para demonstrar que a sua subsidiária atua de forma independente no mercado (v., neste sentido, *Stora*, para 29)”¹⁷.

No caso *The Goldman Sachs Group Inc. v European Commission* [2021] EU:C:2021:73, o Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), de 27 de janeiro de 2021, foi ainda mais longe e considerou que basta a demonstração de um controlo efetivo da sociedade-mãe sobre todas as ações da subsidiária para se presumir que aquela exerce uma influência decisiva na política comercial da subsidiária, como segue: [Parágrafo 29:] “No que respeita [...] à argumentação da recorrente segundo a qual a presunção do exercício efetivo de uma influência determinante, reconhecida pela jurisprudência, não era aplicável no caso em apreço, uma vez que a sua participação nos fundos GSCP V era de apenas cerca de 33 %, sendo o restante capital desses fundos detido por investidores terceiros independentes, há que recordar que, como o Tribunal Geral declarou nos parágrafos 48 e 64 do acórdão recorrido, na decisão controvertida, a Comissão se apoiou numa presunção do exercício efetivo de uma influência determinante pela recorrente sobre o comportamento da Prysmian e, indiretamente, da PrysmianCS, baseando-se não no nível de participação indireta da recorrente no capital da Prysmian, mas na conclusão de que a recorrente controlava todos os direitos de voto associados às ações da Prysmian. [Parágrafo 30:] Ora, no seu recurso, a recorrente não contesta essa conclusão do Tribunal Geral

¹⁶ Cf. SANTOS GONÇALVES, 2015, p. 73.

¹⁷ Online:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=4FD0AC0FDBCDBDE177A1FDBC1860F3B7D?text=&docid=195063&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4843704> (consultado em 22/08/2022).

nem que continuava a controlar 100 % dos referidos direitos de voto, durante todo o período anterior à OPI, mesmo depois das cessões de participações da Prysmian efetuadas em 7 de setembro de 2005 e 21 de julho de 2006. Nestas circunstâncias, o argumento da recorrente relativo ao facto de a sua participação nos fundos GSCP V ser de apenas cerca de 33 % deve, em qualquer caso, ser julgado inoperante”¹⁸.

Medida da prova

No que diz respeito à medida da prova (*standard of proof*), parece haver consenso no domínio da aplicação pública do Direito da Concorrência da UE de que a autoridade de acusação deve satisfazer o teste ‘para além de qualquer dúvida razoável’ (*beyond any reasonable doubt*), tal como é geralmente reconhecido em Direito Penal, em vez do teste da ‘comparação de probabilidades’ (*‘balance of probabilities’*) ou da ‘prova preponderante’ (*‘preponderance of the evidence’*) originário do Direito Civil¹⁹. Assim, qualquer constatação de uma infração que não atenda à medida da prova para além de qualquer dúvida razoável pode ser considerada uma violação da presunção de inocência (*presumption of innocence*)²⁰.

Ónus da prova

Contrariamente à medida da prova, a repartição do ónus da prova (*burden of proof*) passou a ser expressamente regulamentada no artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003²¹, cuja conformidade aos princípios fundamentais foi sendo indiretamente confirmada pela jurisprudência europeia. De acordo com esta disposição, em qualquer processo nacional ou da União para a aplicação dos artigos 101.º ou 102.º TFUE (ex-artigos 81.º e 82.º TCE), o ónus da prova da infração incumbe à parte ou autoridade que a alegar, enquanto a empresa ou associação de empresas que reclama o benefício do artigo 101.º, n.º 3, TFUE tem o ónus de provar que as condições referidas nesse número estão preenchidas. A atribuição do ónus da prova em processos formais (administrativos ou judiciais) apresenta duas características distintivas, a saber: em primeiro lugar, é necessário determinar quem suporta o ónus de apresentar os factos e provas relevantes (ónus da prova subjetivo ou formal) e, em segundo lugar, quem, em última análise, suporta o risco de os factos não ficarem cabalmente esclarecidos ou as alegações não serem comprovadas (ónus da prova objetivo ou material)²².

¹⁸ Online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62018CJ0595&from=en> (consultado em 23/08/2022).

¹⁹ A medida da prova não tem uma abordagem uniforme nas duas grandes culturas jurídicas, a saber: os sistemas anglo-americano (*common law*) e romano-germânico (*civil law*). No Direito da Concorrência da UE têm vingado os testes da medida da prova oriundos do sistema anglo-americano. Em Inglaterra, o teste da prova preponderante é designado por comparação de probabilidades.

²⁰ Cf. NEHL, 2021, p. 1392 (Art 48, n.º m. 48.20A).

²¹ Cf. Regulamento (CE) N.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (Texto relevante para efeitos do EEE).

²² Cf. NEHL, 2021, p. 1393 (Art 48, n.º m. 48.20A).

Presunções probatórias

No âmbito da aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE, a jurisprudência europeia consagrou uma série de presunções ilidíveis (*rebuttable presumptions*) que aliviam o ónus da prova (subjetivo e objetivo) que incumbe à autoridade ou à parte que alega a infração e transferem para a outra parte o ónus de provar que o contrário é verdadeiro. Entre as presunções probatórias suscetíveis de limitar o âmbito de proteção da presunção de inocência, destaca-se a já referida presunção de exercício de controlo ou influência decisiva sobre a conduta de uma subsidiária no mercado decorrente da sua detenção a 100% por uma sociedade-mãe ou decorrente do controlo efetivo de todas as ações da subsidiária por uma sociedade-mãe²³.

Apontam nesse sentido os seguintes casos: Case C-97/08 P *Akzo Nobel NV and Others v Commission* [2009] EU:C:2009:536, paras 60-63; Case C-521/09 P *Elf Aquitaine v Commission* [2011] ECR-8947, paras 56-62; Case C-155/14 P *Evonik Degussa and AlzChem v Commission* [2016] EU:C:2016:446, paras 27-45; Case C-516/15 P *Akzo Nobel and Akzo Nober Chemicals v Commission* [2017] EU:C:2017:314, paras 46-61; Joined Cases C-457/16 P and C-459/16 P to C-461/16 P *Global Steel Wire and Others v Commission* [2017] EU:C:2017:819, paras 81-88 (não publicado). Ver também Case C-635/13 P *Villeroy & Boch v Commission* [2017] EU:C:2017:52, para 149, onde se afirma que esta presunção não viola o direito à presunção de inocência nem o princípio *in dubio pro reo*; Joined Cases C-490/15 P and C-505/15 P *Ori Martin and SLM v Commission* [2016] EEU:C:2016:678, paras 64-65, onde se afirma que não é impossível ilidir essa presunção. Na mesma linha, e apresentando um bom resumo da jurisprudência europeia, ver Case C-611/18 P *Pirelli & C. v Commission* [2020] EU:C:2020:868, paras 65-73²⁴.

Segundo alguma doutrina, “[a] imputação da infração de uma subsidiária à sua sociedade-mãe não põe em causa o princípio da tipicidade dos delitos (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), na medida em que esta solução tem sido constantemente repetida desde a década de 1970”²⁵.

2.5. A imputação da infração à sociedade-mãe na ordem jurídica interna

A fim de tomar o pulso à jurisprudência portuguesa sobre a questão da imputação da infração à sociedade-mãe, importa referir duas decisões judiciais: a primeira proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) e a segunda proferida nos mesmos autos pelo Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) relativamente a factos que envolveram a Associação Nacional de Farmácias (ANF) e as empresas por esta participadas²⁶. O processo, que correu termos no TCRS sob o n.º 36/16.OYUSTR, resultou do recurso de impugnação judicial da decisão imposta pela Autoridade da Concorrência (AdC) à ANF, à Farminveste – SGPS, S.A. (Farminveste, SGPS), à Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A. (Farmingeste IPG) e à HMR – Health Market Research Ld.^a (HMR), pela prática de um abuso de posição dominante através da compressão de margens nos mercados a jusante, previsto e punido pelos artigos 11.º, n.ºs 1 e 2,

²³ Cf. PEERS/HERVEY/KENNER/WARD, 2021, pp. 1394-1395 (Art 48, n.º m. 48.20A).

²⁴ Cf. PEERS/HERVEY/KENNER/WARD, 2021, p. 1395, n. 65 (Art 48, n.º m. 48.20A).

²⁵ Cf. VOGEL, 2020, p. 465.

²⁶ Para uma análise pormenorizada dessas decisões judiciais, cf. BRAVO, 2018, pp. 111-145. Fazendo referência às mesmas decisões judiciais, cf. SILVA DIAS/SOARES PEREIRA, 2022, p. 122, n. 277.

alínea a), 68.º e 69.º, todos do Regime Jurídico da Concorrência (RJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, bem como pelo artigo 102.º TFUE. A AdC condenara a ANF no pagamento de uma coima de 635.000,00€, a Farminveste – SGPS numa coima de 9.080.000,00€, a Farminveste IPG numa coima de 360.000,00 € e, finalmente, a HMR numa coima de 265.000,00€. A sentença da primeira instância confirmou as imputações feitas pela AdC, mas reduziu o valor das coimas, aplicando à ANF uma coima de €.409.741,30, à Farminveste – SGPS uma coima de €. 6.082,704,00, à Farminveste IPG uma coima de €.233.530,80 e à HMR uma coima de €.171.767,20. A sentença do TCRS foi objeto de recurso para o TRL, cujo desfecho foi o seguinte:

“A coima aplicada pela Autoridade da Concorrência à Associação Nacional de Farmácias e às participadas Farminveste e HMR foi reduzida em praticamente todo o seu valor. O Tribunal da Relação de Lisboa reduziu o valor para 815 mil euros, face aos 10,34 milhões de euros aplicados pela Concorrência, valor que já tinha sido reduzido na primeira instância. A condenação por abuso de posição dominante por esmagamento de margens foi, no entanto, confirmada, realça a Autoridade da Concorrência, em declarações ao Negócios, explicando que a redução da coima se deveu ao facto de a Relação ter considerado ‘não dever ser responsabilizada a sociedade-mãe do grupo ANF, que consolidava a maior parte do volume de negócios do grupo’. A absolvição da sociedade-mãe determinou consequentemente a redução do montante global das coimas”²⁷.

Do exposto não pode, pois, concluir-se que a jurisprudência portuguesa tenha aderido – antes pelo contrário – à doutrina da imputação da infração de uma subsidiária à sua sociedade-mãe.

2.6. As grandes questões da responsabilidade empresarial

O princípio do primado do Direito da UE abrange a responsabilidade empresarial?

O Direito da Concorrência da UE impõe algum regime de responsabilidade empresarial?

Preferem as regras nacionais de imputação da infração à pessoa coletiva?

Como se articulam tais regras com a definição de empresa no RJC?

Deve imputar-se a infração à sociedade-mãe com base em que critérios?

Vale a presunção de domínio efetivo aplicada pelo Tribunal de Justiça nos casos *Akzo Nobel* e *Goldman Sachs*?

O conceito de empresa ajuda à delimitação dos destinatários da coima?

²⁷ *Online*: Alexandra Machado, amachado@negocios.pt, 23 de junho de 2017 às 16:56 (consultado em 23/08/2022).

O volume de negócios que interessa para a determinação da coima deve ser calculado para cada pessoa coletiva visada ou para o grupo económico que atua como empresa no caso concreto?

Toda e qualquer pessoa coletiva que integra o grupo económico que atua como empresa no caso concreto é conjunta e solidariamente responsável pelo pagamento da coima?

São tudo boas questões para as quais só é possível, no presente contexto, esboçar um princípio de resposta.

Em tese geral, a utilização do conceito de empresa oriundo do Direito da Concorrência da UE na ordem jurídica interna é desejável, embora não seja obrigatória à luz do princípio do primado do Direito da UE, desde logo porque a definição de empresa não consta do Direito primário ou secundário da UE²⁸. Essencialmente, o conceito de empresa europeu reflete melhor as finalidades do Direito da Concorrência do que o princípio da personificação jurídica (*legal entity principle*), na medida em que aquele conceito incorpora fidedignamente a realidade económica e social no que diz respeito às sanções corporativas²⁹. Além disso, a aceitação do conceito de empresa europeu permitiria que o nível ou montante da coima não ficasse na dependência de as violações antitruste serem processadas e punidas pela AdC ou pela Comissão³⁰.

Acresce que o Direito interno incorpora, *de motu proprio*, uma definição de empresa no artigo 3.º RJC que se inspira diretamente na definição dada pela Comissão e subscrita pela jurisprudência europeia. A definição constante desse dispositivo vale igualmente para as operações de concentração e para as práticas restritivas da concorrência.

Há, porém, uma disparidade marcante entre o Direito da Concorrência da UE e o RJC. O Direito primário ou secundário da UE não contém um regime de responsabilidade empresarial aplicável às violações antitruste, ao passo que o Direito interno contém um regime de responsabilidade das pessoas jurídicas, sejam singulares ou coletivas, pela prática das contraordenações previstas

²⁸ O princípio do primado é uma norma que regula a relação entre o Direito europeu e o Direito nacional. O princípio do primado atua como uma norma que determina que, em caso de conflito, os Estados têm o dever de aplicar a norma de Direito da UE e de desaplicar a norma de Direito nacional. Este princípio foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que o fundamenta na necessidade de homogeneidade na aplicação do Direito europeu e no facto de os Estados-Membros não poderem invocar Direito nacional para fundamentarem o incumprimento das suas obrigações europeias. Os deveres resultantes do primado vinculam todas as entidades públicas, incluindo toda a administração pública e os tribunais nacionais. O Tribunal de Justiça da União Europeia tem mantido que todo o direito da União Europeia prevalece sobre todo o Direito nacional, incluindo as respetivas normas constitucionais, mas esta é uma questão que ainda se mantém controversa. O primado não está previsto nos tratados europeus. A Constituição da República Portuguesa prevê que o Direito da UE é aplicável em Portugal nos termos definidos pelo próprio Direito da UE (artigo 8.º, n.º 4, CRP), o que inclui o primado, nos termos declarados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. *Online*: <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/principio-primado-direito-uniao-europeia> (consultado em 24/08/2022).

²⁹ Cf. DANNECKER, 2018, p. 207.

³⁰ Cf. DANNECKER, 2018, p. 207.

na legislação da concorrência, designadamente, na parte que nos interessa, pela prática de violações antitruste, nos termos do artigo 73.º RJC³¹.

Será que o regime previsto no artigo 73.º RJC – diretamente inspirado no artigo 11.º do Código Penal (CP), na versão da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro³², e passando por cima do artigo 7.º RGCO³³ – se aplica à imputação da infração, à imputação da sanção ou a ambas as imputações? A epígrafe do artigo 73.º RJC refere a palavra ‘responsabilidade’, que é juridicamente polissémica e, por isso mesmo, equívoca. Entre outros usos jurídicos relevantes, a responsabilidade pode significar, com igual propriedade, uma responsabilidade-resposta, enquanto estatuto de alguém que é chamado a responder a questões e sobretudo a refutar acusações, e uma responsabilidade-sujeição, enquanto condição de alguém que é declarado culpado e sofre a punição correspondente ou outra consequência jurídica adversa³⁴. Mas pode dizer-se que o princípio da pessoalidade ou da intransmissibilidade da pena, de base constitucional (artigo 30.º, n.º 3, CRP), obriga à coincidência entre a pessoa do acusado e a pessoa do sancionado³⁵. Tal implica que só possam ser condenadas no processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, se for o caso, as pessoas jurídicas,

³¹ Criticando a redução do âmbito da responsabilidade das pessoas coletivas face à anterior lei que previa a responsabilidade por atos praticados por titulares dos órgãos sociais de uma pessoa coletiva, mandatário, representantes ou trabalhadores, no exercício das respetivas funções ou em nome daquelas pessoas (artigo 47.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho – LdC), cf. MOURA E SILVA, 2018, p. 395). Na versão mais recente do CP foi-se ainda mais longe: “em nome ou por conta” (alteração introduzida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro). O “por conta” tem um significado diverso do “em nome de”. Na dogmática da representação, a atuação “por conta” não se confunde com uma atuação “em nome de”, pois aquela parece exigir uma intenção específica, daquele que atua, em atuar para outrem, ou seja, tem de haver uma intenção de atribuir os efeitos ou o resultado da sua atuação ao representado. Já a atuação “em nome de” outrem pressupõe a invocação do nome do representado (*contemplatio domini*). A *contemplatio domini* não se confunde com uma atuação do representante no interesse do representado, mas significa que o representante deve revelar que realiza o ato em nome do representado. Esta revelação deve ser conhecida pelos terceiros que contactam com o representante.

³² Sobre a interpretação do artigo 11.º CP, cf. QUINTELA DE BRITO, 2010, pp. 41-71.

³³ Diferentemente do regime especial de responsabilidade empresarial previsto no artigo § 81a da Lei contra as Restrições da Concorrência alemã (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB), que remete para o disposto no § 30 da Lei das Contraordenações alemã (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* – OWiG). Com efeito, o modelo alemão não se refere ao conceito de empresa europeu, mas continua ligado ao regime da responsabilidade das pessoas coletivas (*juristische Personen*) do § 30 OWiG. Por conseguinte, o Direito da Concorrência alemão exige um ato de uma pessoa singular que ocupe uma posição de liderança (*Leitungsperson*) na pessoa coletiva e assume a unidade económica entre a sociedade-mãe (*Muttergesellschaft*) e a subsidiária (*Tochtergesellschaft*) somente se existir uma comprovada relação de dependência desta última, enquanto as sociedades coligadas (*Schwestergesellschaften*) – ao contrário do conceito de empresa europeu – não fazem parte da mesma empresa (*Unternehmen*), podendo ser processadas autonomamente. Na medida em que sejam aplicadas coimas a várias pessoas coletivas pela mesma contraordenação, aplicam-se *mutatis mutandis* as disposições relativas à responsabilidade solidária, nos termos do § 30(1) 5 OWiG (cf. DANNECKER, 2018, pp. 206-207).

³⁴ Cf. SOUSA MENDES, 2018, pp. 37-41.

³⁵ Não devemos esquecer que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (*European Court of Human Rights* – ECtHR) estabeleceu uma definição ampla de acusação criminal (*criminal charge*) e de ilícito criminal (*criminal offence*) para efeitos de aplicação das garantias da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (*European Convention of Human Rights* – ECHR) que abrange os processos administrativos sancionadores e todos os processos sancionadores de carácter público, já desde os casos ECtHR, 8 June 1976, *Engel and Others v The Netherlands*, para 81, e ECtHR, 21 February 1984, *Öztürk v Germany*, para 53 (cf. CAEIRO, pp. 175-176).

singulares ou coletivas, que tenham sido chamadas a responder como visadas no processo desde o início, mas nada impede, em princípio, que o leque das pessoas jurídicas visadas seja determinado em função do conceito de empresa económica, cuja base legal é o artigo 3.º RJC. Simplesmente, as pessoas coletivas visadas no processo – e as pessoas singulares, por maioria de razão – mantêm a sua autonomia e individualidade, não podendo ser alvo da aplicação de uma coima única, nem ficando a aguardar pelo fim do processo para saber quem deve pagar a coima e nem podendo aceitar-se o pagamento conjunto e solidário da coima, que não tem base legal entre nós³⁶.

Outra diferença relevante entre o regime de responsabilidade empresarial oriundo da prática decisória da Comissão e acolhido pela jurisprudência europeia, de um lado, e o regime de responsabilidade da pessoa coletiva consagrado no RJC consiste em o primeiro se basear na imputação direta da infração à empresa (segue-se um modelo de autorresponsabilidade) e o segundo se basear na imputação indireta da infração à pessoa coletiva por intermédio de um ato de uma pessoa singular que ocupe uma posição de liderança na pessoa coletiva (segue-se um modelo de heterorresponsabilidade)³⁷. Naturalmente, este último regime torna mais difícil e exigente a imputação da infração à pessoa coletiva, já que obriga à descrição de atos individuais e à subsequente demonstração de que foram realizados em nome e no interesse da pessoa coletiva.

Consideremos agora a questão de saber se pode ser imputada à sociedade-mãe a infração praticada pela subsidiária. Pergunta-se: será que deve valer na ordem jurídica interna a presunção de domínio efetivo aplicada pelo Tribunal de Justiça nos casos *Akzo Nobel* e *Goldman Sachs*? Ou seja, a sociedade-mãe pode ser condenada pela prática da infração antitruste apenas com base no seu controlo a 100% (ou perto disso) do capital social da subsidiária ou, pelo menos, domínio de todos os direitos de voto associados às ações da subsidiária? Nada temos a opor à utilização de presunções judiciais para a prova de quaisquer infrações³⁸, mas o controlo da subsidiária pela sociedade-mãe é, em si mesmo, um facto lícito e corrente no domínio do Direito Societário (quicá até incentivado em certos casos) e, por isso mesmo, não vemos que possa ser base suficiente para a imputação à sociedade-mãe da infração praticada pela subsidiária. Pelo contrário, afigura-se-nos necessário juntar elementos de prova acerca da prática do facto ilícito que atestem o envolvimento pessoal da sociedade-mãe³⁹. Que tipo de elementos são esses? Por exemplo, a verificação se, ao tempo, existiam administradores duplos ou comuns que tivessem tido intervenção ou conhecimento dos factos que integram a infração antitruste sob apreciação. Quando um ou mais administradores da sociedade-mãe ou pessoas que nela ocupem uma posição de liderança consigam impor à subsidiária uma determinada atuação no mercado e haja indícios (*indicia*) ou até mesmo provas diretas (*smoking gun evidences*) de que condicionaram a prática da infração antitruste, nem que seja por omissão das medidas adequadas para a evitar (*i.e.*, medidas obrigatórias de cumprimento normativo), então poderá fazer sentido a imputação da infração antitruste à sociedade-mãe.

³⁶ Ao contrário do regime cominado no § 81a(5) GWB.

³⁷ Neste tocante, o regime de responsabilidade da pessoa coletiva nas contraordenações anticoncorrenciais assemelha-se na Alemanha e em Portugal, como se referiu a propósito do § 81a(1) GWB.

³⁸ Cf. SOUSA MENDES, 2010, p. 1011.

³⁹ Cf. SCORDAMAGLIA, 2010, p. 37.

Mas há uma diferença substancial na forma como opera a responsabilidade da sociedade-mãe no contexto europeu, à luz do conceito de unidade económica, e no contexto nacional, à luz do princípio da personificação jurídica. No contexto europeu, a sociedade-mãe e a(s) subsidiária(s) podem ser condenadas a pagar, conjunta e solidariamente, uma única sanção pecuniária⁴⁰, ao passo que, no contexto nacional, a sociedade-mãe e a(s) subsidiária(s) podem ser condenadas a pagar coimas separadas pela prática da mesma infração antitruste.

Não faltam vozes críticas ao sistema europeu de cálculo da coima por referência ao volume de negócios do grupo, e não apenas ao da subsidiária diretamente envolvida na infração antitruste, elevando assim a coima para valores muito superiores aos que poderia atingir nesta última hipótese⁴¹. Agora imagine-se o que se poderá dizer da prática decisória portuguesa em que o valor da coima a aplicar à sociedade-mãe (ou àquela sociedade que consolidar as contas do grupo) toma em consideração o volume de negócios do grupo, ao passo que o volume de negócios da própria subsidiária, que, por definição, entra nas contas do grupo, volta a ser considerado para a delimitação da coima a aplicar à subsidiária. Parece haver aqui uma violação do princípio *ne bis in idem* (*double jeopardy or penalization*) uma vez que, se fosse essa a via seguida, então estar-se-ia a iterar, embora só parcialmente, a contagem do mesmo valor para a delimitação das coimas a aplicar às várias sociedades do mesmo grupo visadas no processo de contraordenação, não obstante terem atuado como uma unidade económica.

Não vale o argumento, a pretexto do princípio da personificação jurídica, de que as diferentes sociedades do mesmo grupo são visadas no processo de contraordenação a título independente umas das outras, embora com distribuição de papéis participativos. Na verdade, a atuação das pessoas coletivas não cabe nas distinções habituais da participação (*i.e.*, a autoria material, a autoria mediata, a coautoria, a instigação e a cumplicidade), já que o instituto da participação foi pensado somente para as pessoas singulares. A sociedade-mãe só pode, pois, ser tratada como autora individual. É preciso então que se prove que a sociedade-mãe teve uma intervenção causal na prática da infração antitruste. Seria estranho considerá-la ainda como autora paralela da subsidiária, atendendo a que ambas fazem parte da mesma unidade económica. O que faz sentido, isso sim, é considerar a sociedade-mãe como autora paralela das sociedades cartelizadas, uma vez que os cartéis são infrações plurissubjetivas ou de concurso necessário de pessoas. Portanto, existindo uma unidade económica no seio da qual tenha sido praticada uma infração por uma subsidiária, a AdC deve decidir – se forem aplicáveis as presunções de influência decisiva, pois a sociedade-mãe pode não exercer influência decisiva sobre a subsidiária – se o processo de contraordenação é dirigido contra a sociedade-mãe ou contra a subsidiária, aceitando-se, consoante a configuração dos casos, que deva fazê-lo de preferência contra a sociedade-mãe, pois será maior o volume de negócios a considerar para a delimitação da coima a aplicar à sociedade concretamente visada no processo de contraordenação, aproximando-se assim, na medida do possível, a prática decisória nacional da prática decisória europeia. Só assim se conseguirá garantir, no plano do Direito da Concorrência português, que ao facto praticado pela unidade económica que participou no cartel corresponda uma única e a mesma infração e que a respetiva coima seja aplicada uma única vez, já que a

⁴⁰ Cf. Case C-97/08 P *Akzo Nobel NV and Others v Commission* [2009] EU:C:2009:536, paras 14-17.

⁴¹ Cf. PERESTRELO DE OLIVEIRA/SOUSA FERRO, 2010, p. 54.

legislação nacional não permite castigar conjunta e solidariamente as pessoas coletivas do grupo que intervieram no facto.

3. A relevância do cumprimento das regras de concorrência

3.1. *É importante cumprir*

A Comissão produziu um documento público sobre o que as empresas podem fazer para melhorar o cumprimento das regras de concorrência da UE⁴². O referido documento tem o título sugestivo de “É importante cumprir” (*Compliance matters*) e apresenta a seguinte razão de ordem:

1. O cumprimento das regras de concorrência na Europa é da responsabilidade das empresas
 - 1.1. Regras de concorrência da UE são diretamente aplicáveis às empresas
 - 1.2. Obrigação geral de cumprimento das regras
 - 1.3. Vantagens do cumprimento das regras
 - 1.4. Eficácia: a única medida do êxito
2. Custos do incumprimento para as empresas
 - 2.1. Coimas aplicáveis às empresas
 - 2.2. Sanções aplicadas a particulares
 - 2.3. Acordos ilegais podem dar lugar ao pagamento de indemnizações
 - 2.4. Má publicidade
3. Atividade das autoridades públicas
 - 3.1. Luta contra as práticas ilícitas
 - 3.2. Explicação mais pormenorizada das regras
4. Como pode cada empresa assegurar o cumprimento da legislação?
 - 4.1. Identificar o risco global e a exposição individual
 - 4.2. Tornar a estratégia explícita
 - 4.3. Dirigentes da empresa devem assumir um compromisso claro
 - 4.4. “Aviso de receção” por parte do pessoal e tomada em consideração da conformidade na avaliação do pessoal
 - 4.5. Mecanismos de comunicação interna adequados
 - 4.6. Atualização constante, pessoas a contactar para aconselhamento e formação
 - 4.7. Controlo e investigações internas
5. A estratégia não conseguiu assegurar a plena conformidade?
 - 5.1. Pôr termo à infração o mais rapidamente possível
 - 5.2. Cooperação no âmbito do programa de clemência e do procedimento de transação
 - 5.3. A Comissão congratula-se com os esforços das empresas em matéria de cumprimento da legislação

⁴² Cf. COMISSÃO EUROPEIA, DIREÇÃO-GERAL DA CONCORRÊNCIA, *É importante cumprir: o que as empresas podem fazer para melhorar o cumprimento das regras de concorrência da UE*, Serviço das Publicações, 2013. Online: <https://data.europa.eu/doi/10.2763/63734> (consultado em 28/08/2022).

Em algumas passagens, a Comissão sintetiza o essencial do seu pensamento sobre a relevância da conformidade ou, se preferirmos, do cumprimento normativo (*compliance*) no domínio da defesa da concorrência, como segue:

“É frequente a seguinte pergunta: será que o facto de uma empresa que comete uma infração ter adotado um programa de conformidade tem qualquer impacto positivo sobre o nível das coimas? A resposta é: não”⁴³.

“Para efeitos da fixação do montante das coimas, a situação específica de cada empresa é devidamente tomada em consideração. Mas a simples existência de um programa de conformidade não será considerada uma circunstância atenuante. A adoção de um programa de conformidade não será também considerada um argumento válido para justificar uma redução da coima, na sequência de investigação de uma infração. No entanto, as autoridades de concorrência promoverão a adoção de tais programas como meio preventivo para evitar, à partida, a ocorrência e a possível repetição de comportamentos ilegais”⁴⁴.

“É evidente que a existência de um programa de conformidade não será considerada uma circunstância agravante se as autoridades de controlo detetarem uma infração: se o programa não produz resultados, a sanção revestirá a forma da coima aplicada”⁴⁵.

O antigo Vice-Presidente e Comissário Europeu para a Concorrência (2010-2014) Joaquín Almunia alinhava pelo mesmo diapasão, num texto significativamente intitulado: “Porque deveria eu premiar um programa de cumprimento normativo que falhou?”⁴⁶.

Em suma, a Comissão insta as empresas a criarem programas e sistemas de cumprimento normativo, mas não atribui qualquer relevo eximente ou atenuante da responsabilidade empresarial à circunstância de esses programas existirem, como se a ocorrência de um facto ilícito penal ou contraordenacional fosse a prova cabal da total ineficácia do sistema de cumprimento normativo instalado.

Se as empresas quiserem tirar proveito da sua cultura de cumprimento normativo junto da Comissão, então resta-lhes o recurso ao programa de clemência (*leniency programme*). É sabido que o principal objetivo de um programa de clemência é incentivar uma empresa participante num cartel a denunciá-lo à Comissão e às autoridades de concorrência⁴⁷. Nesse caso, a primeira empresa que denunciar um cartel em que tenha participado poderá beneficiar da isenção de coima e as seguintes terão ainda a possibilidade de beneficiar de reduções da coima, cujas percentagens de redução dependem da ordem de entrada dos respetivos requerimentos de clemência.

⁴³ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, 2010, p. 19.

⁴⁴ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, 2010, p. 19.

⁴⁵ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, 2010, p. 19.

⁴⁶ Cf. ALMUNIA, “Why should I reward a compliance programme that has failed?” *Online*: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_10_586 (consultado em 28/08/2022).

⁴⁷ Cf. KACZOROWSKA-IRELAND, 2016, p. 1027.

Enfim, as empresas ainda poderão tirar proveito da sua cultura de cumprimento normativo junto da Comissão através da sua disponibilidade para o procedimento de transação nas averiguações em que forem visadas.

3.2. O que diz a Autoridade da Concorrência

Nas “Prioridades de Política de Concorrência para 2022” não aparece qualquer referência à importância do cumprimento normativo por parte das empresas⁴⁸.

No “Seminário sobre *Compliance* e Defesa da Concorrência”, em 28 de agosto de 2014 (Brasil), o anterior Presidente da AdC, António Ferreira Gomes, afirmou o seguinte:

“O desafio é que as empresas cumpram as regras da concorrência e possam ser proativas nesse cumprimento, assumindo mecanismos internos de *compliance*. As autoridades da concorrência podem e devem apoiar na promoção de *compliance* e de uma cultura de concorrência, em várias dimensões de *advocacy* e de *enforcement*”⁴⁹.

Na verdade, o tema do cumprimento normativo não podia deixar de ser abordado nessa intervenção, pois esse era o tema geral do seminário, mas não lhe foi maior relevo do que às dimensões de sensibilização (*advocacy*) e aplicação (*enforcement*) do Direito da Concorrência, aparecendo todas essas dimensões diluídas numa perspetiva ampla de promoção da concorrência junto das empresas.

Nada permite, portanto, concluir que a AdC se distancie da Comissão no tocante ao tema do cumprimento normativo por parte das empresas.

3.3. O que diz a jurisprudência nacional

Não existe uma publicação sistemática das decisões do TCRS, mas apenas uma publicação incompleta nos sítios dos reguladores e, em especial, no sítio da AdC⁵⁰. Há, pois, falta de informação sobre a jurisprudência do TCRS, assim como, em geral, sobre as decisões dos tribunais de primeira instância em Portugal⁵¹.

⁴⁸ Online:

<https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/Prioridades%20de%20pol%C3%ADtica%20de%20concorr%C3%AAncia%202022.pdf> (consultado em 28/08/2022).

⁴⁹ Online: <https://www.concorrenca.pt/index.php/pt/artigos/discurso-do-presidente-da-autoridade-da-concorrenca-no-seminario-sobre-compliance-e-defesa> (consultado em 28/08/2022).

⁵⁰ Online: <https://www.concorrenca.pt/pt> (consultado em 28/08/2022).

⁵¹ Cf. GRANADO *et al.*, “Para quando a transparência na publicação integral das decisões judiciais em Portugal?”, *Jornal Público*, de 10 de agosto de 2022. Online: <https://www.publico.pt/2022/08/10/opiniao/opiniao/transparencia-publicacao-integral-decisoes-judiciais-portugal-2016545> (consultado em 29/08/2022).

Por via indireta, é, ainda assim, possível obter informação sobre a jurisprudência do TCRS, em especial sobre a apreciação judicial da eventual relevância do cumprimento normativo nos autos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, e não só.

A título de exemplo, refira-se o Processo n.º 71/18.3YUSTR-M, como segue: a AdC condenara uma sociedade comercial, um dos seus administradores e um dos seus diretores pela prática de uma contraordenação anticoncorrencial. O TCRS deu como provado que a recorrente, em 2018, adotara e circulara internamente um programa de conformidade antitruste (*antitrust compliance programme*). Desde 2017, já vinha a realizar ações internas de formação sobre Direito da Concorrência e a necessidade de uma cultura pró-concorrencial. Estes factos foram considerados na determinação da coima aplicada à sociedade visada, no âmbito do artigo 69.º, n.º 1, alínea f), RJC, ou seja, a propósito do comportamento dos visados no processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência. Mas o TCRS salientou que o programa de conformidade apenas surgira após onze anos de práticas anticoncorrenciais, o que revelava que, durante a infração, ou não existira qualquer programa ou, se tivesse existido, não tinha sido bem sucedido. A conclusão foi que a existência do programa favorecia a sociedade visada de forma pouco expressiva porque não alterara a realidade da infração verificada. A sentença ainda não transitou em julgado⁵².

Dessa fundamentação depreende-se que o TCRS, em tese, até estaria disponível para favorecer uma sociedade visada de forma expressiva se o programa de conformidade instalado fosse duradouro e efetivo, ainda que não totalmente eficaz⁵³. Por conseguinte, é possível antever que o TCRS venha a atribuir crescente relevância aos programas de conformidade para efeitos de delimitação e graduação das coimas a aplicar às pessoas coletivas, neste tocante indo para além da prática decisória da AdC, que, tal como a Comissão, apenas oferecem as vias do programa de clemência e do procedimento de transação.

Noutros domínios da jurisdição do TCRS, a alegação da defesa de conformidade (*compliance defence*) tem vindo a ser protagonizada pelas sociedades visadas⁵⁴.

3.4. As grandes questões dos programas de conformidade

O nível das coimas impostas às empresas tem vindo a aumentar ao longo dos anos, dando assim um forte contributo à prevenção geral das práticas restritivas da concorrência nos vários países europeus. A competição e rivalidade entre as autoridades de concorrência nacionais promovida pelas mais conhecidas avaliações internacionais de desempenho (*rankings*) também tem

⁵² Cf. CAMPOS, 2022, s. pp. (em preparação).

⁵³ “Não há programas de *compliance* perfeitos que eliminem por completo o risco de comissão de factos puníveis da espécie do cometido. [...]. Então, haverá de apurar se a pessoa jurídica deve ser censurada pelo ilícito-típico coletivo que dela irrompe, ou se este deve considerar-se um ‘acidente de percurso’, no qual se não exprime uma qualquer posição desvaliosa do ente perante as exigências do dever-ser jurídico-penal em concreto relevantes” (cf. QUINTELA DE BRITO, 2018, p. 86).

⁵⁴ Dando conta da alegação da eximente ou atenuante por causa do cumprimento normativo em alguns processos de contraordenação junto do TCRS, mas não apenas em temas de concorrência, cf. BAPTISTA, 2018, pp. 378-379, n. 83.

contribuído para a subida dos valores das coimas aplicadas às empresas. Assim, as coimas na casa dos milhares de milhões aplicadas às grandes corporações (*corporations*) em casos de grave violação antitruste deixaram de ser uma raridade⁵⁵.

A questão de saber se os programas de conformidade em matéria de concorrência devem ou não ser considerados como causas eximentes da responsabilidade empresarial ou, pelo menos, fatores de mitigação das coimas tem gerado controvérsia desde sempre⁵⁶. Em especial, as empresas alegam que a recompensa da conformidade oferecer-lhes-ia um incentivo adicional e importante para assumirem os elevados custos da implementação de sistemas de conformidade complexos e efetivos. Acresce que as empresas contestam que os seus esforços de conformidade não sejam levados em consideração no caso de uma violação antitruste, sendo tratadas da mesma maneira que um qualquer cartelista que não tenha feito anteriormente o menor esforço de cumprimento normativo em matéria de concorrência. Não adianta contrapor-lhes que a ambição de boa cidadania corporativa (*good corporate citizenship*) deveria ser, de per si, um incentivo suficiente para a prevenção das práticas restritivas da concorrência por parte das empresas, já que este argumento seria meramente moralista, faltando-lhe as necessárias componentes realista e pragmática⁵⁷.

Essas expectativas das empresas têm sido, porém, rejeitadas, aliás categoricamente, pela Comissão e pela grande maioria das autoridades de concorrência dos países europeus. O argumento mais ouvido é que a participação de uma empresa numa prática antitruste é a prova por excelência de que o programa de conformidade não foi suficientemente eficaz, não merecendo, *et pour cause*, qualquer apreciação positiva. Por isso mesmo, ficaria fora de questão levar em conta o programa existente a favor da empresa. Uma das principais razões para esta atitude negativa por parte da Comissão e das autoridades de concorrência dos países europeus é, no entanto, a sua falta de interesse em verificar a efetividade de um programa de conformidade existente, além da sua recusa de procedimentos de investigação necessariamente mais complexos e demorados. No entanto, nos últimos anos, cada vez mais países têm vindo a tomar em consideração os programas de conformidade efetivos, designadamente aceitando o seu relevo para o abaixamento do valor das coimas. Estes países incluem a Austrália, o Brasil, o Canadá, o Estado de Israel, a Itália, a Espanha, o Reino Unido e a Suíça⁵⁸.

Ocorreu, entretanto, uma mudança de paradigma nos Estados Unidos da América (EUA). Pode mesmo falar-se, sem exagero, de uma mudança de 180 graus na visão da Divisão Antitruste (*Antitrust Division*) do Departamento de Justiça dos EUA (*U.S. Department of Justice* – DOJ), que é particularmente notável, pois o DOJ – a par da Comissão Federal de Comércio (*Federal Trade Commission* – FTC) – é uma das agências antitruste mais destacadas e influentes do mundo inteiro. Em 2019, o DOJ abandonou a prática de longa data de se recusar a levar em consideração os programas de conformidade efetivos (*effective compliance programmes*) e iniciou uma mudança de paradigma ao reconhecê-los. Devido à importância do DOJ no círculo das autoridades antitruste, essa mudança poderá vir a ter um impacto significativo noutras latitudes.

⁵⁵ Cf. HECKENBERGER, 2021, pp. 425-426.

⁵⁶ Cf. SCHUBERT, 2008, p. 245.

⁵⁷ Cf. HECKENBERGER, 2021, p. 427.

⁵⁸ Cf. HECKENBERGER, 2021, pp. 427-428.

As novas orientações, intituladas “Avaliação de Programas de Conformidade Corporativos em Investigações Criminais Antitruste” (*Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations*), de julho de 2019, determinam que os programas de conformidade efetivos sejam levados em consideração nas investigações criminais antitruste para reduzir as penalidades⁵⁹. A justificação apresentada é particularmente fecunda e interessante: o DOJ afirma que uma violação da Lei da Concorrência (*Sherman Act*) não é prova da inefetividade do programa de conformidade porque, de outra forma, nunca poderia haver um programa verdadeiramente efetivo (*truly effective*), mesmo do ponto de vista jurídico. Em vez disso, o DOJ reconhece que nenhum programa de conformidade jamais impedirá todas as atividades criminosas de empregados e agentes corporativos (*corporation’s employees and agents*). Esse reconhecimento corresponde a uma mera constatação honesta e realista, segundo a qual mesmo o melhor programa de conformidade imaginável não pode impedir de forma permanente e confiável as violações da lei. Como em todos os lugares, também existem empregados e agentes no mundo empresarial que desrespeitam, inclusive de forma criminosa, as obrigações legais e laborais. O DOJ listou nove itens nas suas orientações que, por via de regra, devem fazer parte de um programa de conformidade antitruste efetivo e devem ser considerados na avaliação desse programa para fins de determinação da modalidade e do *quantum* da pena (*sentencing*), se for o caso⁶⁰. São eles:

- (1) a conceção e abrangência do programa;
- (2) a cultura de conformidade dentro da empresa;
- (3) a responsabilidade e os recursos dedicados à conformidade antitruste;
- (4) as técnicas de avaliação de risco antitruste;
- (5) o treino de conformidade e a comunicação aos agentes e empregados;
- (6) as técnicas de monitorização e auditoria, incluindo acompanhamento, avaliação e revisão contínuas do programa de conformidade antitruste;
- (7) os mecanismos de notificação;
- (8) os incentivos de conformidade e disciplina; e
- (9) os remédios.

Devido à evolução verificada nos últimos anos, sobretudo no tocante ao agravamento exponencial das coimas e à facilitação das ações de indemnização diligenciadas por particulares, a interação entre as agências antitruste norte-americanas e as empresas parece ter-se alterado, o que se percebe pela redução drástica dos pedidos de clemência, que dantes constituíam o principal instrumento das autoridades na repressão dos cartéis. Não deve ser subestimada a recompensa dos programas de conformidade efetivos como forma de as autoridades recuperarem, ao menos parcialmente, alguma da eficácia perdida na luta contra os cartéis, nem que seja privilegiando agora o incentivo às empresas para que adotem esses sistemas de prevenção de ilícitos anticoncorrenciais⁶¹.

⁵⁹ Online: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download> (consultado em 30/08/2022).

⁶⁰ Cf. HECKENBERGER, 2021, pp. 428-429.

⁶¹ Cf. HECKENBERGER, 2021, pp. 437-438.

É provável que esta tendência também chegue à Comissão e à AdC. É só uma questão de tempo⁶².

4. A fórmula de cálculo da coima

4.1. O artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003

Conforme reza a epígrafe, o artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (Reg. 1/2003) trata de “Coimas”.

O artigo 23.º, n.º 2, 2.ª proposição, Reg. 1/2003 determina que:

“A coima aplicada a cada uma das empresas ou associações de empresas que tenha participado na infração não deve exceder 10 % do respetivo volume de negócios total realizado durante o exercício precedente”.

Segundo a prática decisória e a jurisprudência europeias, o normativo citado implica que as coimas aplicadas possam atingir 10 % do volume de negócios total do grupo económico.

O artigo 23.º, n.º 2, 3.ª proposição, Reg. 1/2003 acrescenta que:

“Quando a infração cometida por uma associação se referir às atividades dos seus membros, a coima não deve exceder 10 % da soma do volume de negócios total de cada membro ativo no mercado cujas atividades forem afetadas pela infração da associação”.

A referência aos 10% do volume de negócios total vale como limite máximo da coima aplicável no âmbito das práticas restritivas da concorrência. Não é necessário considerar esse limite senão depois de determinar o montante da coima aplicada, pois é só nesse momento que se consegue perceber se o limite foi ultrapassado, caso em que operaria imediatamente a redução para esse valor.

O artigo 23.º, n.º 3, Reg. 1/2003 contém as indicações para a determinação do montante da coima no caso concreto, como segue:

“Quando se determinar o montante da coima, deve tomar-se em consideração a gravidade e a duração da infração”.

Convenhamos que, como instrução prática, é demasiado aberta e presta-se à falta de objetividade no momento da sua concretização.

⁶² Sobre os antecedentes do Direito da Concorrência da UE e a influência do Direito norte-americano (em particular do *Sherman Act* e da política antitruste dos EUA), mesmo na atualidade, no que pode ser designado por progressiva americanização do Direito da Concorrência da UE, cf. MOURA E SILVA, 2018, p. 106 ss.

4.2. As Orientações da Comissão para o cálculo das coimas

Cabe aqui considerar as Orientações da Comissão para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003⁶³.

Nestas Orientações sobre Coimas (*Fining Guidelines*), de 2006, a Comissão expôs a metodologia de determinação do montante da coima nos casos concretos. Tais Orientações substituíram um primeiro conjunto de Orientações que tinha sido publicado em 1998. A legalidade das novas Orientações sobre Coimas foi confirmada pelos Tribunais da UE – por exemplo, uma alegação de ilegalidade foi rejeitada no processo T-364/10 *Duravit v Commission* [2013] EU:T:2013:477, paras 71-82. Embora as Orientações sobre Coimas não sejam regras jurídicas (*rules of law*), o Tribunal de Justiça considerou que limitam o poder discricionário da Comissão. Da mesma forma, embora as Orientações sobre Coimas não sejam vinculativas para os Tribunais da UE, que têm competência de plena jurisdição nos termos do artigo 261.º TFUE no que diz respeito ao montante das coimas aplicadas, o exercício dessa competência não pode resultar na discriminação entre empresas que tenham participado na mesma infração. Como resultado, e com vista a defender o princípio da igualdade de tratamento, os Tribunais da UE tendem a recorrer às Orientações sobre Coimas quando exercem essa competência para determinar o montante das coimas em casos de cartel⁶⁴.

As Orientações sobre Coimas estipulam que o primeiro passo da Comissão seja determinar o montante de base da coima (*basic amount of the fine*). [...]. O segundo passo consiste em ajustar o montante de base em função de dois conjuntos de circunstâncias, a saber: as circunstâncias agravantes (*aggravating circumstances*) e as circunstâncias atenuantes (*attenuating circumstances*)⁶⁵.

Montante de base da coima

O montante de base é fixado em função de uma percentagem do valor das vendas (*value of sales*) relacionadas com a infração⁶⁶. A fim de tomar em conta a gravidade relativa da participação de uma empresa em determinada infração e as circunstâncias do caso concreto, a Comissão pode aplicar a mesma percentagem a todos os participantes numa infração e, em seguida, ajustar o montante de base em função das circunstâncias agravantes e/ou atenuantes. Em alternativa, a Comissão pode refletir a gravidade do envolvimento dos vários participantes na infração aplicando-lhes percentagens diferentes⁶⁷.

Os Tribunais da UE consideram que a proporção do volume de negócios (*turnover*) correspondente aos bens ou serviços em relação aos quais a infração foi cometida dá uma indicação adequada (*appropriate proxy*) da dimensão da infração no mercado relevante e dos

⁶³ Online: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:PT:PDF> (consultado em 31/08/2022).

⁶⁴ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, pp. 1253-4, n.º m. 14.004.

⁶⁵ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, p. 1268, n.º m. 14.034-5 e KACZOROWSKA-IRELAND, 2016, p. 1022.

⁶⁶ A Comissão normalmente aceita as vendas efetuadas pela empresa durante o último exercício completo da sua participação na infração.

⁶⁷ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, p. 1256, n.º m. 14.011.

danos que essa infração causa à normalidade concorrência (Case *Telefónica v Commission* [2016] EU:T:2016:369, para 261 e jurisprudência citada)⁶⁸.

Uma vez aplicada a percentagem adequada ao valor das vendas, a duração é então representada multiplicando esse valor pelo número de anos da infração. Segundo os Tribunais da UE, o montante de base calculado através do valor das vendas só conseguirá oferecer uma indicação aproximada da realidade económica que subjaz à infração praticada se for multiplicado pelo coeficiente de duração da infração⁶⁹.

Nos casos de cartel, a Comissão poderá estabelecer, embora a isso não seja obrigada, um mesmo montante de base para todos os participantes, a fim de lhes garantir a igualdade de tratamento. Mas no processo *Commission v Telefónica/Portugal Telecom* [2013] – COMP/39839, de 23 de julho de 2013 – a Comissão determinou montantes de base diferentes para ambos os participantes e, de resto, o Tribunal Geral (TG) considerou que a Comissão tinha essa possibilidade ao seu dispor⁷⁰.

Percentagem do valor das vendas relacionadas com a infração

A percentagem do valor das vendas é determinada em função da gravidade da infração (natureza, quota de mercado agregada de todas as partes em causa, âmbito geográfico, etc.) e pode ir até aos 30 %. Para os cartéis, que estão entre as restrições de concorrência mais graves, a percentagem da gravidade será fixada na metade superior da escala (mínimo 15 %).

Taxa de entrada

A este cálculo inicial a Comissão poderá juntar um montante adicional (*additional amount*), que é aplicado a todos os casos de cartel e, por decisão da Comissão, a outros tipos de infrações. Tal montante será entre 15 e 25 % do valor das vendas anuais, independentemente da duração da infração. Este montante é designado por taxa de entrada (*entry fee*) e destina-se a dissuadir as empresas de se envolverem em comportamentos ilícitos, mesmo que por períodos curtos (Case T-399/09 *HSE v Commission* [2013] EU:T:2013:647, para 125)⁷¹.

Ajustamentos do montante de base da coima

A Comissão pode ajustar o montante de base para as empresas individuais, procedendo à sua redução sempre que verifique existirem circunstâncias atenuantes ou ao seu aumento no caso de existirem circunstâncias agravantes. Nas Orientações sobre Coimas são dados exemplos dos dois tipos de circunstâncias, nos parágrafos 28 a 31.

⁶⁸ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, pp. 1256-7, n.º m. 14.011-3, e p. 1260, n.º m. 14.021.

⁶⁹ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, pp. 1256-7, n.º ms. 14.011-3, e p. 1260, n.º m. 14.021.

⁷⁰ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, p. 1256-7, mn. 14.011.

⁷¹ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, p. 1267, n.º m. 14.033.

Se a Comissão tiver aplicado a mesma percentagem de gravidade inicial a todos os participantes numa única infração duradoura ou sucessiva⁷², então deverá distingui-los de acordo com a respetiva culpa relativa ao considerar as circunstâncias agravantes e atenuantes. Neste sentido, a título exemplificativo, vd. *Case C-144/11P Team Relocations v Commission* [2013] UE:C:2013:464, para 104; *Case C-449/11P Solvay Solexis v Commission* [2013] EU:C:2013:802, para 78; *Case C-604/13P Dornbracht v Commission* [2017] EU:C:2017:45, para 79 e *Case C-618/13P Zucchetti Rubinetteria v Commission* [2017] EU:C:2017:48, para 56. As agravações e atenuações serão aplicadas simultaneamente ao montante de base. A Comissão é obrigada a ter em conta todas as circunstâncias relevantes. Os fatores considerados como circunstâncias agravantes são os seguintes:

- (i) a reincidência;
- (ii) a recusa em cooperar com a investigação da Comissão; e
- (iii) o facto de ser o líder ou instigador da infração⁷³.

As coimas são notavelmente mais pesadas em caso de reincidência das infrações. As empresas reincidentes podem sofrer um aumento de 100 % na coima aplicada por terem cometido outras infrações.

A fim de assegurar que as coimas apresentam um efeito suficientemente dissuasor, a Comissão pode aumentar igualmente a coima a aplicar às empresas que tenham um volume de negócios de grupo particularmente elevado que não esteja relacionado com o valor das vendas afetadas pela infração.

A finalidade geral das coimas é garantir a implementação da política de concorrência da UE. Assim, embora o seu objetivo imediato seja reprimir as atividades ilícitas e prevenir qualquer reincidência, a Comissão pode utilizar as coimas tanto como um dissuasor específico para as empresas em causa ou como um dissuasor geral para outras empresas⁷⁴.

Síntese

Há vários montantes de referência para a determinação da coima.

A coima máxima para cada empresa é fixada até 10 % do seu volume de negócios total realizado durante o exercício anterior, mas poderá até chegar a ser o volume de negócios total do grupo empresarial a que pertence a infratora.

⁷² A prática decisória e a jurisprudência europeias referem-se normalmente a uma única infração continuada (*single continuous infringement*), mas é um erro técnico de expressão. O conceito oriundo da dogmática jurídico-penal de origem alemã e partilhado pela doutrina de vários países da Europa continental, incluindo Portugal, corresponde ao de uma única infração permanente ou duradoura. Em certos casos vale a pena equacionar a hipótese de aplicação do conceito de uma única infração sucessiva. Sobre este último conceito, cf. SILVA DIAS/SOARES PEREIRA, 2022, pp. 95-97 e 186-190, e MACHADO SIMÕES, 2022, *passim*.

⁷³ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, p. 1268, n.ºs ms. 14.034-5.

⁷⁴ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, p. 1252, n.º m. 14.002.

O montante de base é calculado sobre uma percentagem do valor das vendas relacionadas com a infração (até aos 30% e nunca menos de 15% para os casos de cartel), multiplicada pelo número de anos de duração da infração;

A Comissão poderá incluir um montante adicional, que é aplicado a todos os casos de cartel e, por decisão da Comissão, a outro tipo de infrações, e que será entre 15 e 25 % do valor das vendas anuais, independentemente da duração da infração.

Pode haver ajustamentos em função das circunstâncias agravantes e atenuantes.

Comparação das Orientações sobre Coimas de 1998 e 2006

Segundo o TG, as novas Orientações marcaram uma mudança fundamental (*fundamental change*) ao abolir a abordagem das Orientações de 1998 de fixação do montante de base por referência a mínimos fixos para cada uma das três categorias de gravidade. De acordo com as Orientações de 1998, uma infração tinha primeiro que ser classificada como muito grave (*very serious*), grave (*serious*) ou menor (*minor*). As Orientações de 2006 não se referem a essa tripla classificação.

O Tribunal de Justiça decidiu que, para se determinar a gravidade de uma infração, deve ter-se em conta um grande número de fatores, cuja natureza e importância variam consoante o tipo de infração em causa e as circunstâncias particulares do caso. Neste sentido, veja-se o Case C-618/13P *Zucchetti Rubinetteria v Commission* [2017] EU:C:2017:48, para 42⁷⁵.

4.3. Balanço e perspetivas da aplicação do Regulamento (CE) n.º 1/2003

A Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 9 de julho de 2014, sobre os Dez anos de aplicação da legislação antitruste ao abrigo do Regulamento n.º 1/2003: Progressos alcançados e perspetivas {SWD(2014) 230 final} {SWD(2014) 231 final}⁷⁶ traça as seguintes linhas de reflexão:

Regulamento (CE) n.º 1/2003

O Reg. 1/2003 constituiu uma reforma fundamental que reestruturou profundamente os procedimentos para a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (as regras de concorrência da UE). Introduziu um sistema baseado na aplicação direta das regras de concorrência da UE em todos os seus elementos. Autorizou, para além da Comissão Europeia, as autoridades de concorrência dos Estados-Membros (ANC) e os tribunais nacionais a aplicarem todos os aspetos das regras de concorrência da UE. Introduziu também novas formas de cooperação estreita entre a Comissão e as ANC, nomeadamente no âmbito da Rede Europeia de Concorrência (REC).

⁷⁵ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, pp. 1263-4, n.ºs ms. 14.025-6.

⁷⁶ Online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52014DC0453> (01/09/2022).

Importância

O Reg. 1/2003 marca uma alteração histórica na forma como é aplicado o Direito da Concorrência da UE. As regras de concorrência da UE tornaram-se, em grande medida, no direito comum em todo o território da UE. As ANC são agora um pilar fundamental da aplicação das regras de concorrência da UE. Isto significa que o trabalho realizado pela ECN se tem vindo a tornar cada vez mais importante para assegurar a aplicação coerente e para permitir às partes interessadas beneficiar de condições mais equitativas.

Após tantos anos de trabalho conjunto, foi alcançado um elevado nível de convergência na aplicação das regras, mas subsistem divergências. Estas devem-se, em larga medida, a diferenças na posição institucional das ANC e nos procedimentos e sanções nacionais. Estas questões foram deixadas em aberto pelo Reg. 1/2003, sujeitas aos princípios do Direito da UE de eficácia e equivalência.

Reforço da convergência

Para melhorar a aplicação da legislação da UE em matéria de concorrência para o futuro, a posição institucional das ANC deve ser reforçada assegurando, simultaneamente, uma maior convergência dos procedimentos e das sanções nacionais a aplicar em caso de infração das regras antitruste da UE. Ambos os aspetos são essenciais para alcançar um verdadeiro espaço comum de aplicação das leis da concorrência na UE. A presente comunicação identifica várias áreas em que devem ser realizados mais progressos no futuro.

Flexibilidade

O Direito da UE dá aos Estados-Membros um elevado grau de flexibilidade para conceberem os seus regimes de concorrência. Apesar da falta de requisitos legais específicos da UE, a posição das ANC tem evoluído no sentido de uma maior autonomia e eficácia. Muitas legislações nacionais contêm salvaguardas específicas destinadas a garantir a independência e a imparcialidade das ANC. Por exemplo, as recentes reformas levadas a cabo em Chipre, na Irlanda, na Grécia e em Portugal reforçaram a posição das ANC.

Procedimentos

Os procedimentos para a aplicação das regras de concorrência da UE pelas ANC são regidos, em larga escala, pela legislação nacional, sujeita aos princípios gerais do Direito da UE, em especial os princípios de eficácia e equivalência. Isto significa que as ANC aplicam as regras de concorrência da UE com base em diferentes procedimentos.

Coimas

A legislação da UE não regula nem harmoniza sanções por incumprimento das regras antitruste da UE. É da responsabilidade dos Estados-Membros garantir que dispõem de sanções eficazes, proporcionais e dissuasoras. Independentemente das sanções aplicadas por uma jurisdição, é sabido que as medidas de aplicação da legislação em matéria de antitruste não podem ser eficazes se não for possível aplicar coimas civis/administrativas dissuasoras às empresas.

Metodologia para fixação de coimas

A constante atenção prestada à eficácia das coimas contribuiu para alcançar um elevado nível de convergência voluntária, sendo que muitas ANC utilizam uma metodologia de base semelhante para a fixação das coimas. Continuam a existir divergências relativas aos princípios subjacentes ao cálculo das coimas, tais como a base utilizada para o cálculo do montante básico da coima e o método que permite ter em conta a gravidade e a duração.

Conceito de empresa

O conceito básico de empresa utilizado para o cálculo da coima nem sempre está alinhado com o conceito de empresa da legislação da UE, na interpretação que lhe é dada pelos tribunais da UE, o que pode ter consequências para o estabelecimento da responsabilidade da sociedade-mãe e para a sucessão económica.

Volume de negócios

O máximo legal para o volume de negócios da empresa é interpretado e aplicado de forma diferente em alguns Estados-Membros. Estes tipos de diferenças podem conduzir a resultados muito divergentes em termos de coimas, alguns dos quais podem não alcançar o efeito dissuasor desejado.

Perspetivas

Para tornar a aplicação das regras antitruste da UE mais convergente e eficaz em toda a UE, é necessário garantir que todas as ANC têm poderes efetivos para impor coimas dissuasoras às empresas e às associações de empresas. A este respeito, é importante: assegurar que as ANC podem impor coimas civis/administrativas eficazes a empresas e a associações de empresas pelo incumprimento das regras de concorrência da UE; assegurar que estão em vigor regras básicas de aplicação de coimas, que tenham em conta a gravidade e a duração da infração e prevejam um máximo legal uniforme; e garantir que as coimas podem ser aplicadas a empresas, em linha com a jurisprudência constante dos Tribunais da UE, especialmente em questões como a responsabilidade da sociedade-mãe e a sucessão. Quaisquer medidas adotadas para este efeito têm de encontrar o equilíbrio perfeito entre uma maior convergência das regras básicas em matéria de aplicação de coimas e um grau de flexibilidade adequado para a imposição de coimas pelas ANC em casos individuais.

4.4. Processo de avaliação do Regulamento (CE) n.º 1/2003

A Vice-Presidente Executiva da Comissão Europeia e Comissária para a Concorrência, Margrethe Vestager, anunciou que, nos próximos meses, a Comissão irá lançar uma avaliação do Reg. 1/2003, o pilar central de estrutura europeia antitruste⁷⁷.

4.5. Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho

Importa ficarmos atentos aos efeitos da recente Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno⁷⁸.

O artigo 3.º, n.º 1, Reg. 1/2003 prevê que as ANC e os tribunais nacionais apliquem os artigos 101.º e 102.º TFUE aos acordos, a decisões de associações de empresas, a práticas concertadas ou a abusos de posição dominante suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros. Na prática, a maior parte das ANC aplica o Direito Nacional da Concorrência (DNC) em paralelo com os artigos 101.º e 102.º TFUE. A presente Diretiva, cujo objetivo consiste em assegurar que as ANC dispõem das garantias de independência, dos meios e da competência de execução e de aplicação de coimas necessárias para poderem aplicar os artigos 101.º e 102.º TFUE de forma eficaz, terá inevitavelmente impacto no DNC que seja aplicado em paralelo pelas ANC. Além disso, o facto de as ANC aplicarem o DNC a acordos, a decisões de associações de empresas, a práticas concertadas ou a abusos de posição dominante suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros não poderá levar a um resultado diferente daquele que, ao abrigo do Direito da União, obteriam pela aplicação do artigo 3.º, n.º 2, Reg. 1/2003. Por conseguinte, caso o DNC e o Direito da União sejam aplicados em paralelo, será essencial que as ANC tenham as mesmas garantias de independência, meios e a competência necessária em matéria de execução e aplicação de coimas, por forma a garantir que o resultado obtido não seja diferente.

4.6. As grandes questões do cálculo da coima

Em 1980, a Comissão declarou que as coimas seriam aumentadas como forma de dissuadir as empresas e, em 1991, anunciou que, nos casos apropriados, aplicaria a penalidade mais elevada possível: 10% do volume de negócios da empresa (*Twenty-first Report on Competition Policy*, 1991, para 139). O aumento gradual pode ser visto como uma política sensata na medida em que nos primeiros anos as empresas desconheciam as suas obrigações ao abrigo das regras da concorrência, mas à medida que a cultura da concorrência alastrava e se aproximava o prazo para a concretização de um mercado único, justificavam-se coimas mais elevadas. A atual política de repressão aos cartéis levou a coimas cada vez maiores. No entanto, a Comissão é

⁷⁷ Online: <https://www.reuters.com/technology/eu-regulators-look-streamline-antitrust-rules-2022-03-31/> (consultado em 01/09/2022).

⁷⁸ Online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0001> (consultado em 01/09/2022).

frequentemente criticada por aplicar coimas de forma arbitrária, nomeadamente devido à imprecisão do artigo 23.º, n.º 3, Reg. 1/2003, que apenas menciona a gravidade e a duração da infração. Em resposta aos pedidos de maior transparência, a Comissão publicou então Orientações sobre Coimas. Estas refletem a prática decisória da Comissão e têm em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Visam igualmente prever coimas mais duras para dissuadir as empresas em causa, bem como todas as empresas do mercado. As Orientações sobre Coimas dispõem que a Comissão determinará primeiro um montante de base para a coima, que será depois ajustado tendo em conta as circunstâncias agravantes ou atenuantes⁷⁹.

Consideremos esses dois passos sucessivamente. O montante de base é fixado em função do valor das vendas das mercadorias que são objeto da infração, tendo em conta a gravidade da infração. Para as infrações muito graves (por exemplo, a fixação de preços e a repartição de mercados), o valor básico será de até 30% do valor das vendas. De acordo com as Orientações de 2006, este valor é então multiplicado pelo número de anos em que a empresa infringiu o Direito da Concorrência. Trata-se de uma mudança significativa em comparação com as Orientações de 1998, designadamente em dois aspectos, a saber: por um lado, dá-se maior ênfase à duração do cartel e, por outro, isso pode aumentar consideravelmente a coima. Por exemplo, de acordo com as antigas Orientações, em um cartel com duração de três anos em que o montante de base era de 20 milhões de euros, a Comissão acrescentaria 50% para a duração, perfazendo a coima total de 30 milhões de euros. De acordo com as novas Orientações, a mesma infração resultaria numa coima de 60 milhões de euros (20 milhões de euros x 3). Além disso, uma taxa de entrada é adicionada ao montante de base (entre 15 e 25% do valor das vendas) para cartéis que envolvem fixação de preços, repartição de mercados ou limitação de produção, independentemente da duração⁸⁰.

O montante de base é ajustado tanto (a) para cima, se houver circunstâncias agravantes (*e.g.*, reincidência, em função da qual a coima será aumentada em 100% para cada infração anterior; recusa de cooperação com a investigação e instigação da infração) como (b) para baixo, na presença de circunstâncias atenuantes (*e.g.*, papel passivo na infração; desvinculação da infração assim que as investigações começam e existência de dúvida razoável quanto à legalidade da prática)⁸¹.

Dois grandes temas merecem realce nas Orientações de 2006. A dissuasão é o mais proeminente. O segundo tema destaca as vendas como uma *proxy* de como cada membro poderia ganhar com o cartel, impondo assim uma coima mais precisa a cada membro do cartel. Assim, pode dizer-se que leva a coimas mais justas para os membros do cartel. Esta é a resposta defronte de um motivo frequente de recurso das coimas aplicadas pela Comissão, a saber: discriminação entre infratores de cartéis. Os Tribunais da UE confirmaram a legalidade da abordagem geral da Comissão em relação às coimas em vários acórdãos⁸². A confirmação dos poderes da Comissão é um impulso na sua luta contra os cartéis, permitindo-lhe conceber uma política de coimas para dissuadir as empresas de criarem cartéis. No entanto, o amplo poder

⁷⁹ Cf. CHALMERS/DAVIES/MONTI, 2019, p. 889.

⁸⁰ Cf. CHALMERS/DAVIES/MONTI, 2019, p. 889.

⁸¹ Cf. CHALMERS/DAVIES/MONTI, 2019, p. 889.

⁸² Cf. CHALMERS/DAVIES/MONTI, 2019, pp. 889-891.

discricionário da Comissão levou a críticas de que a comunicação sobre o método de fixação das coimas pouco contribuiu para aumentar a transparência e a coerência. Além disso, os críticos disseram que os tribunais não exercem um padrão suficientemente robusto de revisão quando as coimas são alvo de impugnação judicial. Os recursos mais bem sucedidos envolvem, por regra, erros de cálculo da coima, erros na duração do cartel, aplicação errónea do regime de clemência e falta de fundamentação. No entanto, seria injusto usar as estatísticas de fraco sucesso dos recursos como um sinal de fiscalização jurisdicional fraca, pois muitas vezes os acórdãos do TG reveem as decisões da Comissão com bastante pormenor e a baixa taxa de sucesso dos recursos também pode ser atribuída a um processo de tomada de decisão diligente por parte da Comissão⁸³. Por outro lado, os economistas consideram que a política atual da Comissão pode não fazer o suficiente para dissuadir as práticas restritivas da concorrência. O número de investigações ainda é muito baixo, embora a coima seja alta, e, por conseguinte, a probabilidade de uma empresa ficar sujeita à coima continua a ser baixa. Um estudo de antitruste dos EUA, onde a investigação e as penalidades são mais fortes do que na UE, estimou que apenas uma em cada seis práticas restritivas é detetada. Um estudo mais recente concluiu que as coimas são pelo menos cinco vezes menores do que seria necessário para serem realmente dissuasivas. Nessas circunstâncias, ainda vale a pena uma empresa envolver-se em práticas restritivas da concorrência porque os ganhos esperados são maiores do que as penalidades esperadas⁸⁴.

Desde a publicação das Orientações sobre Coimas, em 2006, os montantes das coimas aumentaram drasticamente (mas dentro dos limites estabelecidos pelo Reg. 1/2003), uma vez que a Comissão procurou aumentar o efeito dissuasor das regras de Direito da Concorrência. Mas há quem expresse preocupação com o facto de as coimas não atingirem os indivíduos responsáveis nas empresas. Algumas vezes têm defendido que é necessária uma intervenção que reconheça o papel que os indivíduos desempenham na instigação ou falta de prevenção de infrações ao Direito da Concorrência. Nos EUA, por exemplo, a violação do *Sherman Act* é crime e tanto as empresas quanto os indivíduos envolvidos em atividades de cartel são visados em processos criminais. Embora as proibições antitruste da UE sejam dirigidas a empresas, alguns Estados-Membros podem impor sanções administrativas a indivíduos e/ou ter infrações penais de cartel ou infrações penais específicas contra a manipulação de licitações em concursos públicos. É, pois, um debate ainda em aberto⁸⁵.

4.7. A necessidade de fundamentação da coima aplicada

A Comissão deve fundamentar a decisão de aplicação de uma coima (Case T-62/98 *Volkswagen v Commission* [2000] Col. II-2707, LeiLex043580, fundamentando suficientemente a decisão por remissão expressa para as Orientações em que se baseou; Case C-247/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij and others v Commission* [2002], Col. I-8375, LawLex054845, afirmando que o requisito de fundamentação está preenchido quando a Comissão indica na sua decisão os elementos que lhe permitiram determinar a gravidade das infrações e a sua duração). A decisão

⁸³ Cf. CHALMERS/DAVIES/MONTI, 2019, p. 891.

⁸⁴ Cf. CHALMERS/DAVIES/MONTI, 2019, p. 891.

⁸⁵ Cf. ARNULL/CHALMERS, 2015, pp. 650-652.

deve indicar os critérios tidos em conta e o método de cálculo da coima concretamente aplicada (e.g., Case T-62/98 *Volkswagen v Commission* [2000], Col. II-2707, LawLex043580). Basta que a Comissão especifique os critérios de fixação do nível geral da coima aplicada a uma empresa (Case T-983/91 *Tetra Pak v Commission* [1994], Col. II-755, LawLex042887). Embora não seja obrigatório fornecer todos os valores relativos ao cálculo da coima (Case C-194/99 P *Thyssen Stahl v Commission* [2003], Col. I-10821, LawLex053860), a escolha da percentagem das vendas levada em consideração para determinar o montante de base da coima deve ser justificada (Case T-204/08 *Team Relocations NV v Commission* [2011], Col. II-3569, LawLex1212) e deve ser explicada a ponderação e avaliação dos vários fatores tidos em conta (Case T-95 /15 *Printeos SA v Commission*, Acórdão de 13 de dezembro de 2016, LawLex162059; Case C-39/18 P *Icap Management Services v Commission*, Acórdão de 10 de julho de 2019, LawLex19915). Por outro lado, não há obrigação de informar a empresa na nota de ilicitude de que o montante da coima pode ser aumentado por falta de cooperação durante as investigações⁸⁶.

4.8. O cálculo da coima na ordem jurídica interna

Interessa agora considerar em especial as regras de cálculo da coima em relação às práticas restritivas da concorrência na ordem jurídica interna.

Aplicação do artigo 23.º Reg. 1/2003 no Direito interno

No que diz respeito às coimas aplicadas a empresas ou associações de empresas por infração às regras da concorrência da UE, importa referir que o artigo 23.º, n.º 2, Reg. 1/2003 apenas regulamenta as situações em que tais coimas são aplicadas pela Comissão.

Em contrapartida, nos termos do artigo 5.º Reg. 1/2003, as autoridades da concorrência dos Estados-Membros aplicam coimas em conformidade com o seu Direito nacional. A interpretação das normas do Direito nacional não é da competência do Tribunal de Justiça.

Em circunstâncias excecionais em que o Direito nacional é normalmente aplicável, mas quando esse Direito nacional remete para o Direito da UE como aplicável, o Tribunal de Justiça é competente para responder a uma questão prejudicial, a fim de assegurar o tratamento idêntico das situações abrangidas pelo Direito nacional e das decorrentes do Direito da UE (v., neste sentido, acórdãos de 18 de outubro de 2012, *Nolan*, C 583/10, EU:C:2012:638, para 45 e jurisprudência referida, bem como de 7 de novembro de 2013, *Romeo*, C 313/12, EU:C:2013:718, para 21 e jurisprudência citada).

No entanto, o Tribunal de Justiça esclareceu que as disposições do Direito da UE devem ser direta e incondicionalmente aplicáveis pelo Direito nacional (v. acórdãos de 18 de outubro de 2012, *Nolan*, C 583/10, EU:C:2012: 638, para 47 e jurisprudência citada, bem como de 7 de novembro de 2013, *Romeo*, C 313/12, EU:C:2013:718, para 23 e jurisprudência citada).

⁸⁶ Cf. VOGEL, 2020, pp. 467-468.

4.9. O Regime Jurídico da Concorrência de 2012

3.ª versão – a mais recente (DL n.º 108/2021, de 07/12)

O artigo 69.º RJC trata, conforme a epígrafe, da “Determinação da medida da coima”, nestes termos (na parte que nos interessa):

1 - Na determinação da medida da coima a que se refere o artigo anterior, a Autoridade da Concorrência pode considerar, nomeadamente, os seguintes critérios:

- a) A gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional;
- b) A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração;
- c) A duração da infração;
- d) O grau de participação do visado pelo processo na infração;
- e) As vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas;
- f) O comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência, nomeadamente através do pagamento de indemnização aos lesados na sequência de acordo extrajudicial;
- g) A situação económica do visado pelo processo;
- h) Os antecedentes contraordenacionais do visado pelo processo por infração às regras da concorrência;
- i) A colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento.

2 - No caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo anterior, a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 10 /prct. do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas.

Comentário

O artigo 69.º RJC não contém uma fórmula de cálculo da coima.

Em especial, o artigo 69.º RJC não refere o montante de base da coima.

O artigo 69.º, n.º 1, RJC menciona os fatores a considerar na determinação da medida da coima, mas não os distingue como circunstâncias agravantes e atenuantes, nem os relaciona com um montante de base da coima, que não está definido ou, o que é ainda mais grave, não existe.

O artigo 69.º, n.º 2, RJC estabelece a regra dos 10% do volume de negócios, mas não diz como funciona.

4.10. As Linhas de Orientação da Autoridade da Concorrência de 2012

A AdC publicou Linhas de Orientação (LO) sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do artigo 69.º, n.º 8, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

As LO inspiram-se na metodologia das Orientações da Comissão de 2006.

A metodologia anunciada nas LO toma por base o volume de negócios relacionado com a infração (parágrafo 4 LO).

Quando os elementos e informações disponíveis não sejam fiáveis ou não permitam determinar o volume de negócios relacionado com a infração, ou quando for manifesta a desproporção entre, por um lado, o volume de negócios relacionado com a infração e, por outro, o impacto económico da infração, o volume de negócios total do visado pelo processo ou o peso deste no sector económico em causa, a AdC recorre ao volume de negócios total do visado pelo processo, fundamentando esta opção (parágrafo 4 LO).

A AdC pode considerar, entre outros, os critérios de determinação da medida da coima mencionados nas várias alíneas do artigo 69.º, n.º 1, RJC (parágrafo 10 LO).

Sendo visadas pelo processo empresas ou associações de empresas, a coima aplicável não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC, por cada uma das empresas ou, no caso de associações de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas (parágrafo 11 LO).

O parágrafo 16 LO esclarece que a determinação da coima por infração aos artigos 9.º, 11.º e 12.º RJC e aos artigos 101.º e 102.º TFUE compreende, tipicamente, as seguintes fases:

- (i) Em primeiro lugar, determina-se um montante de base da coima para cada visado pelo processo;
- (ii) Seguidamente, esse montante de base pode ser aumentado ou reduzido por efeito da verificação, no caso concreto, de circunstâncias agravantes ou atenuantes (ajustamento do montante de base);
- (iii) Finalmente, o montante que resulte de (ii) pode ser aumentado ou reduzido em função dos factos no seu conjunto, designadamente das vantagens de que o visado pelo processo haja beneficiado em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas, bem como de objetivos de prevenção geral e especial que se imponham em cada caso (determinação concreta da coima).

O montante de base da coima corresponde a uma percentagem do volume de negócios relacionado com a infração, determinada em função da gravidade da mesma, multiplicada pelo número de anos da respetiva duração (parágrafo 17 LO).

Quando não for possível ou adequado considerar o volume de negócios relacionado com a infração, o montante de base da coima corresponde a uma percentagem do volume de negócios

total do visado pelo processo, determinada em função da gravidade e duração da infração (parágrafo 18 LO).

Para efeitos de determinação do montante de base, considera-se o volume de negócios realizado pelo visado pelo processo quanto aos bens ou serviços direta ou indiretamente relacionados com a infração (parágrafo 19 LO).

Determinado o volume de negócios relacionado com a infração, ou o volume de negócios total, nos termos dos parágrafos 19 a 22 LO, é calculada a percentagem do mesmo que corresponde ao montante de base (parágrafo 23 LO).

Quando a metodologia tem por base o volume de negócios relacionado com a infração, a AdC, seguindo as práticas da Comissão e de outras autoridades europeias, considera que a percentagem a ter em conta para este efeito é fixada entre 0% e 30%, em função da gravidade da infração (parágrafo 24 LO).

Quando a metodologia tem por base o volume de negócios total do visado pelo processo, a AdC considera que a percentagem a ter em conta para este efeito é fixada entre 0% e 10%, em função da gravidade e duração da infração (parágrafo 25 LO).

O parágrafo 29 LO estabelece que “uma vez determinada a percentagem relevante é aplicado um fator de multiplicação correspondente ao número de anos de duração da infração”.

Na determinação da medida da coima, a AdC pode ter em consideração, numa apreciação de conjunto, que tenha em conta todos os fatores relevantes, circunstâncias que impliquem um aumento ou uma redução do montante de base da coima a aplicar ao visado pelo processo (parágrafo 31 LO).

A AdC considera as circunstâncias agravantes e atenuantes (parágrafos 32 e 33 LO).

A fim de assegurar o carácter dissuasor e proporcionado da coima a aplicar, a AdC pode aumentar o montante da coima calculado com base no volume de negócios relacionado com a infração (parágrafo 34 LO).

A AdC considera as circunstâncias do caso concreto que demonstrem especiais necessidades em termos de prevenção especial e geral, podendo, nestes casos, se não se justificar a adoção do volume de negócios total do visado, aumentar até 100% o montante da coima calculado com base no volume de negócios relacionado com a infração. A dimensão do visado pelo processo, o seu poder económico, os seus recursos de financiamento e a relevância económica do sector onde a prática tenha ocorrido serão elementos particularmente relevantes neste domínio. Para este efeito, a AdC tem em conta, designadamente, as prioridades da política da concorrência, definidas nos termos do artigo 7.º, n.º 3, RJC (parágrafo 35, nota 7, LO).

A AdC tem em consideração as vantagens de que o visado pelo processo haja beneficiado em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas, nos termos do artigo 69.º, n.º 1, alínea e), RJC (parágrafo 16, alínea *iii*), LO).

O montante da coima pode ser aumentado para que a coima concretamente aplicada exceda o montante dos lucros ilícitos realizados graças à infração, desde que não seja ultrapassado o limite máximo da coima aplicável (parágrafo 38 LO).

É nesta fase que a AdC atende ao limite máximo da coima acima referido, reduzindo, se for caso disso, em conformidade com o mesmo, a coima calculada segundo a metodologia enunciada nas LO.

Comentário

A metodologia das LO de cálculo do montante de base da coima correspondente a uma percentagem do volume de negócios relacionado com a infração, determinada em função da gravidade da mesma, e multiplicada pelo número de anos da respetiva duração (parágrafo 17 LO) pode facilmente, em casos de longa duração da infração, exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC, por cada uma das empresas ou, no caso de associações de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas (parágrafo 11 LO), independentemente da gravidade da infração. Este ponto merece uma reflexão autónoma, o que será feito adiante.

A AdC toma em conta, designadamente, as prioridades da política da concorrência, definidas nos termos do artigo 7.º, n.º 3, RJC (parágrafo 35, nota 7, LO), mas esta parte das LO não foi retirada das Orientações da Comissão de 2006. Cabe aqui perguntar: trata-se de uma aplicação retroativa das prioridades da política da concorrência, uma vez que as mesmas, por definição, não estavam definidas ao tempo da prática da infração?

A AdC tem em consideração as vantagens de que o visado pelo processo haja beneficiado em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas (parágrafo 16, alínea *iii*), LO). Cabe também aqui perguntar: é necessário um contrafactual? O contrafactual desempenha um papel cada vez maior no contencioso da concorrência. Dantes não era sequer mencionado, mas hoje os advogados e os economistas parecem não querer falar de outra coisa. Um contrafactual é a situação hipotética que teria existido na ausência da prática acusada. Como uma situação hipotética não pode ser provada, mas também não pode ser um referencial abstrato ou teórico, os Tribunais da UE disseram que o contrafactual deve ser “realista”. No processo 56/65 *Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)* [1966] ECR 235 (ver também Case C-7/95 P *Deere (John) Ltd v Commission* [1988] ECR 1-3111, para 76) dizia-se que: “[a] concorrência em causa deve ser entendida no contexto real em que ocorreria na ausência do acordo controvertido”. A necessidade de examinar o contrafactual foi sublinhada pelo TG no processo O2 v Commission – Case T-328/03 O2 (Germany) GmbH & Co, OHG v Commission [2006] ECR 11-1231, paras. 66-71, quando anulou a decisão da Comissão por não mostrar qual teria sido a posição na ausência do acordo secreto em causa⁸⁷. Neste contexto, cremos que a

⁸⁷ Cf. VELJANOVSKI, 2020, pp. 131-132, n.ºs ms. 8.42-44.

referência à necessidade de utilização de contrafactuais para a demonstração das vantagens de que o visado pelo processo haja beneficiado em consequência da infração deveria constar de futuras LO.

O montante da coima pode ser aumentado para que a coima concretamente aplicada exceda o montante dos lucros ilícitos realizados graças à infração, desde que não seja ultrapassado o limite máximo da coima aplicável (parágrafo 38 LO). Cabe aqui perguntar: a intenção é a restituição dos lucros ilícitos? Nesse caso, há risco de sobreposição com as ações de indemnização privadas (*private enforcement actions*). A aplicação privada dos artigos 101.º e 102.º do TFUE é uma aliada natural da aplicação pública (*public enforcement*) do Direito da Concorrência e deve ser fomentada por uma política geral de defesa da concorrência. Não pode, pois, confundir-se aquilo que deve pertencer ao âmbito da indemnização dos danos aos particulares e aquilo que deve pertencer ao âmbito das sanções punitivas aplicadas pela AdC.

No final, a AdC atende ao limite máximo da coima, reduzindo, se for caso disso, a coima calculada segundo a metodologia apresentada nas LO. Enfim, cabe aqui perguntar: a “regra dos 10%” do volume total de negócios funciona como um mero travão da coima concretamente aplicada ou como limite máximo da moldura legal da coima aplicável? Dedicaremos o próximo ponto à análise crítica desta questão.

5. A regra dos 10% do volume total de negócios

5.1. A regra dos 10% como limite superior ou como travão?

O Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof* – BGH) alemão pronunciou-se sobre se a regra dos 10% do volume total de negócios representa um mero travão da coima concretamente aplicada ou um limite máximo da moldura da coima aplicável no âmbito das práticas restritivas da concorrência.

5.2. O Acórdão do BGH de 26 de fevereiro de 2013

Em Acórdão do BGH de 26 de fevereiro de 2013 (*Bundesgerichtshof Beschluss vom 26. Februar 2013*)⁸⁸, Az. KRB 20/12 (*Grauzementkartell*), ficou decidido o seguinte:

“(Parágrafo 56) A determinação de um limite inferior e superior (*Unter- und Obergrenze*) da moldura sancionatória cria os pontos fixos para a decisão fáctica no caso concreto. Representa o quadro de orientação indispensável para a avaliação judicial (BVerfGE 105, 135, 156). Uma mera norma de travão (*Kappungsgrenze*) não atende a esse requisito. Nem sequer corresponde ao caso mais grave imaginável, que seria o único ao qual – como no Direito Penal (Fischer, 60.^a

⁸⁸ Online:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=cd8f8f4e149023d9a8f8d3069a8ff38b&nr=63748&pos=0&anz=1> (consultado em 02/09/2022).

ed., § 46 para. 16; cf. também BGH, decisão de 30 de agosto de 1983 - 5 StR 587 /83, StV 1984, 152) – a sanção mais alta, em princípio, poderia ser imposta”.

“(Parágrafo 57) Além disso, devido à falta de previsão legal sobre os critérios de determinação da coima independentemente de um quadro fixo de sanções e da respetiva avaliação específica, não havia outro padrão legal que pudesse ser usado para calcular as coimas em casos individuais. No entanto, cabe ao legislador decidir sobre os critérios gerais que orientam o processo punitivo específico (BVerfGE 105, 135, 155). Tal padrão legal não pode ser substituído por Orientações (*Leitlinien*) da Autoridade da Concorrência Federal (*Bundeskartellamt* – BKartA) ou da Comissão Europeia, cujas Orientações o BKartA tem seguido amplamente. Se o limite superior da coima fosse entendido como norma de travão, a caracterização normativa do processo de punição judicial – que se torna ainda mais urgente pela falta de um quadro punitivo que sirva de orientação – não estaria garantida. É certo que o § 81 (4), 4.ª proposição, da Lei contra as Restrições da Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB), de 2005, estipula que, na determinação do montante da coima, devem ser tidas em conta tanto a gravidade da infração como a sua duração. No entanto, se não há um quadro fixo de punição, esses critérios de avaliação também carecem de um sistema de referência para classificá-los. O requisito constitucional de certeza, igualmente, só é satisfeito se o § 81 (4), 2.ª proposição, GWB 2005 for entendido como um limite superior dependente das vendas. Só então existe um quadro suficientemente específico para a avaliação da coima, dentro do qual a coima a aplicar pode ser determinada em casos individuais com base nos critérios gerais de avaliação. As Orientações do BKartA, que não constituem Direito material e às quais o Tribunal não está vinculado, não podem substituir o quadro normativo exigido”.

(Parágrafo 59) “Com tal limite superior dependente do volume total de negócios, o enquadramento das coimas não viola o requisito de certeza do artigo 103.º (2) da Lei Fundamental (*Grundgesetz* – GG). Em particular, não contraria os princípios enunciados pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfGE) sobre a sanção pecuniária ao abrigo do artigo 43.º-A do Código Penal (*Strafgesetzbuch* – StGB). O BVerfGE exigiu a definição de um quadro a partir do qual devem derivar tanto a pena mínima como o limite máximo das sanções (BVerfGE 105, 135, 156)”.

5.3. O valor da coima à luz do § 81c da Lei contra as Restrições da Concorrência alemã

A GWB 2005, alterada pela última vez em 2021⁸⁹, dispõe sobre o valor da coima (*Höhe der Geldbuße*) nos seguintes termos:

§ 81c GWB – Valor da coima

[...].

⁸⁹ Cf. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Fassung aufgrund des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) vom 18/01/2021 (BGBl. I S. 2), in Kraft getreten am 19/01/2021. Online: <https://dejure.org/gesetze/GWB> (consultado em 02/09/2022).

(2) No caso de uma empresa ou associação de empresas, uma coima maior do que a do n.º 1 pode ser aplicada por violações nos termos do § 81, [...]. A coima não pode exceder 10% do volume total de negócios da empresa ou grupo de empresas no exercício anterior à decisão das autoridades.

[...].

(4) Se uma coima for imposta a uma associação empresarial por uma infração administrativa de carácter penal nos termos do § 81(1) que esteja relacionada às atividades de seus membros, então, em derrogação do n.º 2, 2.ª proposição, a coima pode chegar a 10% do montante do exercício anterior à decisão oficial do volume de negócios total dos membros que atuavam no mercado afetado pela contraordenação. Tal não leva em consideração as vendas dos membros contra os quais uma coima já foi aplicada em conexão com a infração administrativa ou a quem foi concedida uma isenção da coima (*Erläss der Geldbuße*) de acordo com o § 81k.

Comentário

As posições divergem sobre se o regime especial de determinação do valor da coima para empresas e associações de empresas contido no § 81(4), 4.ª proposição, GWB 2005 (agora § 81c(2), 2.ª proposição, GWB) constitui uma norma de travão na aceção do artigo 23.º, n.º 2, 2.ª proposição, Reg. 1/2003, ou um limite superior da moldura da coima aplicável no sentido do método tradicional de avaliação do Direito alemão. O limite máximo da coima, na aceção tradicional, deve representar a sanção mais elevada para os casos mais graves imagináveis. O Reg. 1/2003 tem um propósito diferente: destina-se a proteger os meios de subsistência das empresas, ou seja, a evitar a aplicação de uma coima que as empresas dificilmente poderiam pagar. A redação do § 81(4), 4.ª proposição, na 7.ª Emenda à GWB, correspondia quase literalmente à 2.ª proposição do n.º 2 do artigo 23.º Reg. 1/2003 e a versão atual também afirma que “coima não pode exceder...”⁹⁰. No entanto, o BGH, na sua decisão de 26 de fevereiro de 2013, não interpretou § 81(4), 4.ª proposição, GWB 2005 como uma cláusula de bloqueio ou norma de travão⁹¹, mas como um limite superior para a moldura legal da coima. Na sua fundamentação, o BGH destacou que a redação “não fornece qualquer informação clara”, que a expressão norma de travão é “usada apenas na literatura jurídica” e que, mesmo se a expressão fosse usada na linguagem das fontes legais, algo como uma “normatização expressa” seria necessário para efeitos de controlo judicial, donde se pudesse extrair “a indubitável mudança de paradigma normativo no cálculo da coima” – BGH WuW/E DE-R 3861 (3872). Em última análise, o BGH afirmou que uma interpretação conforme à Constituição exige que o § 81(4), 4.ª proposição, GWB 2005 (agora § 81c(2), 2.ª proposição, GWB) não deva ser entendido como uma norma de travão, mas como um limite superior da moldura legal da coima⁹².

Por um lado, o BGH considerou que a indicação dos limites inferior e superior da moldura sancionatória representa “o quadro de orientação indispensável para a avaliação judicial”, ao passo que um mero travão não cumpre este requisito porque “não chega nem perto de corresponder ao caso mais grave imaginável”. Por outro lado, o BGH salientou que a falta de

⁹⁰ Cf. VOLLMER, 2020, pp. 1541-1542 (§ 81 GWB, n.º m. 137).

⁹¹ Preferindo a primeira expressão, cf. CAEIRO, 2020, p. 2442.

⁹² Cf. VOLLMER, 2020, p. 1542 (§ 81 GWB, n.º m. 138).

definição na GWB dos critérios de determinação do valor das coimas não pode ser colmatada pelas Orientações do BKartA ou da Comissão. Na falta de norma legal, os critérios de gravidade e duração da infração também ficam sem um “sistema de referência para classificá-los”⁹³.

5.4. As novas Linhas de Orientação sobre a Aplicação de Coimas do BKartA

Por causa do Acórdão do BGH de 26 de fevereiro de 2013, o BKartA publicou novas Linhas de Orientação sobre a Aplicação de Coimas (*Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren*), em 07/10/2021⁹⁴, que vieram substituir as Orientações do BKartA de 2013.

O BKartA não podia deixar de reconhecer a importância do Acórdão do BGH de 26 de fevereiro de 2013 e o seu impacto para a prática decisória nacional. Assim, o BKartA passou a respeitar um limite máximo na determinação do valor das coimas, em vez do travão aplicado através do artigo 23.º, n.º 2, 2.ª proposição, Reg. 1/2003.

As anteriores Orientações do BKartA (2013) fundamentavam o valor das coimas em função da gravidade da infração e da sua duração, da dimensão da empresa (medida por classes de tamanho e fatores flexíveis) e das possíveis consequências negativas para outros grupos económicos. Em particular, as Orientações do BKartA (2013) estavam apostadas em evitar a insolvência das empresas para proteger os empregados. Os 10% do volume de negócios total eram fixados como travão das coimas, sendo tomados em consideração quer o potencial de lucro resultante dos acordos secretos, quer os prejuízos económicos causados a terceiros (princípio da proporcionalidade)⁹⁵.

Nas suas mais recentes Orientações (2021), o BKartA explica como calcula as coimas impostas por infrações substantivas ao Direito da Concorrência (excluindo o controlo de concentrações). Conforme o § 81c(2), 2.ª proposição, GWB, a coima máxima para infrações substantivas ao Direito da Concorrência por empresas ou associações de empresas é de 10% do volume de negócios total realizado no exercício anterior à decisão da autoridade, se a infração for cometida dolosamente. Para infrações negligentes, a coima máxima é limitada a metade desse valor, nos termos do § 17(2) OWiG, ou seja, 5% do volume de negócios total realizado no exercício anterior à decisão da autoridade. Os limites máximos são calculados com base no volume de negócios total realizado em todo o mundo por todas as pessoas singulares e coletivas, bem como associações de pessoas que operam como uma única entidade económica, nos termos do § 81c(5) GWB. De acordo com o § 81d(2) GWB e o § 17(3)(2) OWiG, as condições económicas do infrator devem ser levadas em consideração no cálculo do valor das coimas⁹⁶.

⁹³ Cf. VOLLMER, 2020, p. 1542 (§ 81 GWB, n.º m. 138).

⁹⁴ *Online:*

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidelines_setting_fines_Oct_2021.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (consultado em 15/07/2022).

⁹⁵ Cf. WEIN, 2021, pp. 317-318.

⁹⁶ Cf. KÖNIG/BREMENKAMP, 2022, p. 390.

De acordo com as Orientações (2021), o BKartA determina o montante de base da coima como uma percentagem da faturação obtida com a infração (ou seja, o volume de negócios gerado com os bens ou serviços aos quais a infração se refere). A percentagem a aplicar depende do volume de negócios (*Umsatzgröße*) total da empresa (ver Tabela constante das Orientações do BKartA com cinco escalões de volumes de negócios em euros)⁹⁷.

Uma vez determinado o valor do montante de base, o BKartA realiza uma avaliação global para determinar o valor da coima. Para o efeito, considera todas as circunstâncias agravantes e atenuantes, que tanto podem estar relacionadas com a infração como com o infrator. Os fatores relevantes a serem considerados incluem, por exemplo, o papel da empresa no cartel, o ser ou não reincidente, a cooperação da empresa com as autoridades, a espécie e a duração da infração e a importância das empresas envolvidas nos mercados afetados. A 10.ª Emenda ao GWB codificou os critérios para o cálculo de coimas no § 81d GWB. A codificação visa eliminar o risco de cálculos divergentes por parte do BKartA, por um lado, e pelos tribunais, por outro. No passado, os tribunais, no julgamento do recurso de impugnação judicial, às vezes chegavam a conclusões surpreendentemente diferentes das do BKartA, pois o método de cálculo não era explicado no GWB e as Orientações do BKartA não vinculavam os tribunais⁹⁸. O novo § 81d GWB também ajusta os fatores relevantes. Por exemplo, refere-se aos esforços da empresa para detetar a infração e compensar o dano como circunstâncias atenuantes que podem levar a uma coima menor. Além disso, a disposição refere-se aos esforços para evitar futuras infrações, o que indicia que grandes esforços de autorregulação e melhorias introduzidas nos programas de conformidade serão da maior relevância no futuro⁹⁹.

As reduções de coima podem ser concedidas se houver aceitação do procedimento de transação (*Vergleichsverfahren*), ou seja, um acordo entre o infrator e o BKartA. Além disso, os requerentes de clemência podem obter imunidade (primeiro requerente) ou reduções de coima até 50%¹⁰⁰.

5.5. O efeito dissuasor e as ações de indemnização privadas

A necessidade de assegurar que as coimas apresentam um efeito suficientemente dissuasor não deve ser confundida com a recuperação das vantagens obtidas através da prática restritiva da concorrência.

Não há razão para se interpretar a regra dos 10% como garantia de recuperação das vantagens obtidas pela empresa com a prática ilícita, desde logo porque a devolução (*disgorgement*) é, cada vez mais, prosseguida através das ações de indemnização privadas, mediante ações subsequentes (*follow-on*)¹⁰¹.

⁹⁷ Cf. KÖNIG/BREMENKAMP, 2022, p. 390.

⁹⁸ Cf. KÖNIG/BREMENKAMP, 2022, p. 390.

⁹⁹ Cf. KÖNIG/BREMENKAMP, 2022, p. 391.

¹⁰⁰ Cf. KÖNIG/BREMENKAMP, 2022, p. 391.

¹⁰¹ Existem ações independentes (*stand-alone actions*) e ações subsequentes (*follow-on actions*). Nenhum desses termos é técnico-jurídico, mas coloquial. Uma ação *follow-on* é aquela em que o demandante se baseia numa decisão prévia de uma autoridade de concorrência para estabelecer que o demandado violou as regras de concorrência da UE e/ou nacionais, e é obrigado a provar apenas o nexo de causalidade e o

Mas o Tribunal de Justiça afirmou que “o lucro que as empresas puderam retirar das suas práticas é um dos elementos a ter em conta na avaliação da gravidade da infração” – Cases C-189/02P, etc., *Dansk Rörindustri v Commission* [2005], EU:C:2003:408, para 292. As Orientações sobre Coimas de 2006 preveem que a Comissão tenha em conta “a necessidade de aumentar a coima para exceder o montante dos ganhos obtidos indevidamente em resultado da infração, sempre que seja possível estimar esse montante” (Parágrafo 31). No processo *Calcium Carbide*, o TG julgou improcedente a alegação de que o montante dos ganhos indevidamente obtidos em consequência de uma infração constitui um limite máximo insuperável – Case T-391/09 *Evonik Degussa and AlzChem v Commission* [2014], EU:T:2014:22, paras 241-242¹⁰².

Quanto à eficácia das ações de indemnização privadas, Wils [*World Competition*, 2009, 31.1] comparou os efeitos de processar infrações de cartel por meio de coimas com a execução de ações de indemnização por vítimas de cartel. O referido Autor considera a coima administrativa como uma clara vantagem na dissuasão de cartéis, uma vez que as autoridades de concorrência possuem massa crítica, poderes investigativos sofisticados e capacidade de aplicação direta das leis de concorrência. Os atores privados ficam significativamente para trás em todas essas três áreas. A aplicação privada deve concentrar-se na compensação dos lesados, e um efeito dissuasor maior deve ser assegurado por coimas administrativas mais altas, quando apropriado¹⁰³. Os estudos empíricos disponíveis nos EUA e na UE indicam que o efeito dissuasor das coimas administrativas em casos de cartel é muito baixo. Também mostram como coimas mínimas podem ser calculadas em unidades monetárias que dissuadiriam os membros do cartel, com base em premissas de probabilidades de deteção e punição com uma orientação para os usuais sobrelucros do cartel¹⁰⁴.

5.6. A determinação do limite máximo de 10% no caso concreto

De acordo com o artigo 23.º, n.º 2, 2.ª proposição, Reg. 1/2003, a coima aplicada a cada empresa envolvida não pode exceder 10% dos seus ganhos mundiais totais no último exercício financeiro anterior à prolação da decisão da Comissão. A disposição é uma expressão do princípio da proporcionalidade. Destina-se a proteger as empresas de encargos que excedam a sua capacidade financeira e possam comprometer a sua substância¹⁰⁵. Para determinar o limite

quantum. A questão da responsabilidade numa ação subsequente é, portanto, determinada pela decisão da autoridade da concorrência. Quando a decisão de infração em causa é proferida pela Comissão, seria contrário ao artigo 16.º Reg. 1/2003 que um tribunal nacional declarasse que não houve infração. A Diretiva das Ações de Indemnização, de 26 de novembro de 2014, introduziu um requisito paralelo de que, sempre que uma ANC tenha tomado uma decisão que declare uma infração ao Direito da Concorrência da UE ou nacional, os tribunais nacionais do Estado-Membro em causa são obrigados a não tomar uma decisão contrária a essa decisão. A Diretiva das Ações de Indemnização também exige que os Estados-Membros assegurem que uma decisão final de uma ANC de outro Estado-Membro possa, em conformidade com a legislação nacional, ser apresentada aos tribunais nacionais como prova, pelo menos *prima facie*, de que ocorreu uma violação do Direito da Concorrência e, conforme apropriado, pode ser avaliada juntamente com quaisquer outras provas apresentadas pelas partes. Cf. BAILEY/JOHN, 2018, pp. 1383-4, n.ºs ms. 16.060-1.

¹⁰² Cf. BAILEY/JOHN, 2018, pp. 1283-4, n.º m. 14.070.

¹⁰³ Cf. WEIN, 2021, p. 313.

¹⁰⁴ Cf. WEIN, 2021, p. 315.

¹⁰⁵ Cf. KAMANN/OHLHOFF/VÖLCKER, 2017, p. 260 (§ 13, n.º m. 123).

máximo de 10% toma-se como base o valor final da coima e calcula-se o seu peso percentual na faturação total da empresa em questão. O limite de 10% não se aplica aos chamados valores intermédios que possam surgir durante o cálculo da coima, por exemplo, após a determinação do montante de base da coima. Por outro lado, a redução da coima com base no auto de clemência só é determinada após a aplicação do limite máximo de 10%. Caso contrário, o efeito de incentivo necessário poderia ficar prejudicado. O mesmo se aplica à redução da coima após o chamado procedimento de transação¹⁰⁶. Além do limite máximo de 10%, há também a possibilidade de redução extraordinária da coima prevista no parágrafo 37.º das Orientações da Comissão de 2006, com base nas circunstâncias especiais do caso concreto, uma vez que o limite máximo de 10% nem sempre garante o cumprimento do princípio da proporcionalidade¹⁰⁷.

O ponto de referência para o limite máximo de 10% é a empresa na aceção do Direito da Concorrência da UE. O limite superior é, portanto, determinado com base no volume de negócios total de todas as sociedades que compõem a empresa infratora. Ao fazê-lo, a Comissão pode calcular o limite com base no volume de negócios acumulado de todas as sociedades de um grupo liderado pela empresa responsável pelo comportamento anticoncorrencial. No entanto, isso só se aplica se as sociedades ainda fizerem parte da empresa no momento em que a decisão for tomada. Se, pelo contrário, esta entidade económica tiver entretanto sido dissolvida, o limite máximo deve ser fixado separadamente para cada destinatário e com base no seu próprio volume de negócios. A aquisição de controle da empresa participante no cartel não pode resultar em que o limite máximo da coima aplicada pela infração antes da aquisição do controlo seja superior em função da faturação da empresa que adquire o controlo. Pelo contrário, o princípio da responsabilidade pessoal e o princípio da proporcionalidade obrigam a Comissão a determinar o limite apenas com base no volume de negócios da empresa que estava envolvida na infração no momento relevante¹⁰⁸.

O momento decisivo para determinar o volume de negócios é geralmente o último exercício antes de a decisão da Comissão ser tomada. Há uma presunção refutável de que este momento é representativo. No entanto, a presunção não dispensa a Comissão da obrigação, em casos concretos, de tomar como base um volume de negócios que reflita a situação económica real da empresa no período em que a infração foi cometida. Se não existirem demonstrações financeiras anuais (ou para um período de um ano completo) relativas ao último exercício financeiro anterior à tomada de decisão, em que não tenha sido realizado qualquer volume de negócios no âmbito da atividade económica normal, a Comissão tem a possibilidade de utilizar o último exercício com base na atividade económica normal, alargado por um período de 12 meses¹⁰⁹.

A classificação de diferentes ações como uma única infração duradoura é de importância fundamental para a aplicação do limite máximo de 10%. Ao fazê-lo, deve a Comissão examinar se havia complementaridade entre os atos anticoncorreciais, na medida em que cada um deles

¹⁰⁶ Cf. KAMANN/OHLHOFF/VÖLCKER, 2017, p. 260 (§ 13, n.º m. 124).

¹⁰⁷ Cf. KAMANN/OHLHOFF/VÖLCKER, 2017, pp. 260-261 (§ 13, n.º m. 125).

¹⁰⁸ Cf. KAMANN/OHLHOFF/VÖLCKER, 2017, p. 261 (§ 13, n.º m. 126).

¹⁰⁹ Cf. KAMANN/OHLHOFF/VÖLCKER, 2017, p. 261 (§ 13, n.º m. 127).

visava eliminar uma ou mais consequências da concorrência normal e, por meio da interação, contribuía para a realização de todos os atos anticoncorrenciais¹¹⁰.

5.7. *As grandes questões do limite máximo da coima aplicável*

As grandes questões do limite máximo de 10% já mereceram a atenção da doutrina portuguesa, designadamente em artigo de Pedro Caeiro¹¹¹.

O n.º 2 do artigo 69.º RJC estatui que a coima determinada para as práticas restritivas da concorrência não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC. Esta norma, inspirada no Reg. 1/2003, parece criar um regime sancionatório especial, afastando a aplicação dos limites máximos das molduras das coimas supletivamente previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 17.º RGCO. Admitindo que assim é, Caeiro entende que o n.º 2 do artigo 69.º RJC pode ser objeto de duas leituras diferentes: ou como cláusula de bloqueio, enquanto valor que não pode em caso algum ser ultrapassado, ou como limite superior da moldura das coimas aplicáveis aos ilícitos contraordenacionais tipificados nas alíneas *a)* a *g)* do n.º 1 do artigo 69.º RJC, sendo então o limite mínimo da coima aplicável dado pelo n.º 1 do artigo 17.º RGCO (=3,74€), que se aplica tanto às pessoas singulares como às pessoas coletivas¹¹².

Sucede que, na primeira interpretação, o limite superior da moldura onde se calculam as coimas é inexistente. Ora, da inexistência de um limite máximo das coimas decorrem, segundo Caeiro, duas consequências: uma que se prende com a (ir)racionalidade da ausência de limites num sistema de sanções graduáveis, outra com a respetiva legitimidade constitucional. Para determinar o montante de qualquer coima, o aplicador tem de ter perante si, nesse primeiro momento, uma moldura dotada de um limite mínimo e de um limite máximo. Essa necessidade está no coração de qualquer sistema de sanções graduáveis, pois só assim é possível medir a sanção, isto é, traduzir as valorações resultantes dos vários fatores de determinação da medida concreta da sanção numa grandeza relativa de outra índole (um certo tempo de prisão, um certo número de dias de multa, um certo montante pecuniário) apta a expressar o grau de gravidade do facto e, concomitantemente, capaz de garantir a proporcionalidade ordinal (relativa) entre todas as sanções aplicadas, bem como, por essa via, a igualdade de tratamento¹¹³. Consequentemente, nesta interpretação, aquela norma, segundo afirma Caeiro, é inconstitucional, porque viola os princípios da legalidade e da igualdade, bem como a proibição de sanções indefinidas¹¹⁴.

Caeiro advoga também a inconstitucionalidade da norma contida no artigo 69.º, n.º 2, RJC, quando interpretada no sentido de que o limite máximo das coimas aplicáveis aos agentes das contraordenações é o montante equivalente a 10% do respetivo volume de negócios no exercício anterior à condenação. Em sua opinião, a inconstitucionalidade resulta:

¹¹⁰ Cf. KAMANN/OHLHOFF/VÖLCKER, 2017, p. 262 (§ 13, n.º m. 132).

¹¹¹ Cf. CAEIRO, 2020, pp. 2429-2471.

¹¹² Cf. CAEIRO, 2020, pp. 2439-40 e 2442.

¹¹³ Cf. CAEIRO, 2020, p. 2444.

¹¹⁴ Cf. CAEIRO, 2020, p. 2447.

- (i) da violação do princípio da legalidade das coimas (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, CRP) e da proibição de sanções ilimitadas ou indefinidas (artigo 30.º, n.º 1, CRP) – ou, ao menos, da violação do princípio do Estado de direito (artigo 2.º CRP);
- (ii) da violação do princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (art. 18.º, n.º 2, CRP) e do princípio da culpa (artigo 1.º CRP);
- (iii) e da violação do princípio da igualdade (artigo 13.º CRP)¹¹⁵.

Caeiro não apresenta, porém, qualquer solução que permita uma interpretação conforme à Constituição das normas contidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 69.º do RJC.

A conclusão final de Caeiro não é convincente, já que excede os limites de uma interpretação constitucional da lei. Não é admissível uma interpretação constitucional da lei que destrua ou falsifique a teleologia do preceito em um ponto significativo¹¹⁶. Não é, pois, admissível uma interpretação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 69.º do RJC que destrua por completo o RJC em matéria de sancionamento das práticas restritivas da concorrência.

A interpretação que concebe os 10% do volume de negócios como limite superior da moldura das coimas aplicáveis aos ilícitos contraordenacionais tipificados nas alíneas *a)* a *g)* do n.º 1 do artigo 69.º RJC, sendo o limite mínimo da coima aplicável dado pelo n.º 1 do artigo 17.º RGCO (=3,74€), salvaguarda a existência de um marco indispensável para a avaliação judicial e impede que qualquer infração antitruste, independentemente da respetiva gravidade, seja sancionada com a coima máxima pelo simples efeito da longa duração da infração.

6. A duração da prática e o efeito multiplicador da coima

6.1. O efeito multiplicador

Nos termos do artigo 23.º, n.º 3, Reg. 1/2003, a gravidade e a duração são questões distintas que devem ser tidas em conta. Por conseguinte, mesmo quando a percentagem do valor das vendas se situa no limite superior da escala, a Comissão tem o poder de impor um aumento substancial da coima por conta da longa duração da infração. Tal reflete o facto de que, “em princípio, o lucro ilegal que os participantes de um cartel obtêm é maior quando a infração é de longa duração” – Case T-56&73/09 *Saint-Gobain Glass France v Commission* EU:T:2014:160, para 364; Case T-72/09 *Pilkington Group v Commission* EU:T:2014:1094, para 294 (negado provimento em novo recurso com outros fundamentos em Case C-101/15P EU:C:2016:631). Ao mesmo tempo, a duração de uma infração não é o único fator, nem necessariamente o fator mais importante que a Comissão deve ter em conta para o cálculo da coima. A duração não deve ser arredondada. As Orientações sobre Coimas preveem que o montante de base seja multiplicado pelo número de anos em que a empresa esteve envolvida na infração, sendo arredondados para seis meses os períodos inferiores a seis meses e os períodos superiores a seis meses mas inferiores a um ano arredondados para um ano. No entanto, a Comissão passou a

¹¹⁵ Cf. CAEIRO, 2020, p. 2451.

¹¹⁶ Cf. VOLLMER, 2020, pp. 1542-1543 (§ 81 GWB, n.º m. 139).

utilizar um multiplicador baseado na duração real da participação na infração, expressa em anos e meses completos, ignorando partes de meses e não arredondando para os seis meses mais próximos. O TG confirmou que o arredondamento da duração da infração para efeitos de determinação do multiplicador viola os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento – Case T-566/08 *Total Raffinage v Commission* [2013] EU:T:2013:423, paras 548-561; Case T-391/09 *Evonik Degussa and AlzChem v Commission* [2014] EU:T:2014:22, paras 228-236; Case T-395/09 *Gigaset v. Commission* [2014] EU:T:2014:23, paras 158-181¹¹⁷.

Incumbe à Comissão o ónus de provar a duração de uma infração – Cases T-147&148/09 *Trelleborg Industrie v Commission* [2013] EU:T:2013:259, para 50; Case T-418/10 *voestalpine and voestalpine Austria Draht v Commission* [2015] EU:T:2015:516, para 116 e Case T-422/10 *Trafilerie Meridionali v Commission* [2015] EU:T:2015:512, para 88. Uma vez que o artigo 23.º, n.º 3, Reg. 1/2003 se refere especificamente à duração de uma infração, a Comissão deve indicar claramente às partes o período relativamente ao qual se propõe declarar a infração. Caso não existam provas diretas que demonstrem que uma infração continuou durante um determinado período, a Comissão pode basear-se em provas suficientemente próximas para permitir concluir que o cartel continuou ininterruptamente durante esse período – Case T-18/05 *IMI v Commission* [2010] ECR II-1769, EU:T:2010:202, paras 86-88; Case T-40/06 *Trioplast Industrier v Commission* [2010] ECR II-4893, EU:T:2010:388, para 39¹¹⁸.

6.2. O efeito multiplicador na prática decisória da Autoridade da Concorrência

As Orientações da Comissão referem que a duração da infração é um valor de substituição adequado para refletir a importância económica da infração, bem como o peso relativo de cada empresa que participa na infração.

O parágrafo 29 das Linhas de Orientação sobre a Metodologia a Utilizar na Aplicação de Coimas da AdC estabelece que “uma vez determinada a percentagem relevante é aplicado um fator de multiplicação correspondente ao número de anos de duração da infração”.

O fator de multiplicação correspondente ao número de anos de duração da infração não consta, porém, do n.º 3 do artigo 23.º Reg. 1/2003, nem dos n.ºs 1 e 2 do artigo 69.º RJC, não podendo as Orientações da AdC suprir essa falta.

Acresce que a duração da infração contribui, em última análise, para a gravidade da mesma, não podendo ser alvo de uma dupla ou até múltipla contagem como fator autónomo, consoante o número de anos de duração da violação antitruste. Caso contrário, a única infração duradoura ou sucessiva seria punida como se de um concurso efetivo de infrações se tratasse, sendo tantas as infrações quanto os anos de duração. Tal é manifestamente inaceitável.

¹¹⁷ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, p. 1266, n.ºs ms. 14.030-1.

¹¹⁸ Cf. BAILEY/JOHN, 2018, p. 1266, n.º m. 14.032.

7. Conclusões

Apresentando conclusões, à guisa de teses para reflexão:

VOLUME DE NEGÓCIOS TOTAL

O volume de negócios total do grupo empresarial não deve ser tomado em consideração, seja como limite máximo ou como travão da coima, se a infração não for imputada a todas as pessoas coletivas do universo empresarial. A imputação da infração a todas as pessoas coletivas do universo empresarial não permite que a imputação de coimas separadas tome em consideração o volume de negócios de cada uma delas e se repita esse cálculo para aquela sociedade que consolida as contas do grupo, sob pena de se estar a contar duplamente os mesmos volumes de negócio.

MOLDURA LEGAL DA COIMA

A interpretação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 69.º RJC que concebe os 10% do volume de negócios como limite superior da moldura das coimas aplicáveis aos ilícitos contraordenacionais tipificados nas alíneas *a)* a *g)* do n.º 1 do artigo 69.º RJC, sendo o limite mínimo da coima aplicável dado pelo n.º 1 do artigo 17.º RGCO (=3,74€), salvaguarda a existência de um marco indispensável para a avaliação judicial e impede que qualquer infração antitruste, independentemente da respetiva gravidade, seja sancionada com a coima máxima pelo simples efeito da longa duração da infração.

EFEITO MULTIPLICADOR

A duração da infração contribui, em última análise, para a gravidade da mesma, não podendo ser alvo de uma dupla ou até múltipla contagem como fator autónomo, consoante o número de anos de duração da violação antitruste. Uma única infração duradoura ou sucessiva não pode ser punida como se de um concurso efetivo de infrações se tratasse, não podendo, pois, multiplicar-se a infração pelo número de anos da sua duração.

RIGOR E TRANSPARÊNCIA

A AdC deve fundamentar a coima aplicada, indicando na sua decisão os elementos que lhe permitiram determinar a gravidade da infração e a sua duração. A decisão deve indicar o método de cálculo da coima. Embora não seja obrigatório fornecer todos os valores relativos ao cálculo da coima, a escolha da percentagem das vendas levada em consideração para determinar o montante de base da coima deve ser justificada e deve ser explicada a ponderação e a avaliação das várias circunstâncias agravantes e atenuantes tidas em conta.

Bibliografia:

ARNULL, A./CHALMERS, D.,

The Oxford Handbook of European Union Law, Oxford: Oxford University Press, 2015.

BAILEY, D. /JOHN, L. E. (eds.),

Bellamy & Child – European Union Law of Competition, 8th ed., Oxford: Oxford University Press, 2018.

BAPTISTA, A.,

“Compliance em processo contraordenacional: da alegação à decisão através da prova”, in: Paulo de Sousa Mendes *et al.* (orgs.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 345-384.

BAUDISCH, I.,

Die Rechtsstellung des Unternehmens in grenzüberschreitenden Kartellverfahren, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2009.

BRANDÃO, N.,

Crimes e Contra-Ordenações – Da Cisão à Convergência Material, Coimbra: Coimbra Editora, 2016.

BRAVO, T.,

“O caso da Associação Nacional de Farmácias à luz da jurisprudência *Akzo Nobel* (revisitada)”, in: Paulo de Sousa Mendes/José Neves da Costa/Tiago Geraldo (orgs.), *Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 111-145.

CAEIRO, P.,

“The influence of the EU on the ‘blurring’ between administrative and criminal law”, in: Francesca Galli/Anne Weyembergh (eds.), *Do Labels Still Matter? Blurring Boundaries Between Administrative and Criminal Law – The Influence of the EU*, Porto: Universidade Católica Editora, 2022, pp. 171-190.

CAEIRO, P.,

“A relevância do Direito Europeu na definição dos elementos materiais das infracções e das sanções aplicáveis pelas autoridades nacionais ao Abuso de posição dominante”, in: José Lobo Moutinho *et al.* (orgs.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 2429-2471.

CAMPOS, M.,

“Jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e responsabilidade empresarial nos setores bancários e dos valores mobiliários”, in: Paulo de Sousa Mendes *et al.* (orgs.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Responsabilidade Empresarial*, Coimbra: Almedina, 2022, s. pp. (em preparação).

CHALMERS, D./DAVIES, G./MONTI, G.,

European Union Law, 4th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

DANNECKER, G.,

“Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht im Wandel: Von der Verbands- zur Unternehmensverantwortung”, in: Bernd Hecker/Bettina Weißer/Christian Brand (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*, München: C. H. Beck, 2018, pp. 193-208.

HECKENBERGER, W.,

“Wesentliche Elemente und Implementierung eines effektiven kartellrechtlichen Compliance Programms – unter besonderer Berücksichtigung der kartellrechtlichen Leitlinien des US-amerikanischen Justizministeriums”, in: Marc Engelhart/Hans Kudlich/Benjamin Vogel (Hrsg.), *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention – Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, Teilband I, München: C. H. Beck, 2021, pp. 421-438.

HEINICHEN, C.,

Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge im Europäischen Kartellrecht, Baden-Baden: Nomos, 2011.

KACZOROWSKA-IRELAND, A.,

European Union Law, 4th ed., London and New York: Routledge, 2016.

KAMANN, H.-G./OHLHOFF, S./VÖLCKER, S. (Hrsg.),

Kartellverfahren und Kartellprozess – Handbuch, München: C. H. Beck, 2017.

KÖNIG, C./BREMENKAMP, F. L.,

“Competition Law Sanctions in Germany”, in: Tihamer Tóth (ed.), *The Cambridge Handbook of Competition Law Sanctions*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, pp. 381-406.

LOEWENHEIM, U./MEESSEN, K. M./RIESENKAMPFF, A./KERSTING, C./MEYER-LINDEMANN, H. J. (Hrsg.),

Kartellrecht – Europäisches und Deutsches Recht, 4. Aufl., München: C. H. Beck, 2020.

MACHADO SIMÕES, F.,

A Infração Sucessiva no Direito das Contraordenações, Coimbra: Almedina, 2022.

MOURA E SILVA, M.,

Direito da Concorrência, 2.^a ed., Lisboa: AAFDL, 2018.

PEERS, S./HERVEY, T./KENNER, J./WARD, A. (eds.),

The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary, 2nd ed., Oxford: Hart Publishing, 2021.

PERESTRELO DE OLIVEIRA, A./SOUSA FERRO, M.,

“The sins of the son: parent company liability for Competition Law infringements”, *Revista de Concorrência e Regulação* 3 (2010), pp. 53-92.

PINTO DE ALBUQUERQUE, P.,

Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2011.

QUINTELA DE BRITO, T.,

“Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica”, in: Paulo de Sousa Mendes et al. (orgs.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 57-100.

QUINTELA DE BRITO, T.,

“Responsabilidade criminal de entes coletivos: algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal”, *RPCC* 1 (2010), pp. 41-71.

DOS SANTOS GONÇALVES, D. J.,

Europäische und deutsche Bußgeldhaftung im Konzern unter besonderer Berücksichtigung von Unternehmensübergängen, Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2015.

SCHUBERT, D.,

Legal privilege und Nemo tenetur im reformierten europäischen Kartellermittlungsverfahren der VO 1/2003, Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

SCORDAMAGLIA, A.,

“Cartel proof, imputation and sanctioning in European Competition Law: Reconciling effective enforcement and adequate protection of procedural guarantees”, *The Competition Law Review* 7/1 (2010), pp. 5-52.

SILVA DIAS, A./SOARES PEREIRA, R.,

Direito das Contra-Ordenações, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022.

DE SOUSA MENDES, P.,

“Regulação responsiva, autorregulação regulada e responsabilidade empresarial”, in: Paulo Pinto de Albuquerque et al. (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, Porto: Universidade Católica Editora, 2022, pp. 379-413.

DE SOUSA MENDES, P.,

Causalidade Complexa e Prova Penal, Coimbra: Almedina, 2018.

DE SOUSA MENDES, P.,

“A prova penal e as regras da experiência”, in: Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra: Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2010, pp. 997-1011.

THANOS, I.,

Die Reichweite der Grundrechte im EU-Kartellverfahrensrecht, Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

VELJANOVSKI, C.,

Cartel Damages – Principles, Measurement, and Economics, Oxford: Oxford University Press, 2020.

VILELA, A.,

O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

VOLLMER, C.,

“Competition Law Sanctions in Germany”, in: Franz Jürgen Säcker/Peter Meier-Beck (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, Band 2 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) §§ 1-96, 185, 186 – Verfahren vor den europäischen Gerichten), 3. Auf., München: C. H. Beck, 2020, pp. 1483-1582.

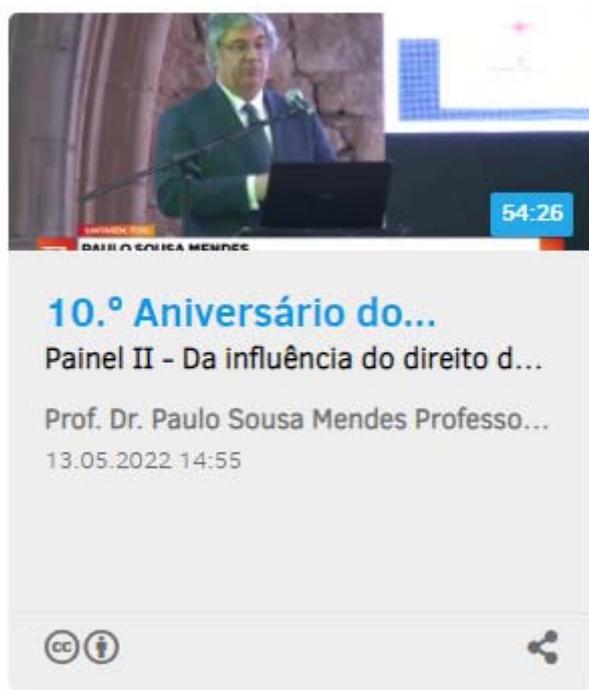
VOGEL, L.,

European Competition Law, 3rd ed., Paris: LawLex/Bruylant, 2020.

WEIN, T.,

“Cartel behaviour and efficient sanctioning by criminal sentences”, *European Competition Journal* 2 (2021), pp. 309-352.

Vídeo da comunicação



➔ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/21t99a8qo0/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



PAINEL II

DA INFLUÊNCIA DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA NO DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES

Da influência do direito da União Europeia no direito das contraordenações no domínio da concorrência¹

Ana Soares Pinto²

1. A aplicação do direito da União Europeia na ordem jurídica portuguesa: noções introdutórias
 2. A influência do Direito da União Europeia no direito das contra-ordenações no domínio da concorrência
 3. A especificidade do reenvio prejudicial
- Vídeo da comunicação

1. A aplicação do direito da União Europeia na ordem jurídica portuguesa: noções introdutórias

Em 1 de janeiro de 1986, Portugal aderiu³ às, então, Comunidades Europeias – Comunidade Económica Europeia, Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e Comunidade Europeia da Energia Atómica –, vinculando-se ao Direito Comunitário, hoje, Direito da União Europeia.

Nos termos do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa, “As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.” A Constituição da República Portuguesa remete, assim, para o direito da União Europeia a aplicação do Direito da União Europeia na ordem jurídica portuguesa, salvaguardados dois limites. Primeiro limite, o direito da União Europeia é adotado, no âmbito das competências da União Europeia, competências que lhes são delegadas pelos Estados-membros – uma vez que a União Europeia não tem a *competenz-competenz*. A União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes (artigo 5.º do Tratado da União Europeia). Segundo limite, a salvaguarda dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

Para o Direito da União Europeia, a aplicação do direito da União Europeia na ordem jurídica dos Estados-membros assenta em 4 princípios fundamentais: o princípio da interpretação conforme, o princípio do efeito direto, o princípio do primado e o princípio da tutela jurisdicional efetiva.

¹ O presente texto corresponde com algumas alterações, à intervenção proferida nas III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, subordinadas ao tema “O Direitos das Contra-ordenações nos tempos actuais”, no âmbito do 10.º aniversário do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que decorreram no belíssimo Convento de S. Francisco, em Santarém, no dia 13 de maio de 2022.

² Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Investigadora principal do CIDP – Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

³ O Tratado de adesão de Portugal às Comunidades Europeias, assinado em 12/06/1985, foi aprovado em Portugal através da Resolução da Assembleia da República n.º 22/85, publicada no *Diário da República* I, n.º 215, 1.º suplemento, de 18/09/1985.

O princípio da interpretação conforme⁴ impõe aos juízes nacionais a obrigação de interpretar o direito interno dos Estados-membros, na medida do possível, em conformidade com o direito da União. Resultante de construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia, este princípio abrange todo o direito da União Europeia, a partir da data da sua entrada em vigor e é aplicável a todos os litígios (litígios que oponham: pessoas singulares ou coletivas ao Estado; pessoas singulares ou coletivas a outras pessoas singulares ou coletivas; incluindo, o Estado contra pessoas singulares ou coletivas). A obrigação de interpretação do direito interno dos Estados em conformidade com o direito da União Europeia conhece, contudo, limites.

Por um lado, não pode servir de fundamento a uma interpretação *contra legem* do direito nacional. Este limite carece, contudo, de precisão, o princípio exige que os tribunais nacionais “façam tudo o que for da sua competência, tomando em consideração todo o direito interno e mediante a aplicação dos métodos de interpretação por este reconhecidos, para garantir a plena eficácia”⁵ do direito da União Europeia. Não é suficiente interpretar a disposição interna aplicável em concreto. A obrigação de interpretação conforme respeita a todas as disposições de direito interno, tanto anteriores como posteriores à disposição em causa, incluindo normas supletivas e normas constitucionais.

Por outro lado, a obrigação de interpretação conforme não pode contrariar princípios gerais do direito, nomeadamente os da segurança jurídica e da não retroatividade. O princípio da interpretação conforme não pode, assim, com base em diretiva ou decisão-quadro e independentemente de legislação adotada para a sua transposição, desencadear ou agravar a responsabilidade penal (v., no caso de diretivas, o acórdão *Berlusconi* e no caso de decisões-quadro, o acórdão *Pupino*).

No caso das diretivas e das decisões-quadro, o conteúdo da obrigação decorrente da aplicação do princípio da interpretação conforme é distinto, consoante o respetivo prazo de transposição se tenha ou não esgotado. A partir da data de entrada em vigor da diretiva ou da decisão-quadro, os Estados-membros destinatários devem abster-se de adotar disposições suscetíveis de comprometer seriamente o resultado por ela prescrito, logo, também os tribunais dos Estados-membros devem abster-se, na medida do possível, de interpretar o direito interno de modo suscetível de comprometer seriamente, depois do termo do prazo de transposição, o objetivo prosseguido por essa diretiva. Findo o prazo de transposição da diretiva ou da decisão-quadro, os tribunais nacionais devem tomar em consideração o conjunto do direito interno e aplicando métodos de interpretação reconhecidos por este, interpretar as disposições nacionais em causa no processo principal, tanto quanto possível, à luz da letra e da finalidade da diretiva ou da decisão-quadro.

O princípio do primado não tem consagração expressa nos Tratados institutivos da União Europeia, resulta de uma construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça que remonta ao

⁴ Cfr., designadamente, acórdãos do Tribunal de Justiça, de 10/04/1984, *von Colson e Kamann*, processo 14/83; de 13/11/1990, *Marleasing*, processo C-106/89, EU:C:1990:395; de 5/10/2004, *Pfeiffer e o.*, processos apensos C-397/01 a 403/01, EU:C:2004:584; de 16/06/2005, *Pupino*, processo C-105/03; de 4/07/2006, *Adeneler*, processo C-212/04.

⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 /07/2006, *Adeneler*, processo C-212/04, §111.

acórdão *Costa contra ENEL*, de 1964⁶ – proferido mais de vinte anos antes da adesão de Portugal às Comunidades Europeias. Princípio que não tem sido isento de controvérsia, a tentativa de consagração formal no artigo I-6.º do Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa fracassou, na sequência dos referendos negativos na França e nos Países Baixos.

A Declaração 17 sobre o primado do direito comunitário, anexa ao Tratado de Lisboa – o último tratado revisivo dos tratados institutivos da União Europeia, adotado na sequência do malogrado Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa –, estabelece que, “A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adotado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência.”. O parecer do serviço jurídico anexo à ata final do Tratado de Lisboa caracteriza o princípio do primado como um princípio fundamental do direito da União Europeia e defende que o facto de o princípio do primado não ser inscrito no Tratado em nada prejudica a sua existência do princípio ou a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

A Declaração 17 não tem efeitos jurídicos vinculativos, mas tendo sido adotada na Conferência e anexa ao Tratado de Lisboa tem, pelo menos, efeitos políticos.

Na perspetiva da União Europeia e, de acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, todo o direito da União Europeia prevalece sobre todo o direito dos Estados-membros. As disposições de direito da União Europeia diretamente aplicáveis ou que produzam efeito direto tornam inaplicáveis qualquer disposição de direito interno incompatível/conflituante, uma vez que a sanção se situa no plano da inaplicabilidade e não da validade.

O princípio do primado impõe ao juiz nacional o dever (em princípio) de desaplicar qualquer disposição de direito interno que conflitue com disposições de direito da União Europeia diretamente aplicáveis ou que produzam efeito direto⁷, nas situações em que a incompatibilidade não possa ser resolvida através da interpretação conforme.

A obrigação de desaplicar disposições de direito interno que conflituem com o direito da União Europeia impõe-se aos tribunais nacionais, mas, igualmente, a todos os órgãos do Estado, incluindo as autoridades administrativas, encarregados de aplicar, no âmbito das respetivas competências, o direito da União⁸.

Na perspetiva dos Estados-membros da União Europeia, o princípio do primado não tem sido unanimemente acolhido. As decisões do Tribunal Constitucional alemão, a mais recente de

⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15/07/1964, *Costa contra E.N.E.L.*, processo 6-64

⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 24/06/2019, *Popławski*, processo C-573/17, § 61-62.

⁸ Acórdãos de 22/06/1988, *Constanzo*, processo 103/88; de 12/12/2018, *The Minister for Justice and Equality*, processo C-378/17.

2020⁹ e, em particular, a decisão do Tribunal Constitucional polaco de 2021¹⁰ revelam, respetivamente, vigilância e clara oposição ao princípio do primado. Não pretendemos analisar a aplicação do direito da União Europeia na ordem jurídica dos demais Estados-membros e a reação das instituições europeias¹¹, por não terem cabimento nas presentes noções introdutórias, iremos concentrar-nos na perspetiva portuguesa.

O Tribunal Constitucional Português assume uma perspetiva pró-europeísta, mais amiga do direito da União Europeia. O Tribunal Constitucional conclui, no seu acórdão n.º 422/2020¹², que “só pode apreciar e recusar aplicação a uma norma de DUE, caso a mesma seja incompatível com um princípio fundamental do Estado de direito democrático que, no âmbito próprio do DUE – incluindo, portanto, a jurisprudência do TJUE –, não goze de valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição, já que um tal princípio se impõe necessariamente à própria convenção do “[...] exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia”. Ao invés, sempre que esteja em causa a apreciação de uma norma de DUE à luz de um princípio (fundamental) do Estado de direito democrático que, no âmbito do DUE, goze de um valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição portuguesa, funcionalmente assegurado pelo TJUE (segundo os meios contenciosos previstos no DUE), o Tribunal Constitucional abstém-se de apreciar a compatibilidade daquela norma com a Constituição.”

O Tribunal Constitucional reconhece que o primado do direito da União Europeia implica a exclusividade do controlo da validade do direito da União Europeia pelo Tribunal de Justiça da União Europeia¹³, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, desde o acórdão *Foto-Frost*¹⁴. Restringindo a sua competência à apreciação de uma norma de DUE à luz de um princípio (fundamental) do Estado de direito democrático que, no âmbito do

⁹ Cfr. Tribunal Constitucional da Alemanha, Comunicado de imprensa n.º 32/2020, de 5/05/2020 [em linha]. Consult. 31.08.2022. Disponível em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-032.html>

¹⁰ Cfr. Tribunal Constitucional Polaco, “Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union” [em linha]. Consult. 31.08.2022. Disponível em <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>

¹¹ A Comissão Europeia iniciou processo por incumprimento contra a Polónia, na sequência do acórdão do Tribunal Constitucional de 2021.

¹² Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 422/2020, de 15/07/2020, em particular, os pontos 2.6.2.2.; 2.7. e 2.8. [em linha]. Consult. 31.08.2022. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200422.html>

¹³ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 422/2020, ponto 2.6.2.2., B.

¹⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 22/10/1987, *Foto-frost*, processo 314/85, § 14-15: “14 Esses órgãos jurisdicionais podem apreciar a validade de um ato comunitário e, se não considerarem procedentes os fundamentos de invalidade invocados pelas partes, podem rejeitar esses fundamentos concluindo que o ato é plenamente válido. Com efeito, ao agirem deste modo, não põem em causa a existência do ato comunitário. 15 Em contrapartida, não têm poder para declarar inválidos os atos das instituições comunitárias [...] as competências reconhecidas ao Tribunal pelo artigo [267.º] visam essencialmente garantir uma aplicação uniforme do direito comunitário pelos órgãos jurisdicionais nacionais. Esta exigência de uniformidade é especialmente imperiosa quando está em causa a validade de um ato comunitário. Divergências entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros quanto à validade dos atos comunitários seriam suscetíveis de comprometer a própria unidade da ordem jurídica comunitária e de prejudicar a exigência fundamental da segurança jurídica”.

DUE, não goze de um valor paramétrico materialmente equivalente ao reconhecido na Constituição portuguesa – o Tribunal Constitucional parece tornar meramente académica a possibilidade de apreciar normas de Direito da União Europeia. Com efeito, não vislumbramos um exemplo que o justifique.

Em resultado, Tribunal Constitucional e tribunais nacionais não podem julgar a conformidade do direito da União Europeia com a Constituição ou outro ato de direito interno. Quando tenham dúvidas sobre a compatibilidade de uma disposição de direito da União Europeia, designadamente, com um direito fundamental garantido pela ordem jurídica da União Europeia – previsto nos Tratados institutivos, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (n.º 1 do artigo 6.º TUE) ou salvaguardado enquanto princípio geral de direito (n.º 3 do artigo 6.º TUE) – devem proceder ao reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça, ao abrigo do artigo 267.º do TFUE¹⁵.

Nesta matéria, impõem-se três esclarecimentos.

Primeiro, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) vincula os Estados-membros da União Europeia, apenas quando estes apliquem o direito da União¹⁶ (n.º 1 do artigo 51.º CDFUE). Para determinar se uma medida interna se insere no âmbito de «aplicação do direito da União», deve verificar-se, designadamente, se a legislação interna em causa tem por objetivo aplicar uma disposição do direito da União, a natureza da referida legislação e se a mesma prossegue outros objetivos que não sejam os abrangidos pelo direito da União, ainda que seja suscetível de o afetar indiretamente, bem como se existe legislação da União Europeia específica na matéria ou suscetível de afetar o direito da União Europeia. Quando os Estados-membros não apliquem direito da União Europeia, os direitos fundamentais devem ser salvaguardados no quadro do direito interno e internacional clássico.

Segundo, a relação entre a CDFUE e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) é esclarecida pelo disposto no n.º 3 do artigo 52.º CDFUE, “Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla”. Consequentemente, na interpretação e aplicação de direitos garantidos pela CDFUE, mas igualmente pela CEDH – como sucede, designadamente, com o direito ao respeito pela vida privada e familiar (artigo 7.º CDFUE), a presunção de inocência e direitos de defesa (artigo 48.º CDFUE), princípios da legalidade e proporcionalidade das penas (artigo 49.º CDFUE) ou o direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito (artigo 50.º CDFUE), para mencionar alguns dos mais relevantes no quadro das presentes jornadas – para além do direito da União Europeia, deve atender-se ao disposto na CEDH e respetivos Protocolos, tal como interpretados pela jurisprudência do

¹⁵ Cfr. *infra* 3.

¹⁶ Cfr. sobre o âmbito de aplicação da CDFUE, Tribunal de Justiça da União Europeia, Ficha temática: *âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* [em linha]. Consult. 31.08.2022. Disponível em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_1043150/pt/; e ainda, o recente acórdão do Tribunal de Justiça de 5/05/2022, *BPC Lux*, processo C-83/20, § 26-27.

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos¹⁷, que constituem o padrão mínimo de proteção a garantir no âmbito da União Europeia.

Terceiro, de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 6.º TUE, os direitos fundamentais, tal como os garante a CEDH e como resultam das tradições constitucionais comum aos Estados-membros, fazem parte, enquanto princípios gerais de direito, do direito da União Europeia. Esta disposição consubstancia uma cláusula aberta de proteção de direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional inclui, ainda, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia no âmbito do direito da União Europeia, reconhecendo a especificidade da sua jurisprudência. De acordo com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, os acórdãos proferidos no âmbito do processo de questões prejudiciais de interpretação ou de apreciação da validade (artigo 267.º TFUE) têm efeitos *ex tunc*¹⁸.

O princípio do efeito direto, que não tem igualmente consagração expressa nos Tratados institutivos¹⁹, permite que os direitos e as obrigações constantes de disposições de direito da União Europeia claras, precisas e incondicionais possam, em princípio, ser invocados perante os tribunais nacionais. De facto, nem todas as disposições de direito da União Europeia são suscetíveis de produzir efeito direto. Compete ao aplicador do direito interpretar a disposição em causa para aferir se preenche os requisitos de clareza, precisão e incondicionalidade, que possibilitam a invocação de um direito, consagrado direta ou indiretamente, não, apenas, junto dos tribunais nacionais, mas, igualmente, perante o Estado (de acordo com o conceito amplo de Estado adotado em direito da União Europeia).

A jurisprudência constante do Tribunal de Justiça distingue entre efeito direto horizontal, correspondente, à suscetibilidade de invocação do direito por uma pessoa singular ou coletiva contra outra pessoa singular ou coletiva; e efeito direto vertical, a suscetibilidade de invocação do direito por uma pessoa singular ou coletiva contra o Estado. O conceito de Estado é, neste âmbito, um conceito amplo de Estado, abrangendo, Estado-Membro, órgãos da sua Administração, entidades descentralizadas, organismos e entidades sujeitos à autoridade ou ao controlo do Estado, organismos e entidades às quais um Estado-Membro tenha confiado o cumprimento de uma missão de interesse público e que, para esse efeito, disponham de poderes exorbitantes face aos que resultam das normas aplicáveis nas relações entre particulares²⁰ – qualquer que seja a qualidade em que este age, empregador ou autoridade pública.

¹⁷ Cfr. anotação ao n.º 3 do artigo 52.º CDFUE, que nos termos do n.º 1 do artigo 6.º TUE, deve ser tida em devida conta na interpretação dos direitos, as liberdades e os princípios consagrados na CDFUE, cfr. Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, publicadas no JO C 303, de 14/12/2007, pp. 17-35.

¹⁸ A limitação dos efeitos temporais dos acórdãos do TJ reveste carácter excecional, sendo da competência exclusiva do Tribunal de Justiça, cfr. designadamente, acórdãos do Tribunal de Justiça de 9/09/2004, *Carbonati Apuani*, processo C-72/03; de 22/12/2008, *Société Régie Networks*, processo C-333/07.

¹⁹ Acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 /02/1963, *Van Gend & Loos*, Processo 26-62; de 6 /10/1970, *Franz Grad*, processo 9/70; de 4 /12/1974, *van Duyn*, processo 41-74; de 24/01/2012, *Dominguez*, processo C-282/10; de 7/08/2018, *Smith*, processo C-122/17

²⁰ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 24/01/2012, *Dominguez*, processo C-282/10.

A natureza e as especificidades das diferentes fontes de direito da União Europeia determinam a sua distinção quanto à suscetibilidade de produção de efeito direto vertical e/ou horizontal.

As disposições de direito originário²¹ – tratados institutivos (Tratado da União Europeia, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e Tratado da Comunidade Europeia da Energia Atómica), tratados revisivos (Ato Único Europeu, Tratado de Maastricht, Tratado de Amesterdão, Tratado de Nice, Tratado de Lisboa), atos de adesão, atos que alteram os Tratados institutivos (processo de revisão ordinário, processo de revisão simplificada), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²² – são suscetíveis de produzir efeito direto vertical e horizontal.

As disposições de acordos internacionais²³, celebradas pela União Europeia com Estados terceiros ou organizações internacionais (artigo 216.º TFUE), quando a questão do efeito do acordo na ordem jurídica das partes contratantes não tenha sido regulada no próprio acordo, são suscetíveis de produzir efeito direto.

As disposições de regulamentos²⁴ (artigo 288.º§2 TFUE) são diretamente aplicáveis, vinculam Estados e particulares e produzem, conseqüentemente, efeito direto imediato na ordem jurídica dos Estados-membros. Contudo, se alguma disposição de um regulamento carecer da adoção de medidas nacionais de aplicação por parte dos Estados-Membros, a disposição pode ser inaplicável, por não ser suscetível de produzir efeito direto.

As disposições de diretivas²⁵ são suscetíveis de produzir somente efeito direto vertical. As diretivas “vinculam o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios” (artigo 288.º§3 TFUE). As diretivas carecem de transposição para a ordem jurídica interna – na ordem jurídica portuguesa, a forma da transposição encontra-se constitucionalmente limitada, o n.º 8 do artigo 112.º da CRP impõe a sua transposição por Lei, Decreto-Lei ou Decreto Legislativo Regional. O Estado-membro está vinculado a alcançar o resultado previsto pela Diretiva a partir da respetiva data da entrada em vigor²⁶, no entanto, a transposição pode ocorrer até ao termo do prazo de transposição²⁷. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça (referida *supra* relativamente ao princípio da interpretação conforme), durante o período de transposição de uma diretiva, os Estados-Membros devem abster-se de adotar disposições suscetíveis de comprometer seriamente a realização do resultado prescrito por essa diretiva. Os Estados

²¹ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 24/11/2016, *Secil*, processo C-464/14, § 24 e 25.

²² Cfr. N.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia, bem como os acórdãos do Tribunal de Justiça de 20/03/2018, *Garlsson Real Estate*, C-537/16, § 64 e ss; de 2/03/2021, *AB*, processo C-824/18, § 143-146; de 5/05/2022, *BPC Lux*, processo C-83/20.

²³ Cfr. acórdãos do Tribunal de Justiça de 12/04/2005, *Simutenkov*, processo C-265/03, § 20-24; de 8/03/2011, *Lesoochranárske zoskupenie*, processo C-240/09, § 44; de 24/11/2016, *Secil*, processo C-464/14, § 94-96 e 99-100.

²⁴ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 15/03/2017, *Al Chodor*, processo C-528/15, § 27-28.

²⁵ Cfr. acórdãos do Tribunal de Justiça de 24/01/2012, *Dominguez*, processo C-282/10; de 12/12/2013, *Portgás*, processo C-425/12; de 7/08/2018, *Smith*, processo C-122/17; de 5/05/2022, *BPC Lux*, processo C-83/20.

²⁶ As diretivas entram em vigor na data por elas fixada ou supletivamente nos termos do disposto no artigo 297.º TFUE.

²⁷ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 5/05/2022, *BPC Lux*, processo C-83/20.

dispõem, no entanto, da faculdade de adotar disposições transitórias ou de dar execução a uma diretiva por etapas e o Tribunal de Justiça considerou que esta faculdade não compromete obrigatoriamente o resultado previsto por uma diretiva.

Incumbindo aos Estados a obrigação de transposição, os particulares têm o direito de invocar, nos tribunais nacionais contra o Estado (conceito amplo de Estado), as disposições claras, precisas e incondicionais de uma diretiva, que o Estado não transpôs dentro do prazo ou transpôs incorretamente²⁸. O efeito direto vertical da diretiva é, assim, uma sanção para o Estado incumpridor, uma vez que se este transpusesse a diretiva correta e atempadamente, o particular invocaria simplesmente o regime constante do ato de transposição da diretiva.

O Tribunal de Justiça tem reiteradamente recusado reconhecer o efeito direto horizontal das diretivas, considerando que uma diretiva “não pode, por si só, criar obrigações para um particular e não pode, por conseguinte, ser invocada, enquanto tal, contra ele [...]. Desta forma, mesmo uma disposição clara, precisa e incondicional de uma diretiva, que tenha por objeto conferir direitos ou impor obrigações aos particulares, não pode ter aplicação, enquanto tal, no âmbito de um litígio exclusivamente entre particulares”²⁹.

Princípio que não invalida que, excecionalmente, possa ser admitido o efeito direto incidental das diretivas, ou seja, um particular não pode ficar impedido de invocar contra o Estado um direito constante de uma diretiva, pelo facto de essa invocação poder vir a causar repercussões negativas sobre os direitos de terceiros (particulares)³⁰.

Recentemente, o Tribunal de Justiça tem seguido uma abordagem que assegura a eficácia das diretivas através de princípios gerais de direito da União Europeia e/ou da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)³¹, mesmo em litígios que opõem particulares. Os princípios gerais de direito (n.º 3 do artigo 6.º TUE) e as disposições da CDFUE (n.º 1 do artigo 6.º TUE) são suscetíveis de produzir efeito direto vertical e horizontal. Os princípios gerais de direito e as disposições da CDFUE que contenham princípios são aplicadas através de atos legislativos e executivos adotados pelas instituições, órgãos e organismos da União e por atos dos Estados-membros, quando estes apliquem o direito da União, no exercício das respetivas competências – devendo ser invocados perante o juiz tendo em vista a interpretação desses atos e a fiscalização da sua legalidade. É este enquadramento que tem permitido ao Tribunal de Justiça concluir que cabe aos tribunais nacionais garantir a observância dos referidos princípios, como concretizados por diretivas – não transpostas atempadamente ou incorretamente transpostas – desaplicando, quando necessário, as disposições incompatíveis do direito interno, mesmo em litígios que opõem particulares³².

²⁸ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 24/01/2012, *Dominguez*, processo C-282/10, § 33.

²⁹ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 7/08/2018, *Smith*, processo C-122/17, § 42-43; e ainda, no mesmo sentido, o acórdão de 18/01/2022, *Thelen Technopark Berlin*, processo C-261/20.

³⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7/01/2004, *Wells*, processo C-201/02, § 56-57.

³¹ Cfr. acórdãos do Tribunal de Justiça de 22/11/2005, *Mangold*, processo C-144/04; de 19/01/2010, *Kücükdeveci*, processo C-555/07; de 19/04/2016, *DI*, processo C-441/14; de 9/03/2017, *Milkova*, processo C-406/15 de 6/11/2018, *Max-Planck*, processo C-684/16; de 22/01/2019, *Cresco Investigation*, processo C-193/17; de 8/05/2019, *Leitner*, processo C-396/17 e *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, processo C-24/17.

³² Cfr. designadamente, decisão do acórdão de 6/11/2018, *Max-Planck*, processo C-684/16.

Quando não seja possível interpretar o direito interno em conformidade com a disposição da diretiva (o princípio da interpretação conforme é invocável em todos os litígios) e a diretiva não seja suscetível de produzir efeito direto (diretamente ou através de princípios gerais de direito da União Europeia e/ou de disposições da CDFUE), a disposição da diretiva não pode ser aplicada e a única solução é a responsabilidade civil extracontratual do Estado por incumprimento do direito da União Europeia³³.

O efeito das disposições de decisões (artigo 288.º§4 TFUE) é distinto, consoante os respetivos destinatários. Com efeito, a revisão dos Tratados institutivos introduzida pelo Tratado de Lisboa ao excluir a obrigatoriedade de indicação de destinatários, passou a distinguir entre as decisões que não designam destinatários e que vinculam todos, e as decisões que designam destinatários e que, apenas, são obrigatórias para estes. Atualmente, existem, assim, três modalidades de decisões – as decisões sem destinatário, as decisões dirigidas a Estados e as decisões dirigidas a particulares. As decisões sem destinatário, porque vinculam Estados e particulares são suscetíveis de produzir efeitos idênticos aos dos regulamentos. As decisões dirigidas a Estados³⁴, uma vez que vinculam somente os Estados destinatários, apenas, são suscetíveis de produzir efeito direto vertical, *mutatis mutandis* idêntico ao das diretivas. As decisões dirigidas a particulares³⁵, somente vinculam os particulares destinatários, devendo, no entanto, os Estados assegurar o seu cumprimento.

Os atos não vinculativos da União Europeia, as recomendações e os pareceres (artigo 288.º§5 TFUE), mas igualmente o designado *soft law* (orientações, guias, manuais,...), não sendo vinculativos, não são suscetíveis de produzir efeito direto, não conferem, por si só, direitos de que os particulares se possam prevalecer. O Tribunal de Justiça tem admitido, porém, que, na resolução de litígios que lhes sejam submetidos, os órgãos jurisdicionais nacionais “devem tomar as recomendações em consideração, designadamente quando estas são suscetíveis de os auxiliar na interpretação” de outras disposições nacionais ou da União Europeia³⁶.

As decisões-quadro, atos jurídicos adotados no âmbito do antigo III pilar, em matéria de cooperação policial e judiciária em matéria penal, ao abrigo do anterior artigo 34.º, TUE, na redação vigente antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, não produzem efeito direto. Categoria de atos extinta a partir da entrada em vigor das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, os efeitos destes atos são preservados, enquanto esses atos não forem revogados, anulados ou alterados em aplicação dos Tratados (artigo 9.º do Protocolo n.º 36 relativo às disposições transitórias). As decisões-quadro não produzem efeito direto, mas (conforme referido *supra*) o direito interno deve ser interpretado, na medida do possível, em conformidade com os objetivos prescritos por estas.

³³ Cfr. acórdãos do Tribunal de Justiça de 28/05/1991, *Francovich*, processos apensos C-6/90 e C-9/90; de 5/03/1996, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, processos apensos C-46/93 e C-48/93; de 13/06/2006, *Traghetti*, processo C-173/03; de 30/09/2003, *Köbler*, processo C-224/01; de 9/09/2015, *Silva e Brito*, processo C-160/14; de 4/10/2018, *Kantarev*, processo C-571/16.

³⁴ Cfr. acórdãos do Tribunal de Justiça de 7/06/2007, *Carp*, processo C-80/06, § 21; de 18/05/2021, *Asociația "Forumul Judecătorilor Din România"*, processos apensos C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, § 249.

³⁵ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14/04/2011, *Mensch und Natur*, processo C-327/09.

³⁶ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 13/12/1989, *Grimaldi*, processo C-322/88, dispositivo.

O princípio da tutela jurisdicional efetiva, encontra fundamento no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como no n.º 1 do artigo 19.º do TUE. A União Europeia fundada nos valores estabelecidos no artigo 2.º do TUE, entre os quais se inclui o Estado de direito, comuns aos Estados-membros, numa sociedade caracterizada pela justiça, garante a toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados o direito a uma ação perante um tribunal. Este direito é assegurado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, mas igualmente pelos órgãos jurisdicionais nacionais dos 27 Estados-membros da União Europeia.

Os Estados-membros desempenham, aliás, um papel essencial na garantia da tutela jurisdicional efetiva, atendendo a que o segundo parágrafo, do n.º 1, do artigo 19.º TUE impõe aos Estados-membros o dever de estabelecer as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União³⁷.

De acordo com o princípio da autonomia processual dos Estados-membros, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a proteção dos direitos que decorrem do direito da União Europeia. A jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia estabelece, contudo, dois limites a este princípio, o princípio da equivalência e o princípio da efetividade. Segundo o princípio da equivalência, as modalidades processuais não podem ser menos favoráveis do que as relativas a ações análogas de natureza interna³⁸. O princípio da efetividade exige que as vias processuais não tornem impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União Europeia³⁹.

Os órgãos jurisdicionais dos 27 Estados-membros garantem a aplicação efetiva do direito da União Europeia. O papel dos tribunais nacionais, enquanto tribunais comuns de Direito da União Europeia, é complexo, compete-lhes: aplicar o direito da União Europeia que beneficie de aplicabilidade direta; conceder efeito direto às disposições de direito da União Europeia suscetíveis de produzir esse efeito; interpretar o direito interno em conformidade com o direito da União Europeia, na medida do possível; desaplicar o direito interno incompatível com o direito da União Europeia; salvaguardar os direitos garantidos pelo direito da União Europeia; decretar as providências cautelares necessárias à salvaguarda dos direitos garantidos pelo direito da União Europeia; proceder ao reenvio prejudicial, quando o considerem necessário ou seja obrigatório; responsabilizar o Estado Português pelo incumprimento do direito da União Europeia e cooperar com os tribunais nacionais dos outros Estados-membros da União Europeia no âmbito do reconhecimento mútuo.

Missão que assume particular relevância no direito da concorrência e, em especial, no domínio das contraordenações.

³⁷ Cfr. acórdãos do Tribunal de Justiça, de 3/10/2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, processo C-583/11; de 27/02/2018, *Associação sindical de Juizes Portugueses*, processo C-64/16.

³⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16/12/1976, *Rewe*, processo 33/76, § 5.

³⁹ Cfr. Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 16/12/1976, *Rewe*, processo 33/76, § 5; de 14/12/1995, *Peterbroeck*, processo C-312/92, § 12.

2. A influência do Direito da União Europeia no direito das contraordenações no domínio da concorrência

O principal objetivo das regras de concorrência da União Europeia é assegurar o bom funcionamento do mercado interno.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (direito originário da União Europeia) consagra regras destinadas a evitar restrições e distorções de concorrência no mercado interno. Os instrumentos da política de concorrência incluem regras em matéria *antitrust*, controlo de concentrações, auxílios estatais e serviços públicos – artigos 101.º a 109.º TFUE, Protocolo n.º 27 relativo ao mercado interno e à concorrência, para além dos artigos 37.º, 106.º e 345.º TFUE para as empresas públicas, bem como dos artigos 14.º, 59.º, 93.º, 106.º, 107.º, 108.º e 114.º TFUE para os serviços públicos, os serviços de interesse geral e os serviços de interesse económico geral, o Protocolo n.º 26 sobre os serviços de interesse geral e o artigo 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁴⁰ – disposições aplicáveis na ordem jurídica portuguesa, nos termos referidos *supra* em I.

O direito da concorrência da União Europeia tem 3 objetivos essenciais. Primeiro, definir as regras substantivas. Segundo, assegurar o cumprimento das regras substantivas, dissuadindo potenciais violações. Terceiro, sendo impossível impedir todas as violações, estabelecer mecanismos que sancionem os incumpridores e compensem os lesados⁴¹.

O direito da União Europeia em matéria *antitrust* visa restabelecer as condições de concorrência, proibindo os acordos entre empresas, as associações de empresas e as práticas concertadas que provoquem distorções de concorrência, bem como o abuso de posição dominante. A vertente preventiva dos instrumentos da política de concorrência abrange as regras em matéria de controlo das concentrações e auxílios estatais⁴².

A Comissão Europeia é o principal organismo responsável pelo controlo da aplicação do direito da concorrência, dispondo de amplos poderes em matéria de investigação (pedidos de informação e inspeções) e podendo aplicar coimas às empresas e associações de empresas incumpridoras das regras de concorrência. As competências da Comissão resultam, nesta matéria, do disposto no Regulamento (CE) 1/2003⁴³ – disposições aplicáveis na ordem jurídica portuguesa, nos termos referidos *supra* em I.

⁴⁰ Cfr. Robert Schütze, *European Union Law*, 3.ª ed., Cambridge, 2021; Richard Whish /David Bailey, *Competition Law*, 10.ª ed., Oxford University Press, 2021.

⁴¹ Na definição de Luca Calzolari, “The optimal level of antitrust sanctions: a quest for the soul of competition policy”, in Stefano Montaldo, Francesco Costamagna, Alberto Miglio (ed.), *EU Law Enforcement - The Evolution of Sanctioning Powers*, Routledge, 2021, p. 241.

⁴² Cfr. Fichas temáticas sobre a União Europeia – *A política de concorrência* [em linha]. Consult. 31.08.2022. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/82/a-politica-de-concorrenca>

⁴³ Regulamento 1/2003, de 16/12/2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado [atualmente artigos 101.º e 102.º TFUE], publicado no JO L 1, de 4/01/2003, p. 1-25) – cfr., em particular os seus artigos 18.º (pedidos de informações), 20.º (inspeções) e 23.º (coimas);

As coimas aplicadas às empresas pela Comissão Europeia constituem importante instrumento de dissuasão do incumprimento das regras *antitrust*, atingindo valores muito elevados e originando complexo contencioso, são provavelmente a principal razão que torna o direito da concorrência conhecido do público em geral. As coimas milionárias aplicadas a empresas tecnológicas⁴⁴ têm, contudo, suscitado intenso debate sobre a relativa eficácia das contraordenações aplicadas em matéria de práticas restritivas da concorrência e conduzido a apelos ao recurso a soluções comportamentais alternativas⁴⁵.

O Regulamento (CE) 1/2003, em vigor desde 1 de maio de 2004, introduziu profundas reformas no controlo do cumprimento das regras de concorrência, adotando um modelo descentralizado de controlo de aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE. As autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria de concorrência (Autoridades Nacionais da Concorrência – ANC) passaram a assegurar em paralelo com a Comissão Europeia a aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE. Em conjunto, ANC e Comissão Europeia formam uma rede de autoridades públicas responsáveis pela aplicação das regras de concorrência da União em estreita cooperação (a «Rede Europeia da Concorrência»).

O papel de controlo da aplicação das práticas restritivas de concorrência conferido às ANC pelo Regulamento (CE) 1/2003, foi significativamente reforçado pela Diretiva (UE) 2019/1⁴⁶, com partilha dos poderes sancionatórios entre a Comissão Europeia e as ANC.

Com efeito, até à Diretiva (UE) 2019/1, na ausência de legislação da União Europeia, de acordo com o princípio da autonomia institucional e processual dos Estados-membros, estes regulavam os meios e a competência de aplicação e de execução das coimas aplicáveis pela violação dos artigos 101.º e 102.º TFUE. Em resultado, as mesmas regras substantivas eram aplicadas no contexto de diferentes legislações nacionais, de diferentes quadros de execução e aplicação de coimas, conduzindo a uma aplicação desigual dos artigos 101.º e 102.º TFUE. Os resultados processuais das empresas envolvidas em práticas anticoncorrenciais eram muito diferentes consoante o Estado-membro em que exercessem atividade.

A Diretiva (UE) 2019/1, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, em vigor desde 3/02/2019, tinha como data limite de transposição o dia 4/02/2021, tendo sido transposta para a ordem jurídica portuguesa pela Lei 17/2022, de 17 de agosto⁴⁷, em incumprimento do prazo de transposição e em data posterior às III Jornadas do Tribunal da Concorrência (cfr. sobre a aplicação das disposições de diretivas o referido *supra* em I).

⁴⁴ Cfr. Multa de 2,42 mil milhões de euros aplicada à Google, confirmada por acórdão do Tribunal Geral de 10/11/2021, processo T-612/17, que negou provimento ao recurso da Google (objeto de recurso para o Tribunal de Justiça, no âmbito do processo C-48/22).

⁴⁵ Cfr. Resolução do Parlamento Europeu, de 18/06/2020, sobre a política da concorrência – relatório anual de 2019 (2019/2131(INI)), em particular § 37, publicada no JO C 362 de 8.9.2021, pp. 22-36.

⁴⁶ Diretiva (UE) 2019/1, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11/12/2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, publicada no JO L 11, 14/01/2019, p. 3-33. A data de entrada em vigor encontra-se estabelecida no seu artigo 36.º e o prazo de transposição no artigo 34.º.

⁴⁷ Publicado no DR I Série, n.º 158, de 17/08/2022, pp. 2-116.

No essencial, a Diretiva (UE) 2019/1 modela as competências que os Estados-membros devem atribuir às ANC e que se baseiam nas competências conferidas à Comissão pelo Regulamento (CE) 1/2003. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que tem interpretado as disposições do Regulamento 1/2003 será, pois, transponível *mutatis mutandis*.

A Diretiva 2019/1 harmoniza garantias de independência, meios e regras de competência de aplicação e de execução das coimas necessárias à aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE pelas ANC, mas vai mais longe, para garantir que a eficácia da aplicação do direito da concorrência no mercado interno não é comprometida, o seu âmbito de aplicação estende-se à aplicação paralela do direito nacional da concorrência⁴⁸.

A influência do direito da União Europeia no direito das contraordenações é, assim, evidente.

A Diretiva harmoniza competências das ANC nos processos por infração, conferindo-lhes poderes de investigação alargados. Para além de poderem solicitar a prestação de todas as informações necessárias (artigo 8.º), as ANC passam a dispor de poderes de inquirição (artigo 9.º). A Diretiva impõe, igualmente, aos Estados-membros a obrigação de assegurar que as ANC podem realizar todas as inspeções necessárias, sem aviso prévio, nas instalações da empresa e aceder a informação, independentemente do suporte, incluindo digital (artigo 6.º), sem prejuízo da exigência de autorização prévia da autoridade judiciária competente, estabelecida pela legislação de alguns Estados-membros (como sucede em Portugal). As ANC devem, ainda, poder realizar todas as inspeções necessárias, sem aviso prévio, em outras instalações, incluindo o domicílio privado, quando exista uma suspeita razoável de que elementos pertinentes para provar a infração se encontram aí guardados, mas, nestes casos, as inspeções dependem sempre de autorização judicial prévia (artigo 7.º).

A Diretiva densifica a competência decisória já reconhecida às ANC pelo artigo 5.º do Regulamento 1/2003, harmonizando o catálogo de decisões que as ANC podem adotar. À semelhança da competência reconhecida à Comissão pelo Regulamento 1/2003, as ANC podem: a) ordenar a aplicação de medidas cautelares (artigo 11.º⁴⁹); b) adotar uma decisão de aceitação de compromissos, pondo fim ao processo mediante a imposição de condições (artigo 12.º⁵⁰); c) constatar a infração ao direito da concorrência, exigir a cessação da infração e impor quaisquer medidas de conduta ou de caráter estrutural proporcionais e necessárias (artigo 10.º⁵¹). As ANC podem, ainda, encerrar o processo de infração, devendo, nesse caso, informar a Comissão em conformidade (n.º 3 do artigo 10.º).

⁴⁸ Cfr. n.º 2 do artigo 1.º, bem como os considerandos 3-6 da Diretiva 2019/1.

⁴⁹ Artigo 11.º da Diretiva 2019/1 com correspondência no artigo 8.º do Regulamento 1/2003. Para uma análise das origens e evolução das medidas cautelares em direito da concorrência e das suas implicações nos mercados digitais v. Mantzari, “Interim Measures in EU Competition Cases: Origins, Evolution, and Implications”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 11/9, 2020, pp. 487-498.

⁵⁰ Artigo 12.º da Diretiva 2019/1 com correspondência no artigo 9.º do Regulamento 1/2003. Para uma análise das decisões adotadas ao abrigo do artigo 9.º do Regulamento 1/2003 e dos respetivos riscos, v. Wagner-von Papp, “Best and even better practices in commitment procedures after *Alrosa*: the dangers of abandoning the “Struggle for competition”, *Common Market Law Review*, 49, 2012, pp. 929-970.

⁵¹ Artigo 10.º da Diretiva 2019/1 com correspondência no artigo 7.º do Regulamento 1/2003.

O artigo 13.º da Diretiva 2019/1 estabelece que as autoridades administrativas nacionais da concorrência podem aplicar coimas efetivas, proporcionadas e dissuasoras por incumprimento das medidas e decisões previstas nos artigos 6.º a 12.º, diretamente no âmbito de processos de aplicação próprios ou, pelo menos, requerer a sua aplicação no âmbito de processos judiciais de natureza não penal.

Não obstante o n.º 4 do artigo 13.º salvaguardar as disposições de direito nacional que prevejam a aplicação de sanções no âmbito de processos judiciais de natureza penal⁵², o legislador da União tem-se empenhado no enquadramento do direito sancionatório das práticas anticoncorrenciais no direito das contraordenações (considerandos 40-42 da diretiva e n.º 5 do artigo 23.º do Regulamento 1/2003).

O Tribunal de Justiça reconheceu, no acórdão *Nordzucker*⁵³, de 2022, que a qualificação formal como contraordenação não impede o reconhecimento da sua natureza materialmente penal, em conformidade com os critérios *Engel*⁵⁴ da jurisprudência do TEDH⁵⁵: a) a caracterização legal da infração no direito interno; b) a natureza da infração; e c) o tipo e a gravidade da sanção suscetível de ser aplicada. No entanto, remeteu a qualificação, em concreto, para o órgão jurisdicional de reenvio e limitou-se a recordar que, de acordo com jurisprudência constante, o “Tribunal de Justiça já declarou que o princípio *ne bis in idem* deve ser respeitado nos procedimentos que, no domínio do direito da concorrência, visem a aplicação de coimas”⁵⁶.

O dever de respeitar os direitos fundamentais consagrados na CDFUE, bem como os princípios fundamentais que integram o direito na União, no âmbito do direito das contraordenações do direito da concorrência, encontra-se expressamente previsto no n.º 1 do artigo 3.º da diretiva. A remissão indeterminada, que carece de concretização, originará certamente numerosos pedidos de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça, ao abrigo do artigo 267.º TFUE (cfr. sobre as implicações do primado na apreciação da compatibilidade dos atos de direito da União com os direitos fundamentais o referido *supra*).

O n.º 2 do artigo 3.º impõe que o processo de contraordenações do direito da concorrência assegure “garantias adequadas no que respeita aos direitos de defesa das empresas, incluindo o direito a ser ouvido e o direito a uma ação perante um tribunal”, acrescentando o seu n.º 3, a obrigação de condução do processo num prazo razoável. A clarificação da aplicação das garantias dos direitos de defesa das empresas deve ser interpretada tendo em conta o disposto no considerando 14, que codifica a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, nesta matéria.

⁵² Cfr. igualmente nesse sentido o considerando 12.

⁵³ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 22/03/2022, *Nordzucker*, processo C-151/20, § 29-31.

⁵⁴ Cfr. acórdão do TEDH, de 8/06/1976, *Engel e o. contra Países Baixos*, petição n.º 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.

⁵⁵ Cfr. João Manuel da Silva Miguel, “As Garantias Fundamentais do Direito das Contraordenações à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, [em linha] *II Jornadas do Tribunal da Concorrência, regulação e supervisão* (e-book), [consult. 31/08/2022], disponível em <https://cej.justica.gov.pt>

⁵⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 22/03/2022, *Nordzucker*, processo C-151/20, § 32.

As coimas devem ser aplicadas a infrações cometidas intencionalmente ou por negligência, nos termos do n.º 1 do artigo 13.º da diretiva. Pretendendo eliminar as divergências de interpretação dos conceitos de dolo e de negligência, o considerando 42 da diretiva enuncia expressamente que “os conceitos de dolo e negligência deverão ser interpretados de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e não de acordo com os conceitos de dolo e negligência em processos conduzidos por autoridades penais respeitantes a matéria penal, sem prejuízo da legislação nacional segundo a qual a constatação de uma infração se baseia no critério da responsabilidade objetiva, desde que seja compatível com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.”.

Os considerandos das diretivas não são juridicamente vinculativos, mas, o Tribunal de Justiça tem tido em devida conta os considerandos na interpretação de disposições de direito da União Europeia⁵⁷. Atendendo ao objetivo expresso da diretiva de atribuir às ANC “competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno”, ao disposto no considerando 42 da Diretiva e aos efeitos da jurisprudência do Tribunal de Justiça (referidos *supra* em I), as ANC e também os tribunais nacionais devem interpretar os conceitos de dolo e negligência, nesta matéria, em conformidade com o direito da União.

No seu acórdão *Schenker*, o Tribunal de Justiça considerou “Quanto à questão de saber se uma infração foi cometida deliberadamente ou por negligência e se, por isso, é punível com coima nos termos do artigo 23.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento n.º 1/2003, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que este requisito está preenchido quando a empresa em causa não possa ignorar o carácter anticoncorrencial do seu comportamento, quer tenha tido ou não consciência de violar as regras de concorrência do Tratado.”⁵⁸. Jurisprudência recentemente reiterada no acórdão *Lundbeck*, de 2021⁵⁹, ao concluir que “[...] importa apenas saber se a referida empresa estava em condições de determinar que o seu comportamento apresentava carácter anticoncorrencial.”.

A metodologia a adotar pelas ANC na determinação do montante das coimas aplicáveis é clarificada pelos artigos 14.º e 15.º da diretiva (UE) 2019/1. Os critérios a atender na determinação do montante da coima são a gravidade e a duração da infração – em geral, os mesmos critérios já aplicados pela Comissão, ao abrigo do artigo 23.º do Regulamento 1/2003 e codificados nas Orientações da Comissão para o cálculo das coimas⁶⁰. Estes critérios devem, de acordo com o considerando 47 da diretiva, ser interpretados em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia⁶¹. Tratando-se de matéria abordada pelo Professor Paulo de Sousa Mendes nas presentes Jornadas, não abordaremos este ponto.

⁵⁷ Cfr., a título exemplificativo, acórdão de 24/05/2011, *Comissão contra Portugal*, processo C-52/08, § 51 e 54.

⁵⁸ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 18/06/2013, *Schenker*, processo C-681/11, § 37 e jurisprudência referida no referido considerando. demais jurisprudência citada; mais recentemente, o acórdão

⁵⁹ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 25/03/2013, *Lundbeck*, processo C-591/16, § 156-161.

⁶⁰ Orientações da Comissão para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, (2006/C 210/02), publicadas no *JO C 210*, de 1/09/2006, pp. 2-5.

⁶¹ Cfr. para uma análise da metodologia, Luca Calzolari, “The optimal level of antitrust sanctions: a quest for the soul of competition policy”, in Stefano Montaldo, Francesco Costamagna, Alberto Miglio (ed.), *EU Law Enforcement - The Evolution of Sanctioning Powers*, Routledge, 2021, pp. 252-257.

Ao abrigo do artigo 31.º do Regulamento 1/2003, em conformidade com o artigo 261.º TFUE, o Tribunal Geral⁶² conhece com plena jurisdição dos recursos interpostos das decisões da Comissão Europeia que fixam coimas, o que habilita o juiz, para além da fiscalização da legalidade, a substituir a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação e, deste modo, a suprimir, reduzir ou aumentar a coima aplicada⁶³. O Tribunal de Justiça, jurisdição competente em sede de recurso de decisões do Tribunal Geral, tem a sua competência limitada⁶⁴.

Uma palavra final para o regime de assistência mútua, consagrado nos artigos 24.º a 28.º da diretiva, que reforça a cooperação transfronteiriça entre as ANC no âmbito de diligências relativas a práticas restritivas da concorrência, da notificação de objeções preliminares e de outros documentos, bem como na execução de decisões de aplicação de coimas ou sanções pecuniárias compulsórias definitivas, por uma ANC (autoridade requerida) a pedido de outra ANC (autoridade requerente).

3. A especificidade do reenvio prejudicial

A brevíssima referência à harmonização do direito das contraordenações no âmbito do direito da concorrência deixou evidente que muito do regime contraordenacional deve ser interpretado em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: o respeito das garantias asseguradas pelos princípios de direito da União e pela CDFUE, o conceito de empresa, a responsabilização e aplicação de coimas aos sucessores legais ou económicos da empresa, os conceitos de dolo e negligência, os critérios de determinação do montante da coima...para identificar, apenas, as referências expressamente referidas nos considerandos da Diretiva 2019/1.

Parece-nos, por isso, útil identificar algumas questões essenciais relativas ao reenvio prejudicial⁶⁵. O processo de questões prejudiciais (artigo 267.º TFUE) é um instrumento de cooperação entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça, que visa assegurar a correta aplicação e a coerência e a uniformidade da interpretação e aplicação do direito da União Europeia. A iniciativa de apresentar um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça é exclusiva do tribunal nacional.

Os tribunais nacionais podem colocar uma questão prejudicial sobre a interpretação de todo o direito da União ou sobre a validade do direito derivado (atos de instituições, órgãos e organismos da União), quando considerem que a decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa (artigo 267.º§2 TFUE).

⁶² A instituição Tribunal de Justiça da União Europeia (artigos 13.º TUE) inclui o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral (artigo 19.º TUE). O Tribunal Geral é competente para apreciar, em primeira instância, os recursos das decisões da Comissão Europeia que fixam coimas, cabendo recurso da decisão do Tribunal Geral para o Tribunal de Justiça.

⁶³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 8/12/2011, *Chalkor*, processo C-386/10, §63-64.

⁶⁴ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 25/03/2021, *Lundbek*, processo C-591/16, §197-199.

⁶⁵ Cfr. Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais (2019/C 380/01), publicadas no JO C 380, de 8/11/2019, pp. 1-9; para uma análise mais detalhada, Ana Soares Pinto, “O incumprimento da obrigação de reenvio prejudicial”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2020-II, pp. 317-337.

No entanto, quando seja suscitada uma questão no âmbito de processo pendente perante um tribunal nacional cujas decisões não são suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, o tribunal nacional é obrigado a colocar a questão prejudicial (artigo 267.º§3 TFUE). A admissibilidade de recurso é apreciada à luz da teoria do litígio concreto.

A jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça desde o acórdão *Cilfit*⁶⁶ dispensa da obrigação de reenvio prejudicial o tribunal nacional, cujas decisões não são suscetíveis de recurso, quando:

- a) a questão não seja pertinente, isto é, quando a resposta a essa questão, seja ela qual for, não possa ter influência na solução do litígio;
- b) a disposição do direito da União em causa já foi objeto de interpretação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (jurisprudência anterior do TJUE);
- c) a correta interpretação do direito se impõe com tal evidência que não dá lugar a qualquer dúvida razoável (teoria do ato claro).

A invocação da teoria do ato claro pressupõe que o juiz nacional esteja convencido de que a mesma evidência se imporá igualmente aos tribunais nacionais de última instância dos Estados-membros e ao Tribunal de Justiça. A clareza do ato deve ser avaliada em função das características próprias do direito da União, das dificuldades particulares que a sua interpretação apresenta e do risco de divergências jurisprudenciais na União⁶⁷.

A jurisprudência *Cilfit* foi “posta à prova” recentemente, no processo C-561/19. O Tribunal de Justiça não seguiu, contudo, as conclusões do advogado-geral Bobek que defendera a revisão dos critérios da jurisprudência *Cilfit* e manteve a linha de jurisprudência⁶⁸. Destacou 3 especificidades do direito da União: as diferentes versões linguísticas dos atos de direito da União, que fazem igualmente fé; a terminologia própria e os conceitos autónomos de direito da União; a interpretação à luz do conjunto das disposições deste direito, das suas finalidades e do seu estado de evolução à data de aplicação da disposição.

Reiterando a responsabilidade dos tribunais nacionais na apreciação da eventual dispensa da obrigação de reenvio prejudicial, o Tribunal de Justiça concluiu que, o direito a um processo equitativo, exige que a decisão de não suscitar uma questão prejudicial seja fundamentada e revele qual das exceções à obrigação de reenvio foi considerada aplicável⁶⁹.

O Tribunal de Justiça clarificou que o processo de questões prejudiciais não constitui uma via de recurso para as partes num litígio pendente num tribunal nacional. Não sendo suficiente que

⁶⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 6/10/1982, *Cilfit*, processo 283/81; reafirmado pelos acórdãos de 15/09/2005, *Intermodal*, processo C-495/03; de 9/09/2015, *Silva e Brito*, processo C-160/14. Para uma análise da jurisprudência *Cilfit*, cfr Curia, *Research note - Application of the Cilfit case-law by national courts or tribunals against whose decisions there is no judicial remedy under national law* [em linha] [consult. 31/08/2022], disponível em https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-01/ndr-cilfit_synthese_en.pdf

⁶⁷ Acórdão *Cilfit* § 16-17.

⁶⁸ Acórdão de 6/10/2021, *Consorzio Italian Management*, processo C-561/19, § 34 e ss.

⁶⁹ Cfr. acórdão de 6/10/2021, *Consorzio Italian Management*, §51.

uma parte alegue que o litígio coloca uma questão de interpretação do direito da União para que o tribunal nacional seja obrigado a suscitar a questão prejudicial, nos termos do artigo 267.º TFUE⁷⁰.

De acordo com jurisprudência consolidada a partir do acórdão *Foto-frost*⁷¹, a competência para declarar a invalidade de atos de direito da União é exclusiva do Tribunal de Justiça da União Europeia, conseqüentemente, quando os tribunais nacionais tenham dúvidas sobre a validade de um ato adotado por uma instituição, órgão ou organismo da União, estão obrigados a suscitar a questão prejudicial de apreciação de validade. Os tribunais nacionais têm, contudo, a faculdade de rejeitar os fundamentos de invalidade perante eles invocados contra um ato de uma instituição, órgão ou organismo da União.

O incumprimento da obrigação de colocar uma questão prejudicial é sancionado e sindicável:

- 1) pelo Tribunal de Justiça, no âmbito do processo por incumprimento contra um Estado-membro (artigo 258.º e 260.º TFUE)⁷²;
- 2) pelos tribunais nacionais, no quadro de ação de responsabilidade civil extracontratual do Estado com fundamento em incumprimento do direito da União Europeia⁷³; e
- 3) pelo TEDH, com fundamento em violação do direito a um processo equitativo, consagrado no artigo 6.º CEDH⁷⁴.

Conclusões

O direito da União Europeia não se limita a influenciar o direito das contraordenações no âmbito do direito da concorrência, a Diretiva (UE) 2019/1 harmoniza, no domínio da concorrência, regras de competência das ANC, regras de aplicação da coima, o catálogo das infrações, critérios de determinação do montante das coimas, incluindo a determinação do montante máximo da coima, bem como a execução de decisões de aplicação de coimas, no quadro do regime de assistência mútua entre ANC.

A interpretação e aplicação do direito das contraordenações no âmbito do direito da concorrência deve atender aos princípios fundamentais em que assenta a aplicação do direito da União Europeia na ordem jurídica portuguesa: interpretação conforme, primado, efeito direto e tutela jurisdicional efetiva.

⁷⁰ Cfr. acórdão de 6/10/2021, *Consorzio Italian Management*, § 54-55.

⁷¹ Cfr. o referido *supra* em sobre as implicações do primado na apreciação da compatibilidade dos atos de direito da União com os direitos fundamentais. Acórdão de 22/10/1987, processo 314/85.

⁷² Acórdão de 4/10/2018, *Comissão contra França*, processo C-416/17.

⁷³ Acórdão de 09/09/2015, *Silva e Brito*, processo C-160/14.

⁷⁴ Acórdão do TEDH de 8/04/2014, *Dhahbi contra Itália*, petição n.º 17120/09.

Vídeo da comunicação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/7k0s94wye/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



PAINEL II

DA INFLUÊNCIA DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA NO DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES

Debate

Vídeo do debate



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/15uqcc11m8/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

III Jornadas do Tribunal da Concorrência,
Regulação e Supervisão

Direito das Contraordenações nos tempos actuais

Encerramento



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

COMARCA DE SANTARÉM



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



III JORNADAS DO TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO

Discurso de encerramento

José Manuel Branco*

Vídeo da comunicação

Exmo. Senhor Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça,
Exma. Senhora Procuradora-Geral da República
Exma. Senhora Procuradora-Geral Regional de Lisboa
Exmos. Juízes Conselheiros, Procuradores-Gerais Adjuntos, Juízes Desembargadores e demais magistrados judiciais e do Ministério Público aqui presentes
Exmos. Dirigentes ou representantes das autoridades de supervisão e regulação
Exmos. Causídicos, com especial referência para os que nesta comarca de Santarém advogam,
Exmos. Oradores e demais senhoras e senhores presentes

Cabe-me a ingrata tarefa de finalizar os trabalhos das III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Ingrata por acontecer num final de tarde, de uma sexta-feira, por estar um dia quente, mais favorável a outras atividades, e por não me imaginar a acrescentar algo que possa comparar-se à riqueza técnica e intelectual das intervenções dos ilustres palestrantes. Por isso, na ânsia de me poupar a maiores embaraços, serei breve.

Celebramos, hoje e nestas jornadas, o décimo aniversário deste tribunal que algumas intimidades reduziram ao *petit nom* de tribunal da concorrência, denominação porventura mais certa, como se explicará.

Na verdade, foram as questões de concorrência a determinar o nascimento deste agora infante, por altura da negociação de um memorando de entendimento, tornado célebre por instituir um convívio íntimo, não necessariamente consensual ou sequer apaixonado, entre a República Portuguesa, o FMI, o BCE e a Comissão Europeia.

Aí se firmou, nas condições de enquadramento do sistema judicial, uma então obscura referência do seguinte teor:

“7.20. Adotar medidas para melhorar a celeridade e a eficácia da aplicação das regras da concorrência. Em particular:

v. Estabelecer um tribunal especializado no contexto das reformas do sistema judicial;
[T1-2012]”

* Procurador-Geral Adjunto, Coordenador da Comarca de Santarém.

Aquele instrumento negocial continha muitas outras previsões de alterações legislativas e organizacionais, mas, avaliado no plano estatístico, a deteção do vocábulo concorrência em 28 circunstâncias, ao longo das 31 páginas, contra apenas 9 da palavra tribunal e 8 do termo supervisão, sinaliza a relevância do objetivo programático que este tribunal deveria prosseguir.

Assim, no Diário da República do dia 29 de março de 2012, saiu publicada a Portaria n.º 84/2012, que declarou instalado o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, como último momento de um processo legislativo iniciado logo após a subscrição do memorando.

Passaram 10 anos e este tribunal, responsável por trazer para o século XXI a organização judiciária portuguesa, adaptou-se ao emolamento das suas competências e à passagem de sucessivos magistrados judiciais e do Ministério Público que, com maior ou menor brilho, sobreviveram às dificuldades de não ter outros colegas com quem trocar impressões ou outro tribunal cujas decisões servissem de bitola, tal como enfrentaram a pesada tarefa de apreciar extensas decisões das autoridades administrativas, longos arrazoados de recurso, morosas diligências de prova, tudo sob os holofotes da comunicação social e com o peso da acrescida responsabilidade de cada decisão sua poder mudar ou influenciar, não a vida de um José e uma Maria, partes de um qualquer processo judicial, mas a de todos os portugueses, a um mesmo tempo.

Nunca tantos deveram tanto a tão poucos, frase de Winston Churchill proferida em contexto mais belicoso, passaria com propriedade como lema para este tribunal ou para a própria atividade de regulação e supervisão. À sua maneira, a concorrência é uma guerra, que rapidamente poderá tornar-se suja, na falta de contramedidas. Percorridos 10 anos é já possível fazer um balanço que, mesmo pelos mínimos, apenas pode ser visto como positivo: sinalizou-se à economia que não vale tudo, temperaram-se pontuais excessos ou lapsos no apuramento ou qualificação dos factos objeto de impugnação judicial, fez-se justiça, sem manchas de experimentalismo ou de justicialismo.

Ultrapassados 10 anos, estão reunidas as condições para abraçar novos desafios e foram esses que os ilustres palestrantes trouxeram à mesa, em mais um tributo à necessária colaboração entre o judiciário e a academia.

Pela manhã, as verdadeiras orações de sapiência trazidas pelo Professor Dr. Nuno Brandão e pelo Professor Dr. Frederico Costa Pinto alertaram para as especificidades que moldam o quotidiano deste tribunal: situamo-nos muito além de uma mera reapreciação judicial de uma entidade administrativa indiferenciada. Devemos alertar os sentidos e adequar as respostas a contraordenações que, pelo seu impacto na coletividade, pelo valor da condenação ou pelas consequências na economia, não podem ser tratadas apenas com um compêndio que se denomina regime geral das contraordenações.

Os exemplos abundaram e as posições nem sempre coincidiram, salvo na desnecessidade de criação de um novo regime geral para as ditas grandes contraordenações ou na recolocação das mesmas no seio do direito penal. Importa manter o foco e trazer à lide os temperos que os

regimes legais específicos imponham e confiar que a jurisprudência, comum ou constitucional, saberá manter o equilíbrio entre garantias e punição.

Pela tarde, o Professor Dr. Paulo Sousa Mendes e a Professora Dra. Ana Soares Pinto encantaram o auditório com impressionantes dissertações, ilustradas com casos concretos, da relevância da legislação europeia para o nosso tratamento das contraordenações.

No intervalo contactamos com novas formas de apresentação da prova em juízo, que muito de útil podem trazer a processos complexos, como os que passam pelo TCRS, e deixa a esperança num futuro próximo em que as diligências de prova possam ter menor duração e ser mais eficazes para a formação da convicção sobre os factos, num saudável contraditório, em tempo real, em que toda a prova seja imediatamente visualizável e escrutinada.

Agradecemos, por isso, ao Dr. António Costa Gomes, magistrado judicial que nos deixou espreitar um amanhã diferente, através da sensibilização a que procedeu.

Na senda deste curto resumo e olhando, a esta hora, para o vasto auditório presente, impõe-se concluir que o desafio das III Jornadas foi superado: o interesse suscitado excedeu a capacidade de instalação neste espaço, ainda assim bastante amplo, não podendo deixar de se referir a colaboração da Justiça TV que se apercebeu da relevância do evento e assim permitiu o acesso aos muitos que não puderam inscrever-se ou comparecer.

O público manteve-se resiliente e interventivo, como se o tempo não passasse e nada mais houvesse para fazer.

Impõe-se, por isso, agradecer aos nossos oradores e moderadores o saber que nos trouxeram, à Justiça TV, à DGAJ e ao município de Santarém as facilidades concedidas para a realização destas jornadas, ao CEJ que irá publicar as intervenções do dia de hoje, aos magistrados judiciais e do Ministério Público no TCRS, o esforço quotidiano de dedicação para dirimir as questões complexas que lhes são trazidas, às autoridades administrativas pelo empenho no exercício de funções de tão relevante interesse público e, à advocacia deste país, por lutar para que nenhum direito fique por defender.

Por último, a todo o auditório, deixo a minha sincera homenagem pela dádiva da vossa atenção nestes últimos minutos e o desejo de um bom fim de tarde e de um bom fim de semana.

Estão encerradas as III Jornadas. Encontramo-nos para o ano...

Vídeo do encerramento



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/7k0s94xbr/streaming.html?locale=pt>

Título:
**O Direito das Contraordenações nos tempos atuais –
III Jornadas Tribunal da Concorrência, Regulação e
Supervisão**

Ano de Publicação: 2022

ISBN: 978-989-9102-02-6

Série: Caderno especial

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt